

UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN DE STRASBOURG
FACULTE DE DROIT, DE SCIENCES POLITIQUES ET DE GESTION

LE JUGE DES REFERES, JUGE DU PROVISOIRE

- TOME 1 -

THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT
présentée et soutenue par :

Yves STRICKLER

Membres du Jury :

Président : Monsieur le Doyen Georges WIEDERKEHR
Professeur à l'Université Robert Schuman de Strasbourg

Suffragants : Monsieur Georges BOLARD
Professeur à l'Université de Bourgogne

Monsieur André HUET
Professeur à l'Université Robert Schuman de Strasbourg

Monsieur le Doyen Jacques NORMAND
Professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne

Monsieur Gérard PLUYETTE
Conseiller à la Cour d'Appel de Paris

- Prix de thèse de l'A.D.R.E.R.U.S.

(Association pour le Développement des Relations entre l'Economie et la Recherche auprès des Universités de Strasbourg et de l'Université de Haute Alsace)

- Prix de thèse de l'A.N.D.D.

(Association Nationale des Docteurs en Droit)

- Prix de thèse de la Faculté de Droit de Strasbourg

- Prix *Gaussail* de l'Académie des Sciences, Inscriptions et Belles-Lettres de Toulouse

- Thèse proposée en vue d'une subvention du Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche.

A Sandrine

Cette thèse réserve une place à ceux qui, quotidiennement, participent à la vie de la juridiction des référés et lui confèrent tout son éclat.

L'annexe I présente le détail des réponses données par des magistrats chargés des référés à un questionnaire expédié en 1991 au siège de leur juridiction. Si les entretiens accordés par des praticiens (magistrats, avocats, greffiers) ne sont pas tous rapportés ici, ils ont néanmoins constitué une aide précieuse dans l'appréhension de l'institution des référés.

Que celles et ceux qui, par leur accueil, leur disponibilité et leurs réponses ont permis d'ajouter l'indispensable éclairage pratique à cette thèse en soient sincèrement remerciés.

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

S O M M A I R E

INTRODUCTION	XII
Ière PARTIE : LA NOTION DE PROVISOIRE ET LES CONDITIONS DE L'INTERVENTION DU JUGE DES REFERES	1
TITRE I : L'émergence du "juge de l'incontestable" .	4
CHAPITRE 1 : L'interdiction de porter préjudice au principal	15
SECTION 1 : La notion de "préjudice au principal"	17
SECTION 2 : La mise en oeuvre de l'interdiction de porter préjudice au principal et son abrogation : vie et mort d'une formule ...	57
CONCLUSION DU CHAPITRE	88
CHAPITRE 2 : La notion de contestation sérieuse	90
SECTION 1 : Une approche de la notion de contestation sérieuse	92
SECTION 2 : Les applications de la notion de contestation sérieuse	120
CONCLUSION DU CHAPITRE	181
TITRE II : Le juge des référés, juge de paix	183
CHAPITRE 1 : Le référé de l'article 809, alinéa 1er du nouveau Code de procédure civile	191

SECTION 1 :	Les principes d'intervention du juge des référés sur le fondement de l'article 809, alinéa 1er du nouveau Code de procédure civile	193
SECTION 2 :	Le domaine et la finalité de l'article 809, alinéa 1er du nouveau Code de procédure civile	289
CONCLUSION DU CHAPITRE		341
CHAPITRE 2 :	La recherche de l'accord des parties : conciliation et médiation judiciaire	343
SECTION 1 :	Une approche des mécanismes de conciliation et de médiation judiciaire devant le juge du provisoire	350
SECTION 2 :	Les perspectives d'avenir de la médiation judiciaire en référé	391
CONCLUSION DU CHAPITRE		418
IIE PARTIE : LA NOTION DE PROVISOIRE ET L'ORDONNANCE DE REFERE		420
<u>TITRE I :</u>	La portée de l'ordonnance de référé	422
CHAPITRE 1 :	L'influence de la notion de provisoire sur l'autorité de la chose jugée attachée à l'ordonnance de référé	424
SECTION 1 :	L'autorité de la chose jugée de l'ordonnance de référé au regard du principal	427
SECTION 2 :	L'autorité de la chose jugée de l'ordonnance de référé au provisoire	461
CONCLUSION DU CHAPITRE		512
CHAPITRE 2 :	L'autonomie de l'ordonnance de référé	514

SECTION 1 :	L'intervention du juge des référés et ses relations avec le juge du principal	516
SECTION 2 :	Le règlement du contentieux pécuniaire, accessoire de la décision de référé	594
CONCLUSION DU CHAPITRE		624
<u>TITRE II :</u>	La notion de provisoire et les suites éventuelles de l'ordonnance de référé	626
CHAPITRE 1 :	Le juge du provisoire et l'astreinte	628
SECTION 1 :	L'évolution de la notion d'astreinte et les pouvoirs corrélatifs du juge des référés .	632
SECTION 2 :	La pratique des astreintes en référé	657
CONCLUSION DU CHAPITRE		674
CHAPITRE 2 :	La notion de provisoire et les voies de recours	675
SECTION 1 :	La notion de provisoire et les voies ordinaires de recours	681
SECTION 2 :	La notion de provisoire et les voies extraordinaire s de recours	707
CONCLUSION DU CHAPITRE		737
CONCLUSION GENERALE		739
ANNEXES		745
BIBLIOGRAPHIE		771
INDEX CHRONOLOGIQUE DES DECISIONS CITEES		869
TABLE DES MATIERES		935

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

aff.	Affaire
A.J.D.A.	Actualité juridique, droit administratif
A.J.P.I.	Actualité juridique, propriété immobilière
Al. ou al.	Alinéa
Ann. loyers	Annales des loyers
Art. ou art.	Article
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull. inf. C. cass.	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Cass. Civ. (Com., Req., Soc.)	Chambre civile (commerciale, des requêtes, sociale) de la Cour de cassation
c. civ.	Code civil
cep.	Cependant
Cf. ou cf.	Confer
C.G.I.	Code général des impôts
Ch.	Chambre
Chap.	Chapitre
Chron.	Chronique
C.J.C.E.	Cour de Justice des Communautés européennes
col.	Colonne
Coll.	Colloque
Comp. ou comp.	Comparer
Concl.	Conclusions
Contra ou contra	Solution contraire
c. org. jud.	Code de l'organisation judiciaire
c. pr. civ.	Ancien Code de procédure civile
c. pr. pén.	Code de procédure pénale
c. trav.	Code du travail
c. trib. adm.	Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel
D.	Recueil Dalloz-Sirey
D.H.	Recueil Dalloz Hebdomadaire
Doctr.	Doctrine
D.P.	Recueil Dalloz Périodique
Dr. ouvr.	Revue Le Droit ouvrier
Dr. soc.	Revue Droit social
éd.	Edition
esp.	Espèce
et s.	Et suivant(s)
Ex. ou ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
G.A.J.A.	Grands arrêts, jurisprudence administrative
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
in	Dans
in fine	A la fin
Infra ou infra	Ci-dessous
J.-Cl.	Juris-Classeur

J.C.P. (-A,-C.I.,-E,-N)	Juris-Classeur périodique, La Semaine Juridique - édition générale (avoués, commerce et industrie, entreprise, notariale)
J.D.I.	Journal du droit international (Clunet)
Jurisp. soc. U.I.M.M.	Jurisprudence sociale - Union des Industries Métallurgiques et Minières
loc. cit.	A l'endroit précité
Mél.	Mélanges
n°	Numéro
nouv. c. pr. civ.	Nouveau Code de procédure civile
obs.	Observations
op. cit.	Ouvrage précité
p.	Page(s)
préc.	Précité
Rappr. ou rappr.	A rapprocher
Rec. jur. Est	Recueil juridique de l'Est
réf. (P.V.)	Référe (sur procès-verbal d'huissier)
Rép. dr. trav. Dalloz	Encyclopédie Dalloz de droit du travail
Rép. pr. civ. Dalloz	Encyclopédie Dalloz de procédure civile
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. crit. D.I.P.	Revue critique de droit international privé
Rev. fr. socio.	Revue française de sociologie
Rev. jur. Centre Ouest	Revue juridique du Centre Ouest
Rev. sc. crim.	Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
Rev. soc.	Revue des Sociétés
Rev. trim. Versailles	Revue trimestrielle du barreau de Versailles
Rev. trim. dr. civ. (com., eur.)	Revue trimestrielle de droit civil (commercial, européen)
R.J.D.A.	Revue de jurisprudence de droit des affaires, éd. Francis Lefebvre
R.J.S.	Revue de jurisprudence sociale, éd. Francis Lefebvre
R.P.D.S.	Revue pratique de droit social
somm.	Sommaires
spéc.	Spécialement
Supra ou supra t.	Au-dessus
Trib. ou trib.	Tome
T. adm.	Tribunal
T. civ.	Tribunal administratif
T. com.	Tribunal civil
T.G.I.	Tribunal de commerce
th.	Tribunal de grande instance
T.I.	Thèse
T. par.	Tribunal d'instance
V. ou v.	Tribunal paritaire de baux ruraux
vº	Voir
	Mot ou mots

INTRODUCTION GÉNÉRALE

L'accélération du jugement des affaires constitue l'attente prioritaire des justiciables (1). On peut y voir la manifestation de la rapidité qui caractérise la vie moderne, mais aussi une réaction à la lenteur fréquemment tenue pour excessive de la Justice, accentuée par l'accroissement "de la masse contentieuse qui surcharge dangereusement les rôles (...)" (2). Néanmoins, une précipitation immodérée risquerait d'atteindre la sécurité indispensable à l'administration du droit (3). Aussi un équilibre doit-il être trouvé entre la volonté de rendre promptement justice à celui qui forme une demande légitime et la nécessaire protection de la personne que l'on poursuit.

Ces préoccupations sont au cœur du référé, "procédure qui tend

-
- (1) Cf. H. HAENEL, J. ARTHUIS, "Justice sinistrée : démocratie en danger", Economica, 1991, p. 11, 4.
(2) V. R. PERROT, "L'évolution du référé", in Mél. P. HEBRAUD, Toulouse, 1981, p. 645, n° 2. V. aussi P. HEBRAUD, "Observations sur la notion du temps dans le droit civil", in Mél. P. KAYSER, P.U.F., 1979, t. II, p. 1, spéc. p. 14.
(3) M. VASSEUR, "Urgence et droit civil", Rev. trim. dr. civ. 1954. 405.

à obtenir rapidement du président de la juridiction compétente ou du premier président de la Cour d'appel (selon les cas) une décision (appelée ordonnance) ayant un caractère provisoire" (1). Devenu le visage le plus familier de la Justice, le référé a su répondre à cette double exigence de la rapidité et de la sécurité. Imaginé par la jurisprudence du Châtelet de Paris (2), formalisé par l'Edit du 22 janvier 1685, le référé, dont le but avoué était de parer au plus pressé, a été recueilli par le Code de procédure civile de 1806 dans ses articles 806 à 811 et s'est développé sous l'influence de DE BELLEYME, Président du Tribunal civil de la Seine de 1829 à 1856 (3). Depuis, l'importance de cette procédure n'a cessé de s'affirmer de manière croissante. Réservé dans un premier temps au seul Président du Tribunal civil (4), le référé a été institué dans certains cas devant le juge de paix (5), étendu à la matière

- (1) R. PERROT, "Droit judiciaire privé", Les Cours de droit, 1981, p. 440.
- (2) On a cherché à trouver des origines plus anciennes au référé en le rapprochant de l'injus vocatio ob torto collo de la Loi des XII Tables et, de façon moins contestable (puisque la possibilité de faire comparaître son débiteur "ob torto collo" était une procédure rapide calquée sur celle qui se tenait au fond), de la Clameur de haro de la Coutume de Normandie. Sur ces points, v. BERTIN, "Ordonnances sur requête et référé", éd. A. Durand et Pédone-Laurel, 2e éd., 1878, t. II, n° 1 et s., p. 25 et s. ; B. BOCCOND-GIBOD, "De la Transformation de la Procédure sous l'Influence de la Jurisprudence et de la Pratique", éd. A. Pédone, 1936, p. 53 ; P. ROUARD, "Traité élémentaire de Droit judiciaire privé", Etablissements Emile Bruylant, 1975, t. II, n° 837 et s., p. 691 et s. ; H. SOLUS, R. PERROT, "Droit judiciaire privé", Sirey, 1991, t. III, n° 1255, p. 1057, note (3).
- (3) V. H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1255, spéc. p. 1058, note (1).
- (4) Le Tribunal civil a fait place au Tribunal de Grande Instance en 1958 (ordonnance du 22 déc. 1958).
- (5) V. J. SEIGNOLLE, "De l'évolution de la juridiction des référés", J.C.P. 1954. I. 1200, n° 12.

commerciale par la loi du 11 mars 1924 (1) et créé devant le Président du Tribunal paritaire des baux ruraux par l'ordonnance du 4 décembre 1944 portant statut du fermage, modifiée par la loi du 13 avril 1946 (2). Il fit aussi son apparition en droit public dès 1945 (3). Avec le décret n° 71-740 du 9 septembre 1971, le pouvoir conféré au Président du Tribunal de Grande Instance "s'étend à toutes les matières où il n'existe pas de procédure particulière de référé" (4). Ce magistrat se révèle ainsi comme étant le juge des référés de droit commun. En tout cas, avec cette innovation, il n'est plus de matière litigieuse qui puisse échapper à la connaissance du juge des référés (5). L'extension de la procédure de référé s'est poursuivie par la suite, avec la création, en 1972, d'un référé d'appel (6), suivi en 1974, d'un

- (1) V. notamment Ph. GRANDJEAN, "L'évolution du référé commercial", Rev. jurisp. com. 1993. 177.
- (2) Et maintenu "dans tous les textes ultérieurs", cf. H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1260, p. 1062.
- (3) L'art. 34 de l'ordonnance du 31 juil. 1945 ayant introduit devant le Conseil d'Etat un référé en cas d'urgence, v. J. SEIGNOLLE, préc., J.C.P. 1954. I. 1200, n° 12.
Le pouvoir de statuer en référé n'a cependant été octroyé au Président du Tribunal administratif qu'avec la loi du 28 nov. 1955.
Adde, en matière fiscale, M. TOURDIAS, "Le référé fiscal", J.C.P. 1960. I. 1577 ; H. BONNEAU, "Le nouveau référé en matière fiscale", D. 1961. Chron., 7.
- (4) V. art. 73 du décret, J.O. du 11 sept. 1971, spéc. p. 9076.
- (5) V. aussi H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1261, p. 1063.
- (6) Art. 146 du décret n° 72-788 du 28 août 1972, J.O. du 30 août, p. 9300. Il n'était pas logique, en effet, que ce soit le Président du T.G.I. qui intervienne "dans une instance pendante devant la juridiction supérieure", v. J. VIATTE, "Les référés du Premier Président", Gaz. Pal. 1973. 2. Doctr., 570 ; v. aussi Y. DESDEVISES, Rép. pr. civ. Dalloz, v° "Référés du Premier Président" ; H. SOLUS, R. PERROT, "Droit judiciaire privé", Sirey, 1973, t. II, n° 237 et s., p. 285 et s.

référé prud'homal (1) et en 1975, d'un référé d'instance (2). Depuis 1986 (3), le Président du Tribunal des affaires de sécurité sociale peut également statuer en référé.

Parallèlement, des interventions ponctuelles du législateur ont développé, en les spécifiant davantage, les pouvoirs dévolus au magistrat chargé des référés. Ce fut la mise en place du référé-provision en 1973 (4), dont le domaine d'application a été étendu aux obligations de faire (5) ; ce fut aussi, avec le décret n° 87-434 du 17 juin 1987 (6), la faculté offerte au juge des référés d'intervenir "même en présence d'une contestation sérieuse", lorsque la situation l'exige.

Actuellement, la matière des référés apparaît de façon dispersée dans les textes du nouveau Code de procédure civile (7). Un premier corps d'articles applicables à tous les référés, quelle que soit la juridiction concernée, définit

- (1) Par le décret n° 74-783 du 12 sept. 1974, J.O. du 15 sept., p. 9551. V. aussi DIET, "Le référé en droit du travail", in Journée d'étude, T.G.I. Paris, 1983 ; Y. SAINT-JOURS, "Le juge des référés en droit du travail", J.C.P. 1974. I. 2648, n° 26 et s. ; H. SOLUS, R. PERROT, "Le référé prud'homal", D. 1975. Chron., 191 et ouvrage préc., t. III, n° 1264, p. 1064.
- (2) Par le décret n° 75-1123 du 5 déc. 1975, J.O. du 9 déc., p. 12521, qui promulga le nouveau Code de procédure civile.
- (3) Décret n° 86-658 du 18 mars 1986, J.O. du 20 mars, p. 4788.
- (4) Décret n° 73-1122 du 17 déc. 1973, J.O. du 22 déc., p. 13660. Par la suite, le référé-provision a été créé devant toutes les juridictions.
- (5) Décret n° 85-1330 du 17 déc. 1985, J.O. du 18 déc., p. 14723. Ce référé-injonction existe aujourd'hui devant toutes les juridictions, exception faite du tribunal des affaires de sécurité sociale, v. aussi H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1296, spéci. p. 1097.
- (6) J.O. du 23 juin 1987, p. 6781 ; addendum en droit du travail, décret n° 88-765 du 17 juin 1988, J.O. du 22 juin, p. 8249.
- (7) V. aussi J. HERON, "Droit judiciaire privé", Montchrestien, 1991, n° 314, p. 234 ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1257, p. 1060.

l'institution et en réglemente les principes essentiels (art. 484 à 492 (1)). Une seconde série de textes spécifiques à chaque juridiction précise les conditions d'intervention du juge des référés. Il s'agit des articles 808 à 810 pour le T.G.I. (2), 848 à 850 pour le T.I., 872 et 873 pour le T. com., 893 et 894 pour le trib. par. (3), 956 et 957 pour le Premier Président de la Cour d'appel, auxquels il convient d'ajouter les art. R. 142-21-1 c. séc. soc. pour le Tribunal des affaires de la sécurité sociale et R. 516-30 à R. 516-35 c. trav. pour le Conseil de prud'hommes (4).

En confrontant ces divers textes, on constate qu'ils contiennent des dispositions qui se répètent à l'identique (5) ou avec des variantes qui n'emportent aucune conséquence, si ce n'est pour des questions liées à la compétence du juge saisi (6). Le juge des référés est en effet l'émanation du tribunal (7) et à ce titre, les pouvoirs attribués aux Presidents des juridictions d'exception sont cantonnés dans la sphère de compétence de ces dernières (8).

- (1) Il faut ajouter l'art. 145, qui figure également dans le Livre premier relatif aux "Dispositions communes à toutes les juridictions".
- (2) & (3) Sur les anciens art. 811 et 895, v. infra, p. 9 et s.
- (4) V. aussi, sur la formation de référé prud'homal, les art. L. 515-1 à L. 515-4 c. trav.
- (5) V. par ex. art. 808, 848, 872, 893, 956 nouv. c. pr. civ., art. R. 142-21-1 c. séc. soc. et art. R. 516-30 c. trav. C'est pourquoi les articles relatifs au référé de grande instance serviront, par principe, de référence textuelle à notre étude.
- (6) V. cep. le référé du Premier Président, par rapport à l'art. 809, al. 1er et 2e du nouveau Code. Adde L. CADIER, "Droit judiciaire privé", Litec, 1992, n° 1005, p. 529.
- (7) V. par ex. T.G.I. Grasse, réf., 5 déc. 1990, D. 1991. I.R. 69.
- (8) V. aussi P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", Litec, 1990, n° 170, p. 136-137.

Le développement de la juridiction présidentielle en matière de référé est donc net. Son importance croissante dans les textes démontre certes l'attrait qu'exerce cette procédure auprès du législateur (1) ; mais elle est surtout le reflet d'un mouvement plus général, qui se caractérise par sa continuité (2). Le juge des référés intervient de nos jours dans tous les domaines et à tous les stades de l'existence : il lui a ainsi été donné de statuer dans le cadre d'une affaire où un centre hospitalier refusait, en raison du décès du mari de la demanderesse, d'effectuer une fécondation in-vitro (3), de se prononcer en matière de célébration de mariage (4), ou encore de fixer, sous astreinte, une date limite à une veuve pour procéder à l'immersion de l'urne de son mari dans le caveau familial (5). On peut également signaler le rôle que ce

- (1) Sur ce point, v. R. PERROT, "La compétence du juge des référés", Gaz. Pal. 1974. 2. Doctr., 895, n° 2 ; du même auteur, "Le juge unique en droit français", Rev. int. dr. comp. 1977. 659, n° 25, et art. préc., in Mél. P. HEBRAUD, Toulouse, 1981, p. 645, n° 2.
- (2) Pour beaucoup d'auteurs, il s'agit même de l'un des traits marquants de notre procédure, v. E. BLANC, J. VIATTE, "Nouveau Code de procédure civile commenté", Librairie du J.N.A., art. 484 ; F. HORLAVILLE, "De la notion de préjudice au principal en matière de référé", th. Paris, 1948, p. 1 et s. ; Ch. CEZAR-BRU, P. HEBRAUD, J. SEIGNOLLE, par G. ODOUL, "La juridiction du Président du Tribunal", Librairies techniques, t. I, Avant-propos, p. 1 ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1253, p. 1055.
- (3) V. T.G.I. Toulouse, réf., 7 oct. 1992, "Dernières Nouvelles d'Alsace", 8 oct. 1992, p. 7, "Le Monde", 13 mai 1993, p. 11. Le Président du tribunal a proposé aux parties que les embryons soient conservés jusqu'à un jugement sur le fond, ce qu'elles ont accepté.
- (4) On songe aux mariages entre une ressortissante française et un étranger en situation irrégulière, v. par ex. T.G.I. Strasbourg, 15 avr. 1993, inédit, n° R. civ. 93-341 ; en l'espèce le juge des référés n'a pas ordonné la célébration du mariage sous astreinte, la preuve d'une entrave au déroulement normal de la célébration n'ayant pas été rapportée. Le juge rappelle toutefois le principe de l'impossibilité de subordonner la célébration du mariage à la régularité administrative de la situation de séjour de l'un des époux sur le territoire national.
- (5) V. Cass. Civ. 1ère, 24 mars 1993, J.C.P. 1993. IV. 160, n° 1371.

magistrat peut jouer en matière d'atteinte à l'environnement, en ordonnant le cas échéant des mesures conservatoires ou de remise en état (1).

L'accroissement des pouvoirs du juge des référés se présente ainsi comme un élément déterminant de l'augmentation corrélative du recours à la juridiction du Président. A cet égard, les chiffres se montrent particulièrement éloquents. De 1988 à 1991, les référés d'instance sont passés en France de 70905 à 91893 ordonnances (+ 29,60 %) ; de 1984 à 1991, les référés prud'homaux ont progressé de 37121 à 43078 ordonnances (+ 16,05 %) (2). La progression est encore plus considérable du côté des tribunaux de commerce (+ 34,68 % de 1989 à 1991) (3). Pour les tribunaux de grande instance, après une évolution en dents de scie entre 1972 et 1977 et un accroissement jusqu'en 1980, le nombre d'ordonnances rendues semble se stabiliser (4).

- (1) V. T.G.I. Brest, réf., 22 oct. 1990, Rev. jur. env. 1992. 335, note M.-J. LITTMANN-MARTIN.
- (2) Source : Ministère de la Justice, Division de la Statistique, des Etudes et de la Documentation (il s'agit d'estimations pour l'année 1991).
- (3) V. aussi Ph. GRANDJEAN, préc., Rev. jurisp. com. 1993. 177, spéc. p. 178. Bien que les chiffres pour 1992 marquent une stagnation pour le tribunal de commerce de Paris (de 12400 à 12800 ordonnances), la progression se poursuit auprès des tribunaux de Bobigny (+ 14,5 %), Nanterre (+ de 16 %), Pontoise (+ 22 %), v. Gaz. Pal. 13 janv. et 20-22 juin 1993. A Strasbourg, l'augmentation est de 25 %, v. Les Affiches Moniteur 15 janv. 1993.
- (4) V. H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1256, p. 1059, note (2). Les estimations pour l'année 1991 montrent même une régression de l'ordre de 19,56 % (de 115 000 ordonnances en 1990 à 96 184 en 1991). Mais si, au T.G.I. de Paris, le nombre de décisions de référé est passé de 23 295 en 1980 (v. H. SOLUS, R. PERROT, loc. cit.) à 15013 en 1991 (v. Gaz. Pal. 1er-2 mai 1992, p. 18), on apprend que la progression reprend en 1992 (+ 10 %, v. Gaz. Pal. 30 avr.-1er mai 1993, p. 34). Adde T.G.I. Strasbourg (+ 22 % en 1992).

Le succès de la juridiction des référés n'est pas pour étonner : la rapidité qui commande le référé a imposé l'édition de formes simplifiées et l'application de règles très libérales. Non exhaustivement, on peut constater que l'instance, qui est en principe introduite par voie d'assignation (1), se déroule devant un juge unique (2) présumé continuellement disponible, que la présence du greffier n'est pas toujours nécessaire (3), ni même celle des avocats (4) et

- (1) Mais le juge des référés peut aussi être saisi par requête conjointe. Adde M. FOULON, "Le tribunal d'instance. L'ordonnance de référé", coll. "Les documents pratiques de l'E.N.M.", 1988, n° 6, p. 5.
- (2) Il en va différemment pour le Conseil de prud'hommes (v. notamment H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1264, p. 1064) et pour l'appel de référé (qui est porté devant la Cour et non devant son Premier Président, v. aussi H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., n° 1358, p. 1157). Signalons encore la faculté donnée au juge des référés "de renvoyer l'affaire en état de référé devant la formation collégiale" (art. 487 nouv. c. pr. civ.).
- (3) Adde cep. Ph. GRANDJEAN, préc., Rev. jurisp. com. 1993. 177, spéc. p. 181 : 90 % des affaires sont vidées sur le siège, "d'où la nécessité d'une présence permanente du greffier à l'audience".
- (4) Les parties peuvent en effet se présenter elles-mêmes, v. Ch. CEZAR-BRU, P. HEBRAUD, J. SEIGNOLLE, par G. ODOUL, op. cit., t. I, n° 133, p. 241 ; P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 43, p. 40 ; J.-F. LE CLEC'H, "L'assistance des avocats devant le juge des référés", Sem. jur. 1942. I. 279 ; J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1983. 384 ; F. RUELLAN, "A Propos de la Représentation des Parties Devant le Juge des Référés du Tribunal de Grande Instance", Gaz. Pal. 1992. 1. Doctr., 119 ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1327, p. 1131 ; J. VINCENT, S. GUINCHARD, "Procédure civile", Précis Dalloz, 22e éd., 1991, n° 569, p. 424. Comp. Ph. BERTIN, "Vingt ans après !... Faut-il un avocat en référé ?", Gaz. Pal. 1992. 1. Doctr., 359 (le concours de l'avocat doit être exigé en demande, mais non en défense). V. contra, T.G.I. Draguignan, réf., 8 avr. 1987, in M. EYMARD, M. DOUCEDE, "Référé Tribunal de grande instance. Etude sur la représentation (ou assistance) obligatoire par un avocat", Gaz. Pal. 1990. 1. Doctr., 223 ; T.G.I. Puy-en-Velay, réf., 30 janv. 1991, Gaz. Pal. 1992. 1. Doctr., 360.

du représentant du ministère public (1). Surtout, la décision rendue en référé bénéficie de l'exécution provisoire de plein droit (2), ce qui permet aux plaideurs d'obtenir des mesures immédiatement exécutoires.

On comprend que la recherche de mesures rapides "engendre comme premier réflexe, chaque fois que la loi le permet, l'introduction d'un référé" (3).

Cependant, l'enthousiasme dont on peut faire "preuve à l'égard du référé, juridiction où, en raison de l'urgence même, la demande ne peut faire l'objet que d'un examen sommaire et succinct, fait craindre la naissance d'une justice sommaire et tout aussi peu nuancée que celle d'un far-west légendaire où on pendait et vérifiait la culpabilité après. Il est évident que sous prétexte d'éviter l'injustice certaine que constitue une justice lente, on tombera dans l'injustice encore bien plus grande d'une justice sommaire" (4). Il faut donc créer des garde-fous et répondre au besoin de sécurité inévitablement mis à mal par la rapidité de la procédure de référé.

Principale attribution du Président, l'audience des référés lui est confiée. On peut y voir une première forme de garantie pour le justiciable, même si la fonction de juge des référés peut faire et est fréquemment l'objet d'une délégation par le

-
- (1) Qui peut toutefois siéger dans les causes qui lui paraissent nécessiter sa présence.
- (2) Art. 489 et 514 nouv. c. pr. civ.
- (3) J.-Cl. WOOG, "Pratique professionnelle de l'avocat", Gaz. Pal.-Litec, 2e éd., 1991, n° 4.9.4.2.3. V. aussi J. SEIGNOLLE, préc., J.C.P. 1954. I. 1200.
- (4) T. com. Bruxelles, réf., 14 mars 1990, D. 1992. somm. 73, obs. T. HASSLER.

Président. Toutefois, dans ce dernier cas, l'audience est confiée à un magistrat également expérimenté (1). En outre, l'art. 487 nouv. c. pr. civ. prévoit la faculté pour le juge de renvoyer l'affaire, en état de référé, devant la formation collégiale.

S'ajoute le caractère contradictoire du référé. L'ordonnance est en effet "rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée" (2).

Mais le principal contre-poids à l'omnipotence du juge des référés réside dans le caractère provisoire de ses décisions. Cette limite existait dès l'origine (3). Sous l'empire du Code de procédure civile, elle s'évinçait de l'interdiction de porter préjudice au principal prévue par l'art. 809 (4). Elle est aujourd'hui intégrée dans la définition de l'ordonnance de référé que donne le nouveau Code (5).

Comme le fait remarquer M. VINCENT, la notion de provisoire est riche de sens et souvent "sont confondus le nom (provision, par provision), l'adjectif (provisoire), l'adverbe (provisoirement). Par provision se dit d'une décision rendue avant d'aborder le fond ; quant à l'adjectif provisionnel, il

- (1) V. "La pratique du référé", P.U.F., 1979, p. 107 ; v. aussi infra, Annexe I, question n° 1.
- (2) Art. 484 nouv. c. pr. civ. Adde et rappr. H. LE FOYER DE COSTIL, "Le vol d'aigle du juge des référés", in Mél. P. BELLET, Litec, 1991, spéc. p. 343.
- (3) Cf. art. 64 de l'Edit de 1685, v. B. BOCCOND-GIBOD, op. cit., p. 54-55.
- (4) R. MARTIN, "Théorie générale du procès", E.J.T., 1984, n° 73, spéc. p. 99.
- (5) Art. 484 : "L'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires".

colore des situations aussi différentes que jugement, exécution, détention provisoire, liquidation provisoire d'astreinte, règlement provisoire d'ordre ou de contribution" (1).

Lorsqu'il statue, le juge des référés se prononce **par provision**, par précaution. Il ne tranche pas le fond du droit mais ordonne, lorsque les conditions édictées par les textes sont remplies, toutes les mesures qui s'imposent. Le juge des référés se fonde pour cela sur un certain nombre de "notions-cadre", "éminemment flexibles" (2), qui fixent les limites de son intervention au regard du domaine qui est le sien.

L'adjectif **provisoire**, pour sa part, accompagne la décision rendue. Sous cet aspect, il est habituel de distinguer deux sens dans la notion de provisoire (3). On parle, d'abord, d'une décision provisoire, lorsque la mesure ordonnée par le juge est affectée d'un caractère provisoire. L'accent est alors mis sur la volonté de gérer une situation d'attente (4). Mais il se peut aussi que ce caractère atteigne le jugement lui-même, en raison de la limite posée au pouvoir juridictionnel du juge (5). Dans ce cas, quelle que soit la mesure prescrite, la

- (1) J. VINCENT, "Les pouvoirs du juge en matière de provision", in Mél. P. KAYSER, P.U.F., 1979, t. II, p. 417.
- (2) V. aussi L. COUPET, "Les définitions dans le Code de procédure civile", R.R.J. 1987-4, p. 1053, II, B, 2, c.
- (3) V. S. GUINCHARD, "Le temps dans la procédure civile", Ann. Fac. Clermont-Ferrand 1983, p. 21, n° 63-64 ; R. PERROT, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1975. 373.
- (4) Par ex. le jugement qui met sous séquestre un objet litigieux (v. G. CORNU, "Vocabulaire juridique", P.U.F., 2e éd., 1990, v° "Mesures provisoires") ou encore, celui qui, dans une procédure de divorce, attribue la garde des enfants mineurs à l'un des parents (v. J. HERON, op. cit., n° 312, p. 232).
- (5) V. aussi G. CORNU, "Vocabulaire juridique", op. cit., v° "Provisoire".

décision est provisoire. Elle l'est par nature. Tel est le cas, aux termes de l'art. 484 nouv. c. pr. civ., de l'ordonnance de référé (1). Il en résulte que le juge des référés pourra revenir sur sa décision en cas de circonstances nouvelles et que l'ordonnance qu'il rend ne lie nullement le tribunal. Par suite, la décision de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée (2).

Il faut préciser que la notion de provisoire est propre aux "véritables" ordonnances de référé. Lorsque le Président statue "en la forme" ou "comme en matière de référé", il se prononce au principal. Comme son nom l'indique, le "référé en la forme" n'emprunte que la forme du référé. Il est, en réalité, un "référé au fond" (3).

Juridiquement provisoire, la "véritable" décision de référé peut pourtant devenir, dans les faits, définitive (4). De la sorte, le référé se manifeste comme un moyen "commode pour évacuer rapidement une partie du contentieux" (5). On peut être tenté d'y voir une perversion de l'institution, dans la mesure où d'exceptionnelles, les mesures provisoires deviennent

(1) V. aussi J. HERON, op. cit., n° 328, p. 242.

(2) J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit., n° 571-2 et n° 571-3, p. 427.

(3) V. aussi J. BOUTON, "Le référé au fond", à paraître ; adde J. HENDERYCKSEN, note sous Aix-en-Provence, ord. réf., 12 juil. 1991, J.C.P.-N. 1993. II. p. 11 ; J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1981. 893 ; J. SEIGNOLLE, "De l'évolution de la juridiction des référés", J.C.P. 1955. I. 1228.

(4) V. par ex. M. FRANCES, "Essai sur les notions d'urgence et de provisoire dans la procédure de référé", Sirey, 1935, p. 248 : l'énorme majorité des ordonnances de référé est admise sans appel.

(5) J. HERON, op. cit., n° 313, spéc. p. 234.

ordinaires (1). La suite de cette réflexion conduit à souhaiter que "la catégorie des jugements provisoires (soit réservée) aux décisions insusceptibles de vider le fond d'une affaire" (2). Néanmoins, la notion de provisoire introduit dans la matière des référés une "fragilité virtuelle, potentielle, qui réalise l'équilibre du système" (3) ; le facteur temporel n'en est par conséquent pas absent (4). Le provisoire n'est pas seulement une solution d'attente, il correspond également au refus d'attendre passivement le définitif (5).

L'intervention du juge des référés permet certes de ne pas hypothéquer l'avenir, en prenant des mesures préventives ou conservatoires. Il vise aussi à le préparer (6). La pratique du référé-provision (7) démontre en effet que ce type de référé consiste en une anticipation sur la solution définitive (8). Dans tous les cas, le magistrat chargé des référés se prononce au provisoire.

-
- (1) L. LORVELLEC, "Remarques sur le provisoire en droit privé", in Mél. A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, spéc. p. 390-391.
- (2) L. LORVELLEC, préc., in Mél. A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, spéc. p. 394 et s.
- (3) J. VINCENT, préc., in Mél. P. KAYSER, P.U.F., 1979, t. II, spéc. p. 439.
- (4) S. GUINCHARD, préc., Ann. Fac. Clermont-Ferrand, 1983, p. 21, n° 64.
- (5) L. LORVELLEC, préc., in Mél. A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, spéc. p. 386 ; S. GUINCHARD, préc., Ann. Fac. Clermont-Ferrand 1983, p. 21, n° 65.
- (6) Comp. L. LORVELLEC, préc., in Mél. A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, spéc. p. 393.
- (7) La provision doit ici s'entendre de la "Somme allouée par le juge à un créancier, en attendant le jugement", v. Le Robert, v° "Provision".
- (8) On le voit, l'aspect temporel est toujours présent, v. aussi P. HEBRAUD, préc., in Mél. P. RAYNAUD, Toulouse, 1981, p. 1, n° 15, spéc. p. 21 ; S. GUINCHARD, préc., Ann. Fac. Clermont-Ferrand 1983, p. 21, n° 65.

La notion de provisoire comporte ainsi un double aspect. Elle sous-tend, d'abord, les termes sur lesquels le juge des référés fonde son action, elle vise, ensuite, la décision de référé (1).

Vérifier la justesse de la dénomination de "juge du provisoire", fréquemment employée pour désigner le juge des référés, suppose alors que la notion de provisoire soit analysée, d'une part, au regard des conditions de l'intervention de ce magistrat, - Ière PARTIE -, et d'autre part, au regard de la décision qu'il rend, - IIe PARTIE -.

Ière PARTIE : La notion de provisoire et les conditions de l'intervention du juge des référés

IIe PARTIE : La notion de provisoire et l'ordonnance de référé

(1) C'est, à la lecture de l'art. 484 nouv. c. pr. civ., l'aspect le plus visible de l'ordonnance ou de l'arrêt de référé.

I è r e P A R T I E

L A N O T I O N D E P R O V I S O I R E E T L E S
C O N D I T I O N S D E L ' I N T E R V E N T I O N
D U J U G E D E S R E F E R E S

Créé à l'origine pour faire face à des situations urgentes et pour résoudre les difficultés d'exécution des titres exécutoires et des jugements, le référé s'articulait autour de principes présentant de nombreux points de contact. L'ordonnance de référé, exécutoire par provision, résolvait des cas d'urgence. Mais l'urgence de la situation ne permettait pas au juge des référés d'ordonner tout et n'importe quoi : l'interdiction de porter préjudice au principal qui était visée par l'art. 809 c. pr. civ., tempérait l'action du juge.

Chacune des règles dépendant des autres, l'ensemble ainsi formé constituait un mécanisme parfaitement homogène (1).

L'évolution de la société et les besoins de la pratique ont conduit la jurisprudence puis le législateur à modifier la portée des concepts qui gouvernaient l'institution.

L'urgence est une notion dont l'influence tend à se diluer et l'interdiction de porter préjudice au principal, notion "extrêmement difficile à définir" (2), a été

- (1) M. FRANCES, "Essai sur les notions d'urgence et de provisoire dans la procédure de référé", th. Toulouse, 1935, p. 15 et s. ; E. GARSONNET, Ch. CEZAR-BRU, "Précis de procédure civile", Sirey, 9e éd., 1923, n° 1025 et s., p. 744 et s. ; R. MARTIN, "Le référé, théâtre d'apparence", D. 1979. Chron., 158 ; J. SEIGNOLLE, préc., J.C.P. 1954. I. 1200.
- (2) M. FRANCES, op. cit., p. 7 ; O. GERARD, "Des origines des référés et des principes de compétence en cas d'urgence en droit français", th. Paris, 1886, p. 59-60 ; J.-P. ROUSSE, "Feu le préjudice au principal", Gaz. Pal. 1972. 2. Doctr., 539.

abrogée (1). Il n'est cependant pas inutile de retracer ici ces principes et en particulier la prohibition du "préjudice au principal".

En effet, la notion de provisoire n'est pas extérieure à l'évolution qui a marqué les conditions de l'intervention du juge des référés, qui est passé du "juge de l'urgence" au "juge de la contestation non sérieuse", - Titre Ier -.

Néanmoins, le juge des référés n'est pas nécessairement limité dans son action dès qu'une contestation sérieuse s'élève. Il intervient dans un nombre important d'hypothèses nonobstant l'existence d'une telle contestation. A son rôle premier s'ajoute alors une dimension pacificatrice qui fait du juge des référés un facteur de paix sociale, - Titre II -.

T I T R E I : L'émergence du "juge de l'incontestable"

T I T R E II : Le juge des référés, juge de paix

(1) Les art. 76 et 77 du décret du 9 sept. 1971 portant réforme partielle de la procédure civile (J.O. du 11 sept., p. 9072, spéc. p. 9076) reproduisent l'art. 809 c. pr. civ., mais sous une forme différente et sans reprendre la formule qui prohibait le préjudice au principal, v. Ph. BERTIN, "Le décret du 9 septembre 1971 portant réforme partielle de la procédure civile", Gaz. Pal. 1971. 2. Doctr., 551, spéc. p.556, 2e col.

T I T R E I

L ' é m e r g e n c e d u " j u g e d e
l ' i n c o n t e s t a b l e "

Traditionnellement, la condition d'urgence s'était imposée comme "la raison d'être et la mesure du référé" (1). Il n'est donc pas possible d'en faire totalement abstraction. Son importance s'est pourtant considérablement amenuisée. Aussi ne ferons-nous qu'évoquer la notion.

Si l'édit de 1685 comportait une nomenclature des situations urgentes (2), l'art. 806 c. pr. civ. se contentait d'attribuer à l'audience des référés "les cas d'urgence". La formule était belle, vaste, ... vague ! Aussi a-t-on cherché à préciser le concept d'urgence.

Cette condition nécessaire à l'intervention du juge des référés est particulièrement délicate, voire impossible à définir (3). La notion d'urgence, "assurément toute relative" (4), est pourtant "de celle que l'on conçoit le plus facilement" (5) tant il est vrai qu'elle "fait partie de ces

- (1) R. TENDLER, note sous Colmar, 9 juil. 1970, D. 1971. 416 ; A. COSSA, "L'urgence en matière de référé", Gaz. Pal. 1955. 2. Doctr., 45 ; v. également "Les procédures d'urgence", Coll. Pau, Cahiers de l'Université, 1979.
- (2) Cf. LOCRE, "Esprit du Code de procédure civile", 1816, t. III, p. 415 ; B. CAZALENS, note sous cinq esp., D. 76. 2. 161.
- (3) H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1274, p. 1072 ; M. FRANCES, op. cit., p. 35 et s. ; S. GUINCHARD, préc., Ann. Fac. Clermont-Ferrand, 1983, n° 61, p. 51 ; Ph. JESTAZ, "L'urgence et les principes classiques du droit civil", L.G.D.J., 1968, n° 56, p. 53 ; R. TENDLER, note sous Colmar, 9 juil. 1970, préc., spéc. p. 417.
- (4) A. COSSA, préc., Gaz. Pal. 1955. 2. Doctr., 45, spéc. p. 51 ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1274, p. 1073 ; R. TENDLER, note sous Colmar, 9 juil. 1970, préc., spéc. p. 417 ; P. VENCE, "Le Référé en Matière Commerciale", th. Aix-en-Provence, 1930, p. 1.
- (5) P. VENCE, op. cit., p. 1.

concepts dont on appréhende la définition, moins par leur contenu positif que par les limites à ne pas dépasser" (1).

La difficulté provient de ce qu'on laisse l'appréciation de la notion au pouvoir souverain du juge des référés (2) et que celui-ci peut se contenter de la simple mention "vu l'urgence", pour que la condition soit remplie (3).

Mais une solution différente est-elle concevable ? "Peut-être faut-il redouter "la systématisation excessive de notions utiles par leur imprécision même" (4). Si le législateur n'a pas énuméré les cas d'urgence, c'est parce qu'ils ne

(1) R. PERROT, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1984. 561.

(2) LOCRE, op. cit., t. III, p. 415 : "Le discernement et la probité du président ou du juge délégué feront le reste" ; v. aussi J. BORE, "La cassation en matière civile", Sirey, 1988, n° 1838, p. 562 ; A. COSSA, préc., Gaz. Pal. 1955. 2. Doctr., 45, spéc. p. 51 ; M. FRANCES, op. cit., p. 44 ; S. GUINCHARD, préc., Ann. Fac. Clermont-Ferrand, 1983, n° 61, p. 51 ; G. MARTY, "La distinction du fait et du droit", th. Toulouse, 1929, n° 130, spéc. p. 256 ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1274, p. 1073 ; J. VIATTE, "Les pouvoirs du juge des référés", Gaz. Pal. 1976. 2. Doctr., 709 ; et par ex. Cass. Civ., 4 mai 1910, D.P. 1910. 1. 385, 2e esp., note H. LALOU ; Cass. Civ., 20 juin 1921, Gaz. Pal. 1921. 2. 311 ; Cass. Req., 17 fév. 1930, Gaz. Pal. 1930. 1. 758 ; Cass. Civ. 2e, 14 fév. 1973, Gaz. Pal. 1973. 2. 500 ; Cass. Com., 31 mai 1976, Bull. IV, n° 186, p. 158, Gaz. Pal. 1976. 2. pan. 217.

(3) La déclaration du juge est à cet égard suffisante, v. Cass. Civ., 14 nov. 1917, D.P. 1917. 1. 181 et la constatation de l'urgence peut être implicite et résulter des circonstances de la cause, v. Cass. Civ. 1ère, 20 janv. 1976, Bull. I, n° 24, p. 18 ; Cass. Civ. 3e, 20 oct. 1976, D. 1977. I.R. 66 ; v. aussi H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1275, p. 1074.

Le juge ne doit justifier de l'urgence que si les parties la contestent, cf. Cass. Civ. 2e, 4 mars 1954, D. 1954. 386.

(4) DE PAGE, cité par M. FRANCES, op. cit., p. 35.

peuvent "être prévus tous par la loi, (et) sont laissés à l'appréciation du magistrat" (1). Il est en effet impensable d'atteindre une définition abstraite de l'urgence alors qu'elle est "inséparable de la constatation des faits et par conséquent insusceptible de contrôle" (2). Une telle approche de la notion d'urgence ajoute à la souplesse de l'institution du référé. De plus, la Cour de cassation qui n'a pas une connaissance directe des faits de la cause, ne peut intervenir ici sans risquer l'arbitraire (3).

Il semble résulter de ces éléments que l'urgence est une notion essentiellement subjective. Et cela d'autant plus que tous les acteurs de la vie judiciaire sont animés "du désir de plus en plus accentué de rapidité dans la procédure" (4).

L'idée suivant laquelle l'urgence est une notion purement subjective doit cependant être tempérée dès l'instant où l'on reconnaît au juge des référés le pouvoir d'intervenir

- (1) Rouen, 25 avr. 1806, in DE BELLEYME, "Ordonnances sur requête et sur référé selon la Jurisprudence du Tribunal de première instance du département de la Seine", Joubert, 2e éd., 1844, t. I, p. 288 et t. II, p. 4-5.
- (2) G. MARTY, op. cit., n° 113, spéc. p. 201 (v. cep. n° 114 et s., p. 201 et s., spéc. n° 115, p. 204 : "tout problème de qualification est question de droit") ; v. également A. PERDRIAU, "Le contrôle de la Cour de cassation en matière de référé", J.C.P. 1988. I. 3365, spéc. n° 14.
- (3) V. M. FRANCES, op. cit., p. 40 ; A. COSSA, préc., Gaz. Pal. 1955. 2. Doctr., 45, spéc. p. 51.
- (4) J. SEIGNOLLE, préc., J.C.P. 1954. I. 1200 ; L. LORVELLEC, préc., in Mél. A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, p. 385, spéc. p. 390 ; S. GUINCHARD, préc., Ann. Fac. Clermont-Ferrand, 1983, n° 61, p. 51.

en présence d'une voie de fait (1) et, mieux encore, de sanctionner un droit certain (2).

Néanmoins, "toute notion d'urgence n'est pas absolument étrangère" (3) : on peut, en effet, considérer qu'en "l'absence absolue de toute contestation au fond, il est utile et juste de mettre un terme à des moyens purement dilatoires en rendant une décision immédiate" (4).

En présence d'un droit certain, le juge peut ainsi estimer que l'urgence va en quelque sorte de soi. L'urgence serait inhérente au respect d'un droit incontestable (5).

Ces remarques inspirées par l'évolution jurisprudentielle de la notion restent pleinement valables sous

- (1) Dont la théorie a "été surtout l'œuvre du juge des référés. Il a estimé que la violence créait l'urgence", v. A. COSSA, préc., Gaz. Pal. 1955. 2. Doctr., 45, spéc. p. 49 ; rappr. T.G.I. Rouen, réf., 2 mars 1976, Gaz. Pal. 1976. 2. somm. 314 : "Il y a toujours urgence à faire cesser un trouble illicite".
- (2) V. J.-P. ROUSSE, "Nature et finalité de la mesure de référé", Gaz. Pal. 1976. 2. Doctr., 249, spéc. p. 251 : "De par sa nature profonde le référé sanction tend à rendre urgent l'exercice de tous les droits manifestement incontestables quels qu'ils soient".
- (3) L. LORVELLEC, préc., in Mél. A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, p. 390.
- (4) Amiens, 1ère Ch., 16 fév. 1954, Gaz. Pal. 1954. 1. 245.
- (5) Il est des magistrats qui vont plus bien plus loin en estimant que "lorsqu'on vient à plaider à notre époque, c'est que c'est urgent !", v. J. NORMAND, Rapport au Coll. Pau, Cahiers de l'Université, 1979, p. 46.

l'empire du nouveau Code (1).

Une mention particulière doit cependant être faite quant aux difficultés sur l'exécution d'un titre exécutoire : une doctrine ancienne affirmait que la condition d'urgence devait être remplie dans cette hypothèse (2). Cette opinion n'avait pas été confirmée par la suite, la jurisprudence et les auteurs ayant affirmé que le juge des référés n'avait pas à justifier de l'urgence en ce domaine (3). "Car la difficulté d'exécution a normalement un caractère d'urgence" (4).

Le contentieux de l'exécution relève depuis le 1er janvier 1993 (5) du "juge de l'exécution" qui possède une compétence

- (1) Qui a pris acte de l'évolution qui s'est opérée, cf. R. MARTIN, préc., D. 1979. Chron., 158, spéc. p. 160 : "Le coup de chapeau qui lui (à l'urgence) est donné par l'art. 808 du nouveau code est purement formel. Le nouveau et unique fondement est l'opportunité justifiée par l'apparence. La mesure doit reposer sur la violation ou l'existence d'un droit apparent".
Pour les autres textes, v. les développements qui leurs sont consacrés, infra, p. 130, note (4), dans le texte (art. 809, al. 2), p. 169 (art. 145) et p. 244, note (4), dans le texte (art. 809, al. 1er).
- (2) Cette doctrine, qui est signalée par Mme F. HORLAVILLE, op. cit., p. 82, a trouvé un écho en jurisprudence, v. par ex. Cass. Req., 3 juil. 1889, D.P. 90. 1. 229.
- (3) Cf. Cass. Civ., 20 déc. 1905, D.P. 1907. I. 320, concl. BEAUDOUIN ; Cass. Soc., 20 déc. 1954, Bull. IV, n° 845, p. 617 ; Cass. Civ. 2e, 29 avr. 1969, Bull. II, n° 130, p. 94 ; M. FRANCES, op. cit., p. 33, note (1) et les références ; et depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code : H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1286, p. 1084 ; Cass. Civ. 3e, 10 janv. 1978, Bull. III, n° 28, p. 21, D. 1979. I.R. 512, 1ère esp., obs. P. JULIEN ; Cass. Com., 21 juil. 1980, Bull. IV, n° 313, p. 253.
- (4) R. MARTIN, préc., D. 1979. Chron., 158 ; M. FRANCES, op. cit., p. 33, note (1) ; H. LALOU, note sous Cass. Civ., 2 mars et 4 mai 1910, préc., spéc. p. 386, I, *in fine* ; Cass. Civ., 20 déc. 1905, préc.
- (5) Date d'entrée en vigueur de la loi n° 91-650 du 9 juil. 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, J.O. du 14 juil., p. 9228, modifiée par la loi n° 92-644 du 13 juil. 1992, J.O. du 14 juil., p. 9456, art. 3.

exclusive en la matière (1). Les articles 811 et 895 nouv. c. pr. civ. (réplique de l'art. 811 dans le cadre spécifique du tribunal paritaire de baux ruraux), devaient logiquement être abrogés (2).

Cependant, la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 instituant le juge de l'exécution n'avait organisé aucune procédure rapide devant ce magistrat. Aussi a-t-on pu avancer qu'il pourra encore être utile en cas d'urgence de saisir le juge des référés (3). Si les textes nouveaux avaient opté pour cette interprétation, ils auraient entraîné une restriction considérable des pouvoirs du juge de l'exécution (4). Nous aurions parallèlement assisté à un renouveau de la condition d'urgence en matière de référé sur difficultés d'exécution, ce qui eût tout de même été difficilement compatible d'une part avec l'idée précédemment énoncée suivant laquelle il y aurait

-
- (1) Art. 8 de la loi du 9 juil. 1991 créant l'art. L. 311-12-1 dans le Code de l'organisation judiciaire. Le 4e alinéa du nouveau texte dispose que tout "juge autre que le juge de l'exécution doit relever d'office son incompétence".
 - (2) Dans le même sens, v. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1988. 176.
 - (3) G. FAU, A. DEBEAURAIN, "La compétence des juridictions civiles", Ann. loyers 1977, n° 441, p. 269 (v. également n° 538 et s., p. 313 et s.) ; G. WIEDERKEHR, Rép. pr. civ. Dalloz, v° "Exécution des jugements et des actes", n° 202.
 - (4) Car bien que l'ordonnance de référé n'ait "qu'une portée provisoire et ne lie pas le juge du fond qui aurait à connaître ultérieurement du même moyen" (J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1988. 171), on peut douter de ce que le juge de l'exécution n'aurait eu à souffrir de la concurrence du juge des référés.

toujours urgence dans ce domaine (1), d'autre part avec l'évolution qui s'est produite en matière de référé. La lecture donnée par la jurisprudence aux dispositions du nouveau Code a en effet progressivement dégagé l'autonomie des divers référés relativement à la condition d'urgence prévue expressément par le seul article 808 (2).

Le décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 (3) a réglé cette difficulté en prévoyant dans son art. 20 la possibilité d'assigner "d'heure à heure" et en abrogeant dans son art. 305 les art. 811 et 895 nouv. c. pr. civ.

Une question pourrait toutefois naître de l'interprétation donnée par la jurisprudence à l'art. 872 du nouveau Code. Car la Cour de cassation a autorisé le Président du tribunal de commerce à statuer sur les difficultés d'exécution de l'ordonnance qu'il a lui-même rendue (4) nonobstant les termes de l'art. 877 qui interdit aux tribunaux de commerce de connaître de "l'exécution forcée de leur jugement" (5).

-
- (1) V. supra, p. 9, note (4). Et cela même s'il n'est pas nécessaire de prouver l'urgence, cf. P. CUCHE, J. VINCENT, "Procédure civile et commerciale", Précis Dalloz, 12 éd., 1960, n° 206, p. 211, note (1) ; DE BELLEYME, op. cit., 2e éd., 1844, t. II, p. 5 : "la provision est due au titre et à la chose jugée".
- (2) R. PERROT, préc., in Mél. P. HEBRAUD, Toulouse, 1981, p. 645.
- (3) J.O. du 5 août, p. 10530.
- (4) Cass. Com., 29 janv. 1985, J.C.P. 1985. IV. 138, Rev. trim. dr. civ. 1985. 610, obs. J. NORMAND.
- (5) Sur la nuance que le mot "forcée" introduit ici, v. toutefois J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1985. 610, spéc. p. 612 ; v. également G. WIEDERKEHR, préc., v° "Exécution des jugements et des actes", n° 47.

Généralisée, cette interprétation donnerait à tout juge des référés le pouvoir de se prononcer sur les difficultés d'exécution de ses propres décisions. Le jeu de la condition d'urgence permettrait ainsi au juge des référés d'écartier le juge de l'exécution sur ce point. Est-ce dans la logique de la réforme ? Si la réponse devait être positive, voilà qui constituerait une particularité supplémentaire de l'institution des référés !

L'urgence apparaît en définitive comme une notion très relative et même si elle est souvent présente en filigrane (1), elle est largement évincée par la pratique et les auteurs qui estiment que l'urgence résulte de la "menace d'un trouble grave" (2), d'un "préjudice" (3) que subirait le demandeur s'il

-
- (1) Et cela sous le vocable de "rapidité" ; ce qui constitue tout de même une importante nuance. La volonté d'agir rapidement confère une dimension nouvelle à l'urgence. V. Annexe I, question n° 2 : pour 14 magistrats (25,93 % des réponses) l'urgence (10 réponses) et la rapidité (4 réponses) sont des caractéristiques essentielles du référé.
- (2) R. PERROT, "Le nouveau visage des référés", in Journée d'étude, T.G.I. Paris, 1980, p. 6 et s. ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1274, p. 1072.
- Rappr. P. RAYNAUD, Préface th. Ph. JESTAZ, op. cit. : "Il est des moments où le temps court plus vite, c'est à dire plus dangereusement ; ce péril accru est désigné par le nom de l'urgence" ; P. HEBRAUD, préc., in Mél. P. KAYSER, 1979, t. II, p. 1, spéc. p. 19, la notion d'urgence indique "la force d'une pression imminente".
- (3) DE BELLEYME, op. cit., 2e éd., 1844, t. II, p. 4, v. également p. 80 ; Ph. JESTAZ, op. cit., n° 9, p. 7 ; R. MOREL, "Traité élémentaire de procédure civile", Sirey, 2e éd., 1949, n° 228, 1^o, p. 197 ; J. PONELLE, "Le référé en cours d'instance", th. Paris, Sirey, 1934, n° 11, p. 26 ; J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit., n° 138 et s., p. 141 et s. ; v. aussi Cass. Req., 7 fév. 1933, Gaz. Pal. 1933. 1. 833.

devait suivre les voies procédurales ordinaires (1).

L'amoindrissement de la condition d'urgence, qui constitue avec la notion de provisoire les limites originelles à l'extension sans bornes de la juridiction présidentielle, équivaut inévitablement à un accroissement du champ d'application du référé.

De ces limites premières, il reste surtout aujourd'hui le caractère provisoire de l'ordonnance de référé qui se rattache initialement à l'interdiction de porter préjudice au principal. Si cette dernière règle a disparu des textes récents en matière de référé (2), elle recèle, par les solutions qu'elle avait imposées, de préceptes dans lesquels il n'est pas inintéressant de se replonger afin d'apprécier pleinement les solutions actuelles à la lumière des principes anciens. Le caractère provisoire des ordonnances de référé (qui résulte de nos jours de l'art. 484 nouv. c. pr. civ.) et l'ancienne interdiction de porter préjudice au principal étaient en effet deux aspects

(1) A. COSSA, préc., Gaz. Pal. 1955. 2. Doctr., 45, spéc. p. 46 ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1274, p. 1072 ; v. aussi J. NORMAND, Rapport au Coll. Pau, Cahiers de l'Université, 1979, p. 34 et p. 44-45 ; du même auteur, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1980. 151.

(2) V. cep. en droit administratif l'art. R. 130 c. trib. adm. et l'interprétation restrictive donnée par le Conseil d'Etat de l'art. R. 128 du même Code qui, traitant des "mesures utiles d'expertise ou d'instruction", ne fait pourtant pas mention de l'interdiction de préjudicier au principal : Cons. d'Etat, 6 janv. 1989, Lovera, A.J.D.A. 1989. 142 ; D. CHABANOL, "Code annoté et commenté des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel", éd. du Moniteur, 1990, p. 174.

d'une même question, - Chapitre 1 - (1).

L'application concrète de cet obstacle théorique à l'omnipotence présidentielle a dégagé la notion de "contestation sérieuse". Ce concept est fréquemment la mesure du caractère provisoire de l'ordonnance de référé dans les textes actuels, - Chapitre 2 -.

C H A P I T R E 1 : L'interdiction de porter préjudice au principal.

C H A P I T R E 2 : La notion de contestation sérieuse.

(1) M. FRANCES, op. cit., p. 48 ; v. aussi LOCRE, op. cit., t. III, p. 421, III ; A. MARON, "Psycho-sociologie des référés", D.E.A. d'Histoire du Droit, Paris II, 1979, p. 36 ; J. PONELLE, op. cit., n° 230, p. 257 et n° 232, in fine, p. 260 ; H. SOLUS, "Les pouvoirs du juge chargé de suivre la procédure à l'effet d'ordonner des mesures d'information", Sem. jur. 1939. I. 82, n° 19.

C H A P I T R E 1

L'interdiction de porter préjudice au principal

L'idée suivant laquelle les ordonnances de référé ne pouvaient porter préjudice au principal, visait à empêcher les abus pouvant résulter de l'exécution provisoire de droit (1) attachée à une décision prise dans des conditions de grande rapidité. Si cette prohibition qui figurait dans l'art. 809 c. pr. civ. (2) ne se confondait pas "avec le caractère provisoire" de l'ordonnance de référé (3), on peut toutefois admettre qu'elle constituait une conséquence du caractère provisoire de cette décision (4). La signification de l'ancienne exclusion de principe de tout préjudice au principal peut alors nous aider dans la clarification de la notion de provisoire, - Section 1 -.

Les besoins de la pratique liés à l'ambiguïté certaine de la formule ont néanmoins conduit à son abandon en procédure civile, - Section 2 - (5).

(1) V. LOCRE, op. cit., t. III, p. 421.

(2) Et qui a été ajoutée par la section du Tribunat et adoptée sans discussion ni observations, v. LOCRE, op. cit., t. III, p. 421 et 422.

(3) H. MOTULSKY, obs. sous Cass. Civ. 1ère, 27 janv. 1969, "Ecrits - Etudes et notes de droit international privé", Dalloz, 1978, spéc. p. 305.

(4) Tout comme on peut admettre aujourd'hui que si le juge des référés n'est pas saisi du principal, c'est parce qu'il est juge du provisoire, v. art. 484 nouv. c. pr. civ.

(5) En procédure administrative, v. supra, p. 13, note (2).

S E C T I O N 1

La notion de "préjudice au principal"

L'analyse de la notion suppose que soit expliqué le sens qui avait été donné aux mots "préjudice au principal".

Une première interprétation de la notion consistait à assimiler le "principal" au procès pendant devant les juges du fond (1). Cette proposition avait donné lieu à un vif débat sur la recevabilité ou non du référé en cours d'instance. Etait-ce l'intervention du juge des référés, alors que le tribunal était saisi, qui créait le préjudice au principal, qui portait atteinte au caractère provisoire de l'ordonnance de référé ? C'est l'objet de notre premier paragraphe.

Mais cette définition ne s'étant pas imposée, il fallait entendre différemment la notion et partir du mot "préjudice". Ce terme était susceptible de deux acceptations, "dommage" (au sens actuel) ou "préjugé" (au sens étymologique) (2). Partant de là, le "préjudice" au principal visait-il le fait (c'est-à-dire le dommage irréversible que la décision de référé cause à l'une des parties, en raison de l'impossibilité pour le juge du principal de revenir concrètement sur ce qui a été

(1) E.-N. PIGEAU, "Commentaire sur le code de procédure civile", 1827, t. II, p. 492.

(2) J. PONELLE, op. cit., n° 15, p. 32.

ordonné en référé) ou le droit (c'est-à-dire le préjugé) ? Cet essai de définition fera l'objet d'un second paragraphe.

§ 1. La question du référé en cours d'instance.

Après une controverse qui a duré un demi-siècle, - A -, le droit positif s'est orienté vers la recevabilité du référé en cours d'instance, - B -.

A. LA CONTROVERSE - LES THEORIES EN PRESENCE :

Le "principal" visé par l'art. 809 c. pr. civ. représentant l'instance engagée au fond devant le tribunal, la voie de l'incident restait seule ouverte (1). Pour justifier

(1) L'axiome était le suivant : "Principal saisi, référé non recevable", v. J. PONELLE, op. cit., p. 31, Titre du Chapitre 1er ; Pau, 27 déc. 1871, D.P. 76. 2. 161, 4^e esp.

Cette préférence de la doctrine classique pour l'incident était fréquemment justifiée par l'idée que cette voie est la "seule correctement employée en cas d'instance pendante" et donne des résultats analogues à celui du référé, v. l'exposé critique de J. PONELLE, op. cit., n° 18, p. 34 ; v. aussi B. CAZALENS, note sous cinq esp., préc. Nous nous contenterons de rappeler ici que le juge des référés, contrairement au tribunal, peut statuer à tout moment et même dans l'heure où il a été saisi (art. 808 c. pr. civ. ; v. actuellement l'art. 485, al. 2 nouv. c. pr. civ.) et que sa décision, exécutoire par provision (art. 811 c. pr. civ. ; aujourd'hui la règle figure à l'art. 489, al. 2 nouv. c. pr. civ.), peut être exécutée "au seul vu de la minute" (art. 811 c. pr. civ. ; de nos jours, art. 489, al. 1er nouv. c. pr. civ.).

Sur la question, v. également F. HORLAVILLE, op. cit., p. 20.

leur position, les partisans de cette thèse se sont essentiellement appuyés sur les exceptions de litispendance et de connexité, - 1 - (1).

Leur doctrine n'est cependant pas à l'abri des critiques, - 2 -.

- 1 - L'énoncé des thèses anciennes : la juridiction des référés n'est pas exempte des règles de la litispendance et de la connexité :

La litispendance vise l'hypothèse où un même litige est "pendant devant deux juridictions de même degré, également compétentes pour en connaître". La connexité suppose quant à elle, qu'il existe, "entre des affaires portées devant deux juridictions différentes, un lien tel qu'il soit de l'intérêt" de la Justice "de les faire instruire et juger ensemble" (2). Eviter que des décisions identiques soient rendues par deux juridictions distinctes va dans le sens d'une bonne administration de la Justice (3). Mais le but essentiel des règles énoncées plus haut est d'éviter la coexistence de jugements contraires. Comme pour l'exception de la chose jugée, il s'agit d'éviter que les deux demandes aboutissent à des décisions contradictoires (4).

- (1) Sur l'opinion suivant laquelle les parties qui ont procédé devant le tribunal seraient liées par un contrat judiciaire leur interdisant le recours au juge des référés, v. H. LALOU, note sous Cass. Civ., 2 mars et 4 mai 1910, préc.
- (2) V. par ex. J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit., n° 281, p. 231.
- (3) Puisque cela entraînerait des frais inutiles.
- (4) Cf. B. CAZALENS, note sous cinq esp., préc., spéc. p. 161, col. de droite.

La jurisprudence a d'abord estimé que l'instance au fond crée "pour le juge du Référé le devoir de renvoyer les parties devant les juges déjà saisis de la demande principale" (1). Ce principe ne trouvait application qu'en présence d'une identité absolue d'objet de la demande formée devant le tribunal et celle portée devant le juge des référés.

Il est arrivé que l'on aille plus loin et que soit affirmée l'incompétence du juge des référés lorsque les mesures provisoires demandées avaient trait à une situation litigieuse pour laquelle un procès était déjà engagé devant le tribunal (2). Cette idée, particulièrement réductrice, était déjà obsolète à l'époque où son auteur l'avait formulée (3).

Si cette jurisprudence a persisté jusqu'au début de notre siècle, on peut toutefois remarquer des décisions qui ne s'y sont pas assujetties (4).

Une thèse plus compréhensive est venue s'ajouter à celle qui vient d'être exposée. Le référé en cours d'instance serait possible dans les cas "d'extrême urgence", mais

- (1) Cass. Req., 17 déc. 1860, D.P. 61. 1. 299. Ainsi, quels que "généraux soient les termes de l'art. 806 c. pr. civ.", la juridiction des référés n'est pas exempte des règles de la litispendance, et que, lorsqu'un tribunal est compétemment saisi de la connaissance d'une affaire, il n'en peut être dénanti par le juge des référés", v. Pau, 27 déc. 1871, préc. ; v. également M. BORYSEWICZ, "La rétractation de l'autorisation de saisir", Rev. trim. dr. civ. 1964. 437, n° 14, p. 450.
- (2) O. GERARD, op. cit., p. 188.
- (3) V. J. PONELLE, op. cit., n° 24, p. 40, 2e §.
- (4) V. par ex. les ordonnances de référé du Président du T. civ. de la Seine en date des 9 déc. 1871 et 30 juin 1874, D.P. 76. 2. 161, 1ère et 3e esp.

également, en retardant le moment où l'instance est réputée introduite, "pendant la période comprise entre l'introduction effective du litige et ce report fictif" (1).

Enfin, une thèse favorable au référé en cours d'instance est intervenue. Ce sont les critiques qu'elle formule à l'encontre de la doctrine classique, qui dénie au juge des référés la possibilité de trancher une difficulté née à propos d'un litige dont le juge du fond est déjà saisi, qu'il convient d'analyser maintenant.

- 2 - La critique des thèses anciennes par la théorie moderne :

La validité du référé en cours d'instance peut résulter de considérations d'ordre pratique, mais aussi d'ordre juridique.

D'un point de vue pratique, la solution inverse aboutirait à une inefficacité du référé. Il suffirait en effet d'engager une instance au fond pour échapper à une décision rapide (2). Les thèses anciennes sont d'autant plus restrictives pour ce qui concerne l'exception de connexité, puisque le référé en cours d'instance suppose nécessairement un certain lien de

(1) V. J. PONELLE, op. cit., n° 27, p. 44. Cette prorogation de compétence dans le temps a notamment été prônée jusqu'à ce que "l'instance engagée devant le tribunal est en état d'être jugée" (E. FUZIER-HERMAN, Rép. gén. alphabétique du droit français, 1886-1906, t. XXXVII, v° "Référez", n° 149, p. 335). La solution annonce celle qui retient la compétence exclusive du juge de la mise en état, dès sa désignation, *infra*, p. 34, note (2).

(2) J. PONELLE, op. cit., n° 37, p. 52-53.

connexité avec l'instance pendante devant le tribunal saisi du fond.

En outre, le rôle grandissant que le législateur a attribué au juge des référés (1) allié à l'encombrement croissant des juridictions du fond (2) vont dans un même sens favorable au référé en cours d'instance.

D'un point de vue juridique, la question se ramène à l'interrogation suivante : une contrariété de décisions est-elle possible ? Plus concrètement, peut-il y avoir conflit entre un jugement et une ordonnance de référé ?

Quant à la litispendance, il n'est de meilleur argument que celui avancé par CAZALENS (3) : "en droit, nous ne disons pas en fait, cette contradiction ne peut point se rencontrer entre les ordonnances de référé et les jugements du tribunal, parce que le juge des référés ne statue qu'au provisoire, tandis que le tribunal juge définitivement le fond".

Quant à la connexité, elle suppose des affaires portées devant deux juridictions dont la compétence propre est identique (4) ; c'est la raison qui pousse CAZALENS à affirmer que "la juridiction du président, juge des référés

- (1) En admettant parfois expressément le référé en cours d'instance, v. par ex. la loi du 17 juil. 1907 sur la limitation des effets de la saisie-arrêt, qui avait modifié l'art. 567 c. pr. civ., J.-B. DUVERGIER, "Collection complète des Lois, Décrets", Sirey, 1907, p. 401.
- (2) V. déjà A. TISSIER, note sous Cass. Req., 27 oct. 1903, S. 1904. 1. 337.
- (3) B. CAZALENS, note sous cinq esp., préc.
- (4) Cf. Bastia, 1ère Ch., 28 janv. 1856, D.P. 56. 2. 87.

n'est pas une pure émanation de celle du tribunal auquel il appartient" (1). On peut douter de la valeur de cette idée (2) qui, de toute manière, n'est pas indispensable pour asséoir la solution que l'on cherche à imposer : la compétence du juge des référés est quant au provisoire la même que celle du tribunal quant au fond (3). Comme la connexité (à l'image de la litispendance) repose sur la contrariété de décisions, il suffit de rejeter cette exception pour les mêmes raisons (4). La difficulté ne réside pas en réalité dans une question de compétence du juge des référés par rapport au juge du fond, mais dans une question de pouvoirs. Que le litige soit ou non engagé au fond, ce qui prime, ce sont les dispositions spéciales qui dirigent l'institution du référé. Il en résulte que ni l'exception de litispendance, ni l'exception de connexité, ne pourront être accueillies en référé. Le caractère provisoire de l'ordonnance accomplit alors pleinement son office : le juge des référés peut statuer "au provisoire" quelle que soit la demande portée devant le juge du fond. Sa décision, parce que provisoire, n'entre jamais en contradiction avec celle que peut rendre le tribunal saisi du litige au fond (5).

Cette théorie moderne a été suivie par la jurisprudence, fixée à la suite d'un arrêt rendu par la Cour de

(1) B. CAZALENS, note sous cinq esp., préc.

(2) V. notamment J. PONELLE, op. cit., n° 44, p. 60 ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1305, p. 1105.

(3) H. DERVEAUX, "De la compétence absolue du juge des référés", th. Caen, Tourcoing, 1914, p. 19 et spéc. p. 22.

(4) V. J. PONELLE, op. cit., n° 44, p. 61.

(5) V. aussi Cass. Civ. 2e, 12 déc. 1973, Bull. II, n° 334, p. 271, J.C.P. 1974. IV. 34.

cassation en date du 4 mai 1910.

B. LA RECEVABILITE DU REFERE EN COURS D'INSTANCE EN DROIT POSITIF :

"Attendu que l'art. 806 c. pr. civ. attribue compétence au juge des référés, pour statuer dans tous les cas d'urgence ; - Attendu que les termes généraux de cette disposition ne permettent pas de soustraire à son application le cas où les parties sont déjà engagées dans un litige devant les juges du fond ; - Qu'il suffit que le juge des référés constate expressément l'urgence et que les mesures ordonnées par lui ne fassent pas préjudice au principal". C'est en ces termes que la Cour de cassation met fin, en 1910, à la controverse (1). Le référé en cours d'instance est désormais toujours possible (2). L'exception de connexité n'apparaît plus en jurisprudence ou en doctrine et des décisions rejettent expressément celle tirée de la litispendance (3).

Une réserve avait été apportée à cette solution. Elle

- (1) Cass. Civ., 4 mai 1910, préc. V. depuis, par ex., Cass. Civ., 7 nov. 1921, Gaz. Pal. 1921. 2. 563 ; Cass. Req., 5 avr. 1927, Gaz. Pal. 1927. 2. 225 ; Cass. Req., 17 fév. 1930, préc. V. dernièrement, Cass. Soc., 14 mai 1992, Bull. V, n° 312, p. 195 ; Cass. Com., 11 mai 1993, Gaz. Pal. 30-31 juil. 1993, Flash, p. 6.
- (2) L'idée que le "préjudice" visé à l'art. 809 c. pr. civ., désigne le procès pendant est abandonnée, v. Cass. Req., 17 fév. 1930, préc. ; J. PONELLE, op. cit., n° 52, p. 74 ; et déjà B. CAZALENS, note sous cinq esp., préc. ; J.-E. LABBE, note sous Paris, 5e Ch., 7 fév. 1873, S. 76. 2. 313, 1ère esp.
- (3) V. Rouen, 8 mars 1949, D. 1949. somm. 52, Rev. trim. dr. civ. 1950. 97, obs. P. RAYNAUD ; Agen, 7 déc. 1951, J.C.P.-A. 1952. IV. 1887, obs. G. MADRAY, Rev. trim. dr. civ. 1953. 146, obs. P. HEBRAUD ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1326, p. 1129.

concernait la rétractation d'une autorisation de saisir-arrêter accordée par le juge sur requête, alors que le tribunal était saisi de l'assignation en validité (1). La difficulté a toutefois été tranchée dans un sens favorable au référé en cours d'instance, - 1 -.

La question du recours au juge des référés une fois l'instance engagée au fond relevant aussi des hypothèses où la juridiction du Président risque d'entrer en concurrence avec d'autres magistrats, il se révèle également opportun de déterminer les limites de la compétence du juge des référés, - 2 -.

- 1 - L'admission généralisée du référé en cours d'instance :

Lorsque le Président statue par ordonnance sur requête, la procédure n'est pas contradictoire. Pour éviter qu'une personne qui n'était pas à même de défendre ses intérêts ne soit injustement lésée et pour assurer un entier respect du principe de la contradiction, l'usage s'est créé, à une époque où aucun texte ne prévoyait une possibilité de modification ou de rétractation de l'ordonnance sur requête, d'insérer dans cette décision une clause dite "de réserve de référé" (2). Le

-
- (1) Sur la question de la mainlevée d'une saisie-arrêt lorsqu'elle était pratiquée en vertu d'un titre, v. Ph. BERTIN, "Les pouvoirs actuels du juge des référés en matière de saisie-arrêt", Gaz. Pal. 1981. 2. Doctr., 359 ; Rapport de M. le conseiller BRICOUT, sur Cass. Req., 31 mai 1932, D.P. 1932. 1. 148 ; R. PERROT, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1978. 937 et 1988. 404.
- (2) Cf. R. PERROT, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1980. 816, spéc. p. 817 ; v. aussi M. BORYSEWICZ, préc., Rev. trim. dr. civ. 1964. 437, n° 31 et s., p. 465 et s. ; H. MOTULSKY, obs. sous Paris, 14e Ch., 2 fév. 1967 et T.G.I. Seine, réf., 13 avr. 1967, J.C.P. 1967. II. 15181, et in H. MOTULSKY, "Ecrits - Etudes et notes de procédure civile", Dalloz, 1973, p. 373.

référé fonctionne alors, "par rapport à l'ordonnance sur requête, comme un recours, destiné à élever le contentieux" (1).

Aujourd'hui, la demande en rétractation est prévue par l'art. 496, al. 2 nouv. c. pr. civ., aux termes duquel "S'il est fait droit à la requête, tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu l'ordonnance". La jurisprudence estime que le juge est saisi "comme en matière de référé" (2). Mais cette qualification, destinée à écarter les conditions spécifiques du référé (3), ne doit pas nous aveugler. Il ne s'agit pas ici d'une de ces hypothèses où le juge des référés statue au fond (4). Le Président "ne devient pas un juge du principal : il est

- (1) P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1951. 412. Mais il s'agit en réalité "moins d'un "recours" que d'une procédure en continuation destinée à mieux éclairer le juge en lui donnant une vision contradictoire", v. R. PERROT, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1984. 367, spéc. p. 368 et 1989. 143, spéc. p. 144 ; v. également Ph. BERTIN, "Le référé afin de rétractation de l'ordonnance rendue sur la requête initiale en divorce est-il un "recours" interdit par l'article 1107 du nouveau Code de procédure civile ?", J.C.P. 1984. I. 3146.
- (2) Par ex. Cass. Civ. 2e, 28 oct. 1982, Bull. II, n° 137, p. 99.
- (3) Si les conditions propres au référé devaient être appliquées dans cette matière, elles seraient de nature à vider la procédure de rétractation de tout son sens, v. notamment P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1951. 412 : une personne, expulsée à la suite d'une ordonnance sur requête, utilise la clause de réserve de référé et présente "des arguments susceptibles d'établir (...) sa qualité de locataire régulier. Le juge des référés reconnaît qu'il y a contestation sérieuse, et se déclare incompétent". La contestation sérieuse qui aurait dû constituer un obstacle à la mesure ordonnée sur requête ne peut avoir le même sens ici. La Cour d'appel de Grenoble a logiquement réformé la décision du premier juge, v. Grenoble, 29 fév. 1951, J.C.P.-A. 1951. IV. 1667, obs. G. MADRAY.
- (4) Sur ce problème, v. J. SEIGNOLLE, préc., J.C.P. 1954. I. 1200 ; P. ESTOUP, op. cit., n° 63, p. 51 et n° 139, p. 111 ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1270, p. 1069 ; v. aussi Cass. Soc., 24 avr. 1985, J.C.P. 1985. IV. 236.

saisi en sa qualité de "juge des requêtes" auquel il est demandé simplement de parfaire sa mission première dans le cadre d'un débat contradictoire" (1). Sa décision n'en perd pas pour autant son caractère provisoire, d'où le rapprochement avec l'ordonnance de référé.

Ceci explique que se soit posée en jurisprudence la question de l'application de la règle de la prohibition du préjudice au principal à l'ordonnance de rétractation. L'idée consistait dans l'affirmation que l'ordonnance de rétractation faisait "disparaître la matière de la saisie et (rendait) inutile et sans portée la décision sur le fond" (2). Or si l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 4 mai 1910 a permis le référé en cours d'instance, il avait réservé le cas où les mesures ordonnées par le juge des référés porteraient "préjudice au principal" (3). Il avait néanmoins été rapidement admis que le juge des référés pouvait statuer lorsqu'il était saisi d'une demande en rétractation (ou en modification) de l'autorisation qu'il avait donnée, avant l'assignation en validité (4). Une thèse plus rigoureuse s'était imposée à partir de 1954. Elle ne permettait au juge des référés

- (1) H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1390, spéc. p. 1184 ; v. également M. BORYSEWICZ, préc., Rev. trim. dr. civ. 1964. 437, n° 23 et s., p. 458 et s.
- (2) Rapport de M. le conseiller BRICOUT, sur Cass. Req., 31 mai 1932, préc., le 2e grief du moyen ; v. aussi Cass. Civ., 10 nov. 1885, D.P. 86. 1. 209 ; M. BORYSEWICZ, préc., Rev. trim. dr. civ. 1964. 437, n° 19, p. 454.
- (3) Cass. Civ., 4 mai 1910, préc.
- (4) Solution approuvée par la Cour de cassation, v. Cass. Req., 13 mai 1924, D.P. 1924. 1. 201.

d'intervenir en ce sens qu'à la condition de statuer avant l'assignation en validité (1). Le préjudice au principal se trouvait donc réalisé chaque fois que la matière de la saisie-arrêt disparaissait du fait de la décision du juge du provisoire (2). Cette solution, qui empêchait le plus fréquemment le juge des référés de rétracter l'autorisation accordée, donnait tout son intérêt à la procédure du cantonnement de la saisie-arrêt (3). Mais les besoins de la pratique ne pouvaient s'en satisfaire. Que le juge des référés ne puisse plus statuer dès que le tribunal était saisi enlevait tout sens à la faculté de rétractation ouverte devant ce magistrat : non seulement le délai pour assigner en validité était très court (huit jours) (4), mais encore, il suffisait de saisir le juge du fond dès que l'on avait connaissance de l'assignation devant le Président pour en contrer les effets (5). D'autres arguments mis en avant par les auteurs et la

- (1) Cass. Civ. 2e, 21 mai 1954, Gaz. Pal. 1954. 2. 49, Rev. trim. dr. civ. 1954. 713, obs. P. RAYNAUD ; v. H. MOTULSKY, obs. sous Paris, 14e Ch., 2 fév. 1967 et T.G.I. Seine, réf., 13 avr. 1967, préc.
- (2) Sur les rapports qu'entretient cette question avec la notion de "dommage irréparable" que risque de causer l'ordonnance de référé, v. infra, p. 41 et s.
- (3) V. B. BOCCON-GIBOD, "De la Transformation de la Procédure sous l'influence de la Jurisprudence et de la Pratique", th. Paris, 1936, p. 80.
- (4) Cf. M. BORYSEWICZ, préc., Rev. trim. dr. civ. 1964. 437, n° 16, p. 451 ; H. MOTULSKY, obs. sous Paris, 14e Ch., 2 fév. 1967 et T.G.I. Seine, réf., 13 avr. 1967, préc.
- (5) V. l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la Chambre des requêtes en date du 31 mai 1932, préc. : l'instance en référé est introduite le lendemain même de la saisie (le 1er mai 1919). Le 3 mai, les créanciers saisisants assignent au fond (v. le rapport de M. le conseiller BRICOUT, spéc. p. 150, col. de gauche) ; v. également H. SOLUS, R. PERRON, op. cit., t. III, n° 1390, spéc. p. 1183.

jurisprudence étaient en faveur de l'abandon de la solution, discutable (1) à plus d'un titre.

Ainsi, on s'aperçoit tout d'abord que le juge des référés pouvait donner la mainlevée d'une saisie en cours d'instance de validité lorsqu'il constatait qu'elle avait été pratiquée en vertu d'un titre inexistant, nul ou impropre à servir de base à la saisie opérée. Or, il n'existe aucun obstacle majeur à l'extension de cette solution à l'hypothèse de la rétractation de l'autorisation de saisir, qui supprimait autant "la matière de l'instance en validité" que la mainlevée de la saisie (2). Ensuite, la saisine du tribunal ne retirait pas ses pouvoirs au juge des référés. Si le juge du provisoire pouvait rétracter l'autorisation donnée avant la saisine du tribunal, il devait aussi pouvoir le faire après ; "aucune disposition légale (n'interdisait) au juge des référés de statuer sur ce point lorsque les juges du fond (étaient) eux-mêmes saisis" (3). Si la rétractation de l'autorisation avait véritablement porté préjudice au principal, il n'y aurait d'ailleurs pas eu à distinguer selon le moment où l'on se plaçait (4). De plus, si le juge des référés avait "détruit" une saisie-arrêt tout à

- (1) P. CUCHE, J. VINCENT, op. cit., n° 340, in fine, p. 365 ; H. MOTULSKY, "Les ordonnances sur requête", Rapport général de synthèse aux Journées d'études judiciaires de Lille, mai 1964, "Ecrits - Etudes et notes de procédure civile", op. cit., p. 198 ; R. PERROT, "Droit judiciaire privé", op. cit., p. 452.
- (2) H. MOTULSKY, obs. sous Paris, 14e Ch., 2 fév. 1967 et T.G.I. Seine, réf., 13 avr. 1967, préc. ; Ph. BERTIN, préc., Gaz. Pal. 1981. 2. Doctr., 359 ; v. également M. BORYSEWICZ, préc., Rev. trim. dr. civ. 1964. 437, n° 29, p. 463.
- (3) T.G.I. Seine, réf., 13 avr. 1967, préc.
- (4) V. également H. MOTULSKY, obs. sous Paris, 14e Ch., 2 fév. 1967 et T.G.I. Seine, réf., 13 avr. 1967, préc. ; B. BOCCON-GIBOD, op. cit., p. 80.

fait régulière avant que le tribunal ne soit saisi, il y aurait eu préjudice au principal ; et inversement si le Président avait rétracté son autorisation pendant l'instance en validité et que la saisie-arrêt était irrégulière, il n'y aurait pas eu préjudice au principal (1).

La polémique avait été entretenue et même ravivée par un arrêt de la seconde Chambre civile de la Cour de cassation qui, le 19 février 1970, avait estimé que "si aux termes de l'art. 806 c. pr. civ., le juge des référés est compétent en principe pour statuer provisoirement sur l'exécution d'un titre exécutoire, il ne l'est plus lorsqu'une instance a été antérieurement engagée sur la validité du titre et est encore pendante devant le juge du fond" (2). Cet arrêt avait été interprété comme voulant généraliser la solution d'exception retenue en matière de rétractation de l'autorisation de saisir-arrêter (3).

Des auteurs citèrent cette décision en précisant que la solution retenue se justifiait, l'intervention du juge des référés supposant l'absence de difficulté sérieuse sur la mesure demandée. Or tel n'était pas le cas, selon ces auteurs, "de l'expulsion fondée sur un titre dont l'annulation est demandée devant le tribunal" (4).

Non seulement cette dernière opinion tendait à remettre en cause la valeur d'un titre auquel, par principe, "foi est due",

(1) Cf. J. PONELLE, op. cit., n° 63, p. 89.

(2) Cass. Civ. 2e, 19 fév. 1970, Gaz. Pal. 1970. 1. 264, note non signée.

(3) V. P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1970. 613, spéc. p. 615 ; note non signée sous Cass. Civ. 2e, 19 fév. 1970, préc.

(4) G. FAU, A. DEBEAURAIN, préc., Ann. loyers 1977, n° 517, p. 302.

mais la solution adoptée conduisait à retirer au juge des référés le pouvoir d'apprécier le caractère sérieux ou non de la contestation soulevée (1). Aussi un arrêt postérieur de la même Chambre de la Cour de cassation avait-il admis que le juge des référés pouvait statuer sur "les difficultés relatives à l'exécution d'actes notariés revêtus de la formule exécutoire" bien que le juge du fond ait été saisi d'une action en nullité de ces actes (2).

Ce qui pouvait ressembler à une volonté délibérée de généraliser une solution criticable et critiquée n'était en réalité que le vestige de la doctrine classique (3).

Pour mettre un terme à la controverse, le nouveau Code a déclaré que le "juge a la faculté de modifier ou de rétracter son ordonnance, même si le juge du fond est saisi de

(1) V. P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1970. 613, spéc. p. 616.

(2) Cass. Civ. 2e, 19 déc. 1973, Bull. II, n° 339, p. 276, également cité par P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 122, p. 99.

(3) Il n'était d'ailleurs pas besoin d'attendre cet arrêt de 1973 pour argumenter en ce sens. Déjà en 1910, la Cour de cassation s'était prononcée en faveur de la solution ancienne, en des termes quasi identiques à ceux retenus en 1970. Ceci démontre que l'arrêt de 1970, loin d'être une décision isolée, n'est qu'une survivance d'une conception dépassée. Il peut être intéressant de rappeler ici le principal attendu de l'arrêt du 2 mars 1910 qui, rapporté au D.P. 1910. I. 385 avec l'arrêt précité du 4 mai, a peut-être été éclipsé par ce dernier : "Attendu que si, aux termes de l'art. 806 c. pr. civ., le juge des référés est compétent, en principe, pour statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire, il ne l'est plus lorsqu'une instance a été antérieurement engagée sur la validité du titre et est encore pendante devant le juge du fond".

"l'affaire" (1). Ce qui n'a pas empêché certains magistrats de manifester une résistance à la solution nouvelle (2). Il a par conséquent fallu que la Cour de cassation intervienne pour régler la question dans un sens conforme au texte et donc favorable à la compétence du juge des référés en matière de rétractation d'autorisation de saisir-arrêter lorsque l'instance en validité était pendante devant le juge du fond (3).

Si la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 a modifié notamment les règles relatives aux mesures d'exécution forcée (4), l'art. 497 nouv. c. pr. civ., conserve son intérêt dans tous les autres cas où il est envisageable de recourir aux ordonnances sur requête.

Le référé en cours d'instance est donc **toujours** possible. La règle est encore plus flagrante pour le référé du Premier Président de la Cour d'appel, puisqu'il ne se conçoit que durant l'instance d'appel (5).

L'interdiction de porter préjudice au principal ne se bornait pas à la constatation de l'existence d'une instance au fond.

(1) Art. 497 nouv. c. pr. civ. ; v. également Cass. Civ. 2e, 26 nov. 1990, J.C.P. 1991. IV. 4 ; Ph. BERTIN, Rép. pr. civ. Dalloz, v° "Référé civil", n° 21 ; P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 126, p. 103.

(2) V. R. PERROT, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1974. 674 et 1975. 602.

(3) Cf. Cass. Civ. 2e, 17 juil. 1976, D. 1976. somm. 76, Rev. trim. dr. civ. 1976. 838, obs. R. PERROT, spéc. n° 10.

(4) J.O. du 14 juil. 1991, p. 9228.

(5) V. par ex. J. ROCHE, Rép. dr. trav. Dalloz, v° "Référé", n° 84.

Pour clore la discussion relativement au référé en cours d'instance, on peut ajouter que l'extension du domaine de la juridiction des référés accentue le délicat problème du rôle de ce juge par rapport aux autres juridictions avec lesquelles il peut entrer en concurrence. Il paraît donc utile d'établir la répartition du contentieux entre le Président et les juridictions concurrentes, du point de vue de leurs compétences respectives.

- 2 - La compétence du juge des référés :

La compétence territoriale, qui ne pose pas de question particulière au regard de la notion de provisoire, ne sera pas traitée (1). Il s'agit ici de déterminer si le juge des référés est compétent alors que le litige est pendant devant une juridiction différente de celle dont le Président saisi en référé est l'émanation. C'est là un autre aspect du référé en cours d'instance.

Cette hypothèse ne concerne que les cas de compétence concurrente. Si le juge qui risque d'entrer en concurrence avec le Président bénéficie d'une compétence exclusive, le référé en cours d'instance n'est pas à envisager. Ainsi en est-il du juge aux affaires matrimoniales (2) pour les mesures qui

- (1) Sur cette question, v. Ph. BERTIN, préc., v° "Référé civil", n° 44 et s. ; P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 24 et s., p. 26 et s., n° 190, p. 151 et n° 205, p. 161 ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1319 et s., p. 1121 et s. ; J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit, n° 239, p. 205.
- (2) Qui sera remplacé par le juge aux affaires familiales à partir du 1er fév. 1994.

ressortissent à son domaine (1), du juge de la mise en état (2), du juge-commissaire (3), ou encore du juge qui a rendu une ordonnance sur requête dont la rétractation est demandée (4). Citons encore le juge de l'exécution (5) & (6).

Au regard de la matière administrative, le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires entraîne l'incompétence du juge des référés judiciaire lorsque le litige relève des juridictions de l'ordre administratif. Cette incompétence est d'ordre public (7). Néanmoins il existe

- (1) P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 32, p. 31 ; v. aussi Ph. BERTIN, "Du nouveau dans la procédure de divorce", J.C.P. 1981. I. 3042, spéc. n° 9 ; J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1978. 912.
- (2) Cette solution n'a pas été entérinée d'office, cf. P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1973. 163 et 609 ; pour l'exclusivité de sa compétence, v. R. PERROT, préc., Gaz. Pal. 1974. 2. Doctr., 895. L'exclusivité de la compétence du juge de la mise en état pour toutes les mesures énumérées à l'art. 771 nouv. c. pr. civ. (cf. T.G.I. Clermont-Ferrand, réf., 29 mars 1984, Gaz. Pal. 1985. 1. somm. 185 ; Aix-en-Provence, 14 fév. 1983, Gaz. Pal. 1983. 1. 315, note Ch. DUREUIL ; J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit., n° 629, p. 458) s'est finalement imposée. Elle intervient dès sa désignation : art. 771 nouv. c. pr. civ. ; Cass. Civ. 2e, 9 déc. 1976, D. 1978. 329, note M. DONNIER, Rev. trim. dr. civ. 1977. 360, obs. J. NORMAND ; T.G.I. Paris, réf., 23 mai 1989, inédit, n° 5336/89 ; E. HOLMAN, note sous T.G.I. Paris, réf., 10 nov. 1975, J.C.P. 1976. II. 18276.
- (3) Par ex. Cass. Com., 9 juil. 1991, R.J.D.A. 1991, n° 746, p. 657.
- (4) Cass. Com., 15 fév. 1983, J.C.P. 1983. IV. 139 ; Cass. Civ. 2e, 14 janv. 1987, D. 1987. I.R. 19, Rev. trim. dr. civ. 1987. 410, obs. R. PERROT.
- (5) L'art. L. 311-12-1, al. 4 c. org. jud., préc., semble, avec l'esprit de la loi du 9 juil. 1991, en ce sens.
- (6) Pour une vision d'ensemble de ces compétences exclusives excluant l'intervention du juge des référés, v. P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 29 et s., p. 29 et s.
- (7) H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1307, p. 1106 ; P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 36, p. 32.

des dérogations à ce principe, dont l'illustration la plus éclatante est la voie de fait (1).

En matière pénale, le juge des référés est incompétent, sauf pour ce qui concerne les incidents qui se rattachent à l'action civile (2) et mise à part l'hypothèse prévue par l'art. 5-1 c. pr. pén. (3).

La compétence du juge des référés est également limitée en présence d'une convention d'arbitrage. Néanmoins, la jurisprudence reconnaît au Président le pouvoir de prescrire les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires (4).

La compétence du juge des référés étant dans ces cas admise par principe, nous déterminerons ultérieurement les pouvoirs qui appartiennent au Président, ainsi que les mesures qu'il peut ordonner alors que d'autres magistrats sont concomitamment et compétemment saisis ou sachant que les juges du fond peuvent être amenés à statuer par la suite (5).

Une question subséquente concerne une condition prévue par certains textes qui imposent au plaideur désirant

- (1) Par ex. J.-Y. PLOUVIN, "Au Secours, Le Juge Civil des Référés Arrive !", Gaz. Pal. 1989. 1. Doctr., 102. Sur la crainte d'une immixtion toujours plus poussée du juge des référés judiciaire dans la matière administrative, v. D. CHABANOL, "Haro, Haro La Juridiction Administrative est attaquée !", Gaz. Pal. 1989. 1. Doctr., 294. V. aussi infra, p. 196 et s., - 1 -.
- (2) H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1306, p. 1106.
- (3) Issu de la loi n° 83-608 du 8 juil. 1983, J.O. du 9 juil., p. 2122.
- (4) V. H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1310, p. 1110.
- (5) Cette question est traitée dans la seconde partie, infra p. 543, - A -.

agir en référé de saisir préalablement le juge du fond. On peut se demander si cette solution particulière est pertinente et si elle mérite d'être étendue, auquel cas elle ferait du référé en cours d'instance le principe de la juridiction du Président. L'existence d'une telle condition est notamment prescrite en matière de "référé-concurrence" (1). Le texte qui le met en place est malheureusement "d'un laconisme remarquable, (et) pose plus de problèmes qu'il n'en résout" (2). Deux questions essentielles se présentent ; d'une part, celle relative à la nécessité ou non d'une saisine préalable du juge du fond et d'autre part, celle de l'autonomie ou non de ce référé par rapport au référé de droit commun. Sur ce dernier point, la difficulté a été réglée dans le sens d'une soumission du référé-concurrence aux règles générales des articles 808-809, 872-873 du nouveau Code (3).

- (1) Art. 36 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er déc. 1986, J.O. du 9 déc., p. 14773.
- (2) Ch. GAVALDA, Cl. LUCAS DE LEYSSAC, obs. sous trois esp., D. 1988. somm. 299, spéc. p. 300.
- (3) Cass. Com., 27 juin 1989, J.C.P. 1990. II. 21530, obs. crit. G. VIRASSAMY ; v. également Lamy droit économique, 1993, n° 1927, b, p. 635 ; M. MALAURIE, "Le référé-concurrence", J.C.P. 1993. I. 3637. Cette solution conduit à restreindre l'intérêt du référé de l'art. 36 (puisque il répond aux conditions du référé de droit commun). Et comme le référé-concurrence n'exclut pas la saisine du juge des référés par la victime d'un refus de vente dans la procédure de droit commun (Paris, 1ère Ch. A, 17 janv. 1989, D. 1989. I.R. 52, Gaz. Pal. 1989. 1. 201, 1ère esp., note J.-P. MARCHI ; Paris, 1ère Ch. A, 19 mars 1990, Gaz. Pal. 1991. 1. somm. 60 ; Paris, 1ère Ch. A, 27 juin 1990, Gaz. Pal. 1991. 1. somm. 60), l'utilité de ce référé semble se limiter à permettre l'action du Ministre de l'Economie qui n'a pas qualité pour agir dans la procédure de droit commun (Paris, 1ère Ch. A, 17 janv. 1989, préc. ; Lamy droit économique, préc., n° 1929, p. 636 ; G. VIRASSAMY, obs. sous Cass. Com., 27 juin 1989, préc., in fine ; J.-P. MARCHI, note sous Grenoble, Ch. urg., 9 fév. 1989, Gaz. Pal. 1989. 2. 556).

En ce qui concerne la saisine préalable du juge du fond, l'interrogation quant à l'éventuelle exigence de cette condition découle du texte même de l'art. 36 qui dispose que "le président de la juridiction saisie peut, en référé, enjoindre la cessation des agissements en cause ou ordonner toute autre mesure provisoire". Les premières décisions rendues furent hostiles à la nécessité d'une saisine préalable du juge du fond (1). Mais c'est la solution inverse qui s'est finalement imposée en jurisprudence (2). En doctrine, certains auteurs restent cependant opposés à la solution retenue (3) ; d'autres la justifient en adoptant une interprétation littérale du texte qui, selon eux, "conduit à un résultat acceptable" et "dont le bien-fondé n'est pas discutable" (4). Ces auteurs avancent deux raisons pour motiver leur position :

- "La saisine préalable du juge du fond constitue d'abord une garantie du caractère provisoire de la mesure de référé". On éviterait ainsi que la partie qui a "obtenu la mesure
-

- (1) V. T.G.I. Paris, réf., 2 déc. 1987, D. 1988. somm. 299, 3e esp., obs. Ch. GAVALDA, Cl. LUCAS DE LEYSSAC : admettre la nécessité d'une saisine préalable du juge du fond "serait contraire à la technique même de la procédure de référé et priverait celle-ci de tout intérêt".
- (2) Versailles, 2e Ch., 19 mai 1988, Gaz. Pal. 1989. I. 204, 2e esp., note J.-P. MARCHI ; Paris, 1ère Ch. A, 17 janv. 1989, préc.
- (3) Les plaideurs risquent en effet de se détourner de la procédure de l'art. 36, en définitive plus contraignante que le droit commun du référé, v. J.-P. MARCHI, note sous Paris, 17 janv. 1989 et Versailles, 2e Ch., 19 mai 1988, préc. ; v. aussi J.-P. BRILL, "Les sanctions civiles des violations de l'ordonnance du 1er décembre 1986", Gaz. Pal. 1987. 2. Doctr., 775, spéc. p. 778, col. de gauche. Adde sous l'angle du rôle de l'Etat, M. MALAURIE, préc., J.C.P. 1993. I. 3637, n° 27 ; J.-M. MOUSSERON, V. SELINSKY, "Le droit français nouveau de la concurrence", Litec, 1987, n° 241, p. 205.
- (4) Ch. GAVALDA, Cl. LUCAS DE LEYSSAC, obs. sous trois esp., préc., spéc. p. 300, n° 1.

"provisoire" ne fasse "durer le provisoire".

Cet argument n'est pas déterminant : c'est à l'autre partie d'agir au fond si elle estime la décision de référé injustifiée.

- "La saisine du juge du fond exclura en principe la compétence du juge des référés (...) avec notamment la compétence du juge de la mise en état".

La solution conduit alors non pas à exclure mais à préserver le rôle du juge des référés dont la compétence, expressément prévue par le texte, n'aura pas à souffrir de la désignation d'un juge à la mise en état.

La nécessité de la saisine préalable du juge du fond est également prescrite pour le référé-provision en droit administratif (1). L'art. R. 129 c. trib. adm. (anciennement art. R. 102-1) autorise le Président du tribunal administratif, le Président de la Cour administrative d'appel ou le déléataire du Président, à "accorder une provision au créancier qui a saisi le tribunal ou la Cour d'une demande au fond lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable" (2).

Quelle est ici la raison d'être et l'utilité de cette condition de procédure : l'existence d'une demande au fond ?

(1) Que le décret n° 88-907 du 2 sept. 1988, J.O. du 3 sept., p. 11253 (v. aussi le Rapport au Premier Ministre, p. 11252, spéc. n° 4) a créé devant le juge administratif.

(2) V. D. CHABANOL, op. cit., p. 177 ; Ch. GABOLDE, "Procédure des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel", Dalloz, 5e éd., 1991, n° 856, p. 331 ; et pour une application, v. par ex. T. adm. Orléans, réf., 4 juil. 1989, Rev. jur. Centre Ouest 1991, n° 7, p. 67, note B. LEROUSSAU.

On peut chercher l'explication de cette particularité dans "les nécessités propres au contentieux administratif" (1). Mais le référé-provision a-t-il vraiment des chances de prospérer avec une telle limite ? Certains juges ont cherché à en amoindrir la portée en déclarant la condition remplie lorsque l'irrégularité de la demande portée devant le tribunal ou la Cour est "régularisable en cours d'instance" (2). Il n'en demeure pas moins indispensable d'assigner parallèlement au fond. Or, lorsque la créance invoquée n'est pas sérieusement contestable (allons plus loin et imaginons une affaire où tout le monde est d'accord sur le caractère non sérieusement contestable de l'obligation, y compris l'adversaire), pourquoi assigner au fond ? Même en droit administratif il existe de telles hypothèses, songeons aux cas de responsabilité sans faute (3) !

En tout état de cause, cette solution ne doit pas être généralisée. L'avantage du référé-provision en droit judiciaire est son caractère autonome (4). Si le litige peut être terminé en l'espace de quinze jours, il n'est pas pertinent d'imposer des frais supplémentaires pour saisir un

- (1) B. STIRN, "La réforme de la procédure de référé", Rev. fr. dr. adm. 1988. 788.
- (2) Cour adm. d'appel Lyon, 13 juin 1989, A.J.D.A. 1989, n° 147, p. 807 ; v. D. CHABANOL, op. cit., p. 178 ; J.-P. JOUGUELET, F. LOLOUM, "Chronique générale de jurisprudence administrative française", A.J.D.A. 1989. 779.
- (3) V. P. AMSELEK, "La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative", in Mél. Ch. EISENMAN, p. 233.
- (4) V. aussi infra, p. 130.

juge du fond qui n'aura jamais à intervenir (1).

Il existe évidemment un bon nombre de cas de référés pour lesquels le juge du fond est ultérieurement saisi (2). Mais tout dépend en réalité du référé considéré.

Utile dans certaines hypothèses, la condition tenant à la saisine concomitante des juges du fond peut se révéler superfétatoire dans d'autres circonstances. Généraliser la solution ne paraît donc pas s'imposer. Au demeurant, si cette condition devait s'étendre, nous en reviendrions à une conception restrictive du référé, limité aux mesures urgentes et d'attente. L'évolution de l'"envahissante" juridiction des référés n'est certainement pas en ce sens (3).

Le principal tel qu'il était visé à l'art. 809 c. pr. civ. n'étant pas le procès engagé au fond devant le tribunal, il convient d'adopter une vision plus large de la notion. Le but poursuivi par la formule de l'art. 809 était d'éviter que le juge du fond soit lié par la décision de référé. C'est de cet objectif qu'il faut alors partir.

- (1) V. également B. STIRN, préc., Rev. fr. dr. adm. 1988. 788 : en droit administratif également "de nombreux litiges se règlent rapidement (...) dès le stade du référé".
- (2) Et notamment lorsqu'on fait appel au juge des référés pour qu'il prenne des mesures conservatoires dans l'attente d'une décision définitive sur le fond du litige. Encore qu'il n'est pas à exclure que ces mesures, prises au stade du référé, soient suffisantes à mettre un terme définitif au différend qui oppose les parties ; v. par ex. *infra*, p. 314.
- (3) R. PERROT, préc., Gaz. Pal. 1974. 2. Doctr., 895 ; R. TENDLER, "Le juge des référés, une "procédure ordinaire" ?", D. 1991. Chron., 139.

§ 2. Essai de définition du "préjudice au principal".

L'interdiction de porter préjudice au principal avait pour finalité d'éviter que l'intervention du juge des référés réduise à néant celle, ultérieure, du juge du fond. Il est alors légitime de s'interroger sur le dommage irréversible qui pourrait résulter de la décision de référé. Autrement dit, le préjudice au principal visait-il le fait ? Nous verrons qu'il n'en était rien, - A -.

Le préjudice au principal était en effet une notion de droit, - B -.

A. LE DOMMAGE DE FAIT ET LE PREJUDICE AU PRINCIPAL :

Lorsque le juge des référés statue sur un problème qui lui est soumis et ordonne en conséquence les mesures appropriées, il porte nécessairement préjudice à une partie. Il peut arriver que l'ordonnance crée une situation sur laquelle il ne sera plus possible de revenir par la suite. Quand il rend sa décision, le juge des référés ordonne en effet des mesures immédiatement exécutoires. Ces mesures, une fois exécutées, peuvent s'avérer irrévocables (1). Songeons à celles

(1) L'exemple type consistait dans l'expulsion ordonnée en référé en vertu d'un pacte commissoire inséré dans le contrat de bail, longtemps considérée comme étant revêtue d'un caractère définitif car consacrant un état de droit. V. sur cette question, infra, p. 444-445, et la note (1). Adde Annexe I, question n° 15, sp̄c. les remarques formulées par les magistrats. On peut aussi citer ici la matière de l'ancienne saisie-arrêt où la mainlevée donnée par le juge des référés produisait "des effets irrévocables" (J. PONELLE, op. cit., n° 60 et 61, p. 86 et s.).

qui s'inscrivent "dans le temps d'une manière irréversible" (1).

Produisant des effets définitifs, l'ordonnance ne perdait-elle pas son caractère provisoire pour porter préjudice au principal (2) ? Le référé, provisoire par essence, pouvait en réalité sembler exclusif de toute mesure qui présente un caractère d'irrévocabilité.

Si l'ordonnance du Président est provisoire, c'est parce qu'on a voulu éviter les dangers liés à la rapidité du référé. La meilleure façon de conserver son caractère provisoire à la décision de référé n'était-elle pas alors d'interdire au juge d'ordonner des mesures autres que purement provisoires ? Dans cette conception, le "provisoire" était extrêmement proche du "temporaire" (3).

Il était assurément tentant d'accentuer le caractère précaire de la décision pour en conforter l'aspect révisable. Mais cette opinion était de nature à entraîner une confusion entre le "définitif" et l'"irréparable" (4).

Or l'étude de ces notions conduit à admettre que le juge des référés peut prendre des mesures irréversibles.

L'idée suivant laquelle le préjudice au principal

(1) Par ex. le retrait d'une mention du catalogue d'une prochaine vente aux enchères. V. aussi R. PERROT, préc., Gaz. Pal. 1974. 2. Doctr., 895, spéc. p. 898.

(2) V. le vieil adage : "Ce qui est irréparable en définitive ne s'exécute par provision", H. ROLAND, L. BOYER, "Adages du droit français", 2e éd., 1986, n° 32, p. 145.

(3) V. aussi BERTIN, op. cit., n° 163, p. 119.

(4) Idée énoncée au sujet des ordonnances de rétractation par M. BORYSEWICZ, préc., Rev. trim. dr. civ. 1964. 437, spéc. n° 22, p. 457.

résidait dans le dommage irréparable que cause occasionnellement une décision de référé a été rejetée par la jurisprudence et la doctrine.

La question a certes été débattue, spécialement en matière d'expulsion et de rétractation de l'autorisation de saisir-arrêter (1). Mais comme l'a démontré TISSIER (2), les mesures qu'ordonne le juge des référés, "eussent-elles des conséquences définitives (...) sont juridiquement provisoires, en ce que, dans la décision sur le fond, on ne devra tenir aucun compte de ce qui aura été décidé par l'ordonnance de référé. Il peut donc ordonner l'expulsion d'un locataire si cette mesure lui paraît urgente, sauf plus tard au tribunal, si par extraordinaire il maintenait le locataire dans la maison, à lui accorder des dommages-intérêts pour le préjudice que lui a causé la mesure provisoire prise contre lui".

Le "préjudice au principal" n'était pas le "dommage" causé à une partie par l'exécution de la décision de référé, mais le "préjugé de droit" (3). Peu importaient les conséquences de fait que pouvaient produire les mesures ordonnées, elles ne

(1) Cf. supra, p. 25, -1- et p. 41, note (1).

(2) Note sous trois esp., S. 92. 2. 249 ; v. aussi Ph. JESTAZ, op. cit., n° 202, p. 172.

(3) J. PONELLE, op. cit., n° 220 et s., p. 247 et s. ; v. également P. BELLET, "Le référé", in Journée d'étude, T.G.I. Paris, 1983 ; P. CUCHE, J. VINCENT, op. cit., n° 206, spéci. p. 211 ; O. DUGRIP, op. cit., p. 344 et s.

préjudiciaient pas au principal (1).

Aujourd'hui comme hier, la "réaction du référé sur la situation des plaideurs" (2) est indifférente. Le préjudice irréparable ne change pas "la nature propre du référé" (3).

- (1) V. Cass. Req., 17 fév. 1874, D.P. 74. 1. 444 : "Si l'article 809 du Code de procédure civile porte que les ordonnances rendues ne font pas préjudice au principal, il faut en conclure qu'elles ne lient en aucune façon le tribunal pour l'appréciation du litige au fond. Mais on ne saurait en induire que le Président n'a dans aucun cas qualité pour prescrire à titre provisoire une mesure de nature à causer peut-être à l'une des parties, un dommage irréparable en fait". Cette opinion n'a pas été abjurée depuis par la Cour de cassation, cf. Cass. Civ., 1er juil. 1954, Gaz. Pal. 1954. 2. 286 ; Cass. Civ. 3e, 22 fév. 1972, Bull. III, n° 121, p. 89 ; Cass. Civ. 3e, 11 mars 1980, J.C.P. 1980. IV. 206 ; Cass. Civ. 1ère, 18 janv. 1989, Bull. I, n° 31, p. 20, D. 1989. I.R. 33, J.C.P. 1989. IV. 103 ; v. aussi BERTIN, op. cit., n° 166, p. 121 ; le Rapport de M. le conseiller BRICOUT, sur Cass. Req., 31 mai 1932, préc. ; E. FUZIER-HERMAN, op. cit., v° "Référés", spéc. n° 33 à 35 ; O. GERARD, op. cit., p. 130.
- V. cep. Cass. Req., 7 nov. 1894, D.P. 95. 1. 8 : "Cette expertise urgente n'entraînant aucune conséquence irréparable, n'a eu, au sens de l'art. 809, que le caractère d'un acte provisoire qui ne faisait pas préjudice au principal".
- (2) Qui pour J. PONELLE, op. cit., n° 226, p. 253, est le "grief au principal", d'autant plus admis que la contestation est moins sérieuse, v. infra, p. 58 et s.
- (3) R. PERROT, préc., Gaz. Pal. 1974. 2. Doctr., 895, spéc. p. 898. Le provisoire ne se distingue pas du définitif par le caractère révocable ou non des effets de l'ordonnance de référé, v. J. PONELLE, op. cit., n° 67, p. 99.

Les mesures ordonnées peuvent être très rigoureuses (1). Pour être provisoire, la décision de référé n'en est pas moins particulièrement indiquée pour résoudre des difficultés pour lesquelles l'évidence de la solution à retenir justifie une réaction ferme (2).

"Il y a dans le fonctionnement de la Justice, parfois, des risques qu'il faut savoir encourir, que toute institution secrète" (3). Et si le juge des référés a commis une erreur, "on peut toujours former l'action principale" (4).

Le préjudice au principal visait donc le droit. C'est bien dans ce sens qu'il fallait entendre le propos de GARSONNET et CEZAR-BRU : "la décision prise, ou la mesure ordonnée par le Président

- (1) V. E. GARSONNET, Ch. CEZAR-BRU, op. cit., n° 1027, p. 745 ; J.-F. LE CLEC'H, "Une réforme nécessaire : l'extension de la compétence du juge des référés", Sem. jur. 1934. I. 1125 ; R. MOREL, op. cit., n° 229, spéc. p. 198 ; v. également H. SOLUS, préc., Sem. jur. 1939. I. 82, spéc. n° 24 ; R. LAPEYRE, Présentation générale des travaux, in Coll. Pau, Cahiers de l'Université, 1979, p. 17, spéc. p. 21, in fine : "Le provisoire de sa décision n'en émousse pas toujours le tranchant". Un exemple supplémentaire consiste en la saisie d'ouvrages, v. J. RAVANAS, "La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image", th. Aix-Marseille, 1977, L.G.D.J., 1978, n° 410, p. 461.
- (2) Etant entendu que "la décision entraînant un dommage irréversible ne sera prise que si la mesure (...) s'impose manifestement" et ceci "bien que la mesure doit plutôt éviter un dommage irréversible que l'entraîner", v. Annexe I, question n° 8 ; il est en effet inconcevable qu'un magistrat use d'un tel procédé pour que le litige s'arrête au stade du référé et n'aille pas au fond ; v. aussi DE BELLEYME, op. cit., 2e éd., 1844, t. II, p. 46.
- (3) Entretien avec Monsieur P. DRAI, Premier Président de la Cour de cassation ; v. également H. DERVEAUX, op. cit., p. 185 : la solution inverse conduirait à paralyser le référé.
- (4) "et demander des dommages-intérêts pour préjudice causé par l'exécution de l'ordonnance", DE BELLEYME, op. cit., 2e éd., 1844, t. II, p. 46.

doivent laisser intacte la décision définitive à prendre sur le fond même du droit" (1).

B. LE PREJUDICE AU PRINCIPAL ETAIT UNE NOTION DE DROIT :

La prohibition du préjudice au principal avait pour visée essentielle d'éviter que l'ordonnance de référé ne lie le juge du fond (2). C'est pourquoi le Président ne pouvait "préjuger le principal".

Encore fallait-il s'entendre sur le sens qu'il convenait de donner à ces mots. Partant de la notion de "préjugé", deux conceptions opposées du préjudice au principal, l'une extensive, - 1 -, l'autre restrictive, - 2 -, furent avancées.

(1) E. GARSONNET, Ch. CEZAR-BRU, op. cit., n° 1027, p. 745.

(2) V. P. BELLET, préc., in Journée d'étude, T.G.I. Paris, 1983 ; DE BELLEYME, op. cit., 2e éd., 1844, t. II, spéc. p. 4 ; M. BILHARD, "Traité des Référés en France, tant en matière civile que commerciale", Videcoq, 1834, p. 307, citant Bourges, 2 juil. 1825 ; B. BOCCOND-GIBOD, op. cit., p. 75 ; M. BORYSEWICZ, préc., Rev. trim. dr. civ. 1964. 437, spéc. n° 20, p. 456 ; H. DERVEAUX, op. cit., p. 180 et s. ; G. FAU, A. DEBEAURAIN, préc., Ann. loyers 1977, n° 519, p. 304 ; M. FRANCES, op. cit., p. 54 ; E. FUZIER-HERMAN, op. cit., v° "Référés", n° 33 ; P. HEBRAUD, préc., in Mél. P. KAYSER, P.U. Aix-Marseille, 1979, t. II, n° 15, p. 20 ; F. KERBAGE, "Le juge des référés en droit français et en droit libanais", th. Mf., Paris I, 1977, p. 97 et s. ; J.-E. LABBE, note sous Paris, 5e Ch., 7 fév. 1873, préc. ; J. PONELLE, op. cit., n° 5, p. 16 ; H. SOLUS, préc., Sem. jur. 1939. I. 82, spéc. n° 16, 23 et 31 ; A. TISSIER, note trois esp., préc. et note sous Paris, 19 mars 1908, S. 1910. 2. 17 ; Angers, 25 fév. 1941, D.C. 1942. 2. 15, note H. DESBOIS ; Cass. Soc., 4 mars 1955, Bull. V, n° 212, p. 157 ; Cass. Civ. 3e, 2 juil. 1962, Bull. III, n° 334, p. 276.

- 1 - La conception extensive du préjudice au principal :

Suivant cette théorie, il y avait préjudice au principal chaque fois que la décision du Président indiquait à l'avance "la solution que, sur le fond, donnera le tribunal s'il ne veut pas être en désaccord avec l'ordonnance de référé" (1). Le préjudice au principal était réalisé dès que l'ordonnance laissait entrevoir la solution que prendrait le tribunal au fond.

Le ralliement à cette conception a été le fait d'une jurisprudence conservatrice, attachée aux principes originaires du référé : le Président, dont l'objectif est de parer au plus pressé, n'apprécie pas, en droit, la situation litigieuse, mais se contente de la constater et d'ordonner les mesures urgentes qui permettent d'y faire provisoirement face (2).

Un arrêt de la Cour de cassation en date du 5 juin 1972 illustre cette pensée (3) :

une société "A" résilie le contrat de concession exclusive qui la liait avec une société "B". Cette dernière saisit le juge des référés en attendant la solution du litige par une juridiction arbitrale et obtient une ordonnance qui condamne "A" à lui livrer toute marchandise qu'elle commanderait en vertu dudit contrat. Sur ces entrefaites, "A"

(1) A. WAHL, note sous Paris, 10 janv. 1912, S. 1914. 2. 17, spéc. p. 18 ; v. aussi O. DUGRIP, op. cit., p. 348.

(2) P. MIGNUCCI, Rapport au Coll. Pau, Cahiers de l'Université, 1979, p. 39-40 ; J. NORMAND, loc. cit., p. 41.

(3) Cass. Com., 5 juin 1972, Bull. IV, n° 174, p. 169.

expédie ses produits à une société "C", dans le but de créer son propre réseau de distribution. La Cour d'appel de Lyon, saisie par "B", estime, le 16 juin 1971, que "A" avait violé ses obligations contractuelles à l'égard de "B" et que "C" ne pouvait être considéré comme propriétaire des marchandises (1). La Cour de cassation désapprouve la décision des juges d'appel en ce qu'ils ont "jugé le fond du droit" et violé par là même l'art. 809. c. pr. civ.

Il semble bien que la Cour de cassation ait opté ici pour une conception extensive du préjudice au principal (2).

D'une manière similaire quoiqu'apparemment plus sévère quant à l'appréciation du "préjugé", le T. civ. de Strasbourg a estimé le 21 septembre 1949 que la nomination d'un administrateur provisoire pouvait préjudicier au principal : l'espèce opposait des collatéraux privilégiés et une veuve, dans le cadre du règlement d'une succession. La veuve a pris possession des biens successoraux en vertu d'une convention passée avec les héritiers. En contrepartie, elle s'est engagée à verser une certaine somme, ce qu'elle ne fit pas. Les héritiers demandèrent la résolution de la convention au fond et en référé, la nomination d'un administrateur provisoire. Cette dernière est refusée au motif que la nomination d'un administrateur, désaisissant la veuve, suppose qu'elle n'est

- (1) Pour un examen exhaustif des faits, se reporter aux obs. de M. J.-J. BURST, sous Colmar, aud. sol., 18 oct. 1972, J.C.P. 1973. II. 17479, cette Cour d'appel est celle qui a connu de l'affaire sur renvoi après cassation.
- (2) V. dans le même sens, J.-J. BURST, obs. sous Colmar, aud. sol., 18 oct. 1972, préc.

pas propriétaire, c'est à dire que la transaction est résolue pour inexécution, ce qui en exige l'interprétation (1).

Ainsi le juge des référés portait préjudice au principal chaque fois qu'il appréciait un droit ou interprétablait un acte (2). Dans le même sens, on disait "qu'un jugement interlocutoire préjuge le fond" (3). L'allusion renvoyait au Code de procédure civile qui opérait une distinction en matière d'instruction entre les jugements interlocutoires qui préjugeaient le fond et les jugements préparatoires qui ne le préjugeaient pas (4). Le préjugé provenait de ce que le jugement interlocutoire laissait "entrevoir quelle serait la décision probable du tribunal sur le fond de l'affaire" (5). L'idée que sous-tendait la conception extensive du préjudice au principal était que le juge des référés ne prend jamaïs parti, de quelque façon que ce soit, sur "l'existence (et l'étendue)

- (1) T.G.I. Strasbourg, réf., 21 sept. 1949, J.C.P. 1950. II. 5324, obs. A. WEILL, qui estime qu'en l'espèce l'interprétation était nécessaire. V. cep. P. HEBRAUD, obs. crit. in Rev. trim. dr. civ. 1950. 225 et 226.
- (2) V. P. RAYNAUD, note sous Cass. Civ., 10 nov. 1947, S. 1948. I. 157.
- (3) A. WAHL, note sous Paris, 10 janv. 1912, préc., spéc. p. 18.
- (4) Sur la difficulté de la mise en oeuvre de la distinction, v. E. GARSONNET, Ch. CEZAR-BRU, op. cit., n° 522, p. 369, spéc. n° 523 ; J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit., n° 735, p. 514 ; R. ROUSSEAU, LAISNEY, "Dictionnaire théorique et pratique de procédure", 2e éd., 1894, v° "Jugement", n° 28, p. 551.
Le principal intérêt de la distinction était que l'appel, possible immédiatement pour un jugement interlocutoire, ne pouvait être formé contre un jugement préparatoire tant que le jugement définitif n'était pas intervenu. Aujourd'hui les jugements relatifs aux mesures d'instruction obéissent à un même régime, cf. J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit., n° 736 et s., p. 515 et s. Adde infra, p. 678.
- (5) J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit., n° 735, p. 514.

des droits revendiqués" (1). Il ne fait qu'exercer un pouvoir de police. En cela, on a pu le qualifier d'"administrateur" (2).

L'objectif que poursuivait alors l'ordonnance de référé était de "maintenir une situation de fait jusqu'à ce qu'il ait été fait droit au fond par les juridictions compétentes" (3). Ainsi son domaine d'intervention se limitait nécessairement aux mesures pour lesquelles le juge du provisoire ne se prononçait pas sur le fond du droit litigieux lui-même, comme les mesures d'instruction qui ne constituent "pas une reconnaissance des prétentions de l'adversaire" (4), ou la nomination de séquestrés et d'administrateurs judiciaires qui est "l'une des mesures les plus habituelles" (5).

La solution était destinée à éviter toute

- (1) L'expression est utilisée par la Cour de cassation, v. Cass. Civ., 10 nov. 1947, préc., S. 1948. I. 157, note P. RAYNAUD, D. 1947. 529, Rapport et note de M. le Conseiller P. LEREBOURS-PIGEONNIERE ; v. également E. FUZIER-HERMAN, op. cit., v° "Référés", n° 28 : le fond est laissé en l'état.
- (2) H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, "Leçons de droit civil - Introduction à l'étude du droit", Montchrestien, 10e éd., 1991, t. I, vol. 1er, n° 123, spéc. p. 190.
- (3) J.-F. LE CLEC'H, préc., Sem. jur. 1934. I. 1125.
- (4) J. SEIGNOLLE, "Aspects actuels de la juridiction des référés", J.C.P. 1958. I. 1401, n° 22 ; v. aussi P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1966. 356, spéc. n° 16, I, b ; H. SOLUS, préc., Sem. jur. 1939. I. 82, n° 23, in fine ; T.G.I. Seine, réf., 24 sept. 1965, J.C.P. 1966. II. 14478 bis, obs. J. A. ; Cela n'empêche pas le juge du fond de tenir compte des renseignements obtenus grâce aux investigations du juge des référés, cf. Cass. Req., 28 août 1877, D.P. 78. I. 213 : rien ne s'oppose à ce que "les juges du fond prennent pour base de leur décision une opération ainsi prescrite par le juge des référés et à laquelle il a été procédé contradictoirement".
- (5) V. P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1966. 356, spéc. n° 16, I, a ; v. contra, T.G.I. Strasbourg, réf., 21 sept. 1949, préc.

contradiction avec la décision que le juge du fond pouvait être amené à rendre ultérieurement (1). Le seul pouvoir reconnu au Président dans cette optique était de l'autoriser à maintenir provisoirement une solution d'attente, mais uniquement si les faits qui lui étaient soumis étaient constants (2).

Une vision aussi paralysante ne pouvait toutefois satisfaire les besoins de la pratique. Le principe posé par cette conception du préjudice au principal "aurait facilement conduit à réduire à néant l'activité du juge des référés" (3). Car si le Président ne peut rechercher la solution en disant "où commence et où s'arrête un droit" (4), il doit tout de même évaluer la difficulté du conflit qui lui est soumis (5). Aussi s'était développée une conception restrictive du préjudice au principal suivant laquelle "préjudicier au principal, c'est véritablement juger le fond et pas seulement le préjuger" (6).

- 2 - La conception restrictive du préjudice au principal :

Interdire au juge des référés de préjuger le fond

(1) V. cep. supra, p. 22 et s.

(2) Cf. Cass. Civ., 10 nov. 1947, préc., Rapport et note P. LEREBOURS-PIGEONNIERE.

(3) P. RAYNAUD, note sous Cass. Civ., 10 nov. 1947, préc.

(4) A. COSSA, préc., Gaz. Pal. 1955. 2. Doctr., 45.

(5) V. P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1950. 225.

(6) H. SOLUS, préc., Sem. jur. 1939. I. 82, n° 13, in fine ; v. aussi H. MOTULSKY, obs. sous Paris, 14e Ch., 2 fév. 1967 et T.G.I. Seine, réf., 13 avr. 1967, préc.

au sens des jugements interlocutoires aurait été difficilement praticable. Il est le plus "souvent indispensable pour le juge des référés" d'apprécier le fond, de manière à avoir une vision rationnelle de la situation (1). Même pour les mesures d'instruction le Président doit connaître du fond, sous peine de courir le risque de prescrire des mesures mal dirigées et par voie de conséquence totalement vaines (2). En tout état de cause, la mesure d'information prescrite n'a pas d'autre but que "de procurer au tribunal de simples renseignements que celui-ci sera maître d'accueillir ou d'écartier lorsqu'il se prononcera sur le fond" (3).

Certaines mesures soulevaient des difficultés particulières, notamment la délation du serment décisoire "qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause" (art. 1357 c. civ.) et dont le but "est de clore définitivement la contestation sur le fait litigieux" (4). La délation de ce serment pouvait sembler en contradiction avec le caractère provisoire de l'ordonnance de référé et, parce que résolvant définitivement la contestation, préjudicier au principal (5).

- (1) V. H. MOTULSKY, obs. sous Paris, 14e Ch., 2 fév. 1967 et T.G.I. Seine, réf., 13 avr. 1967, préc.
- (2) En ce sens, v. M. FRANCES, op. cit., p. 258.
- (3) H. SOLUS, préc., Sem. jur. 1939. I. 82, n° 16, in fine.
- (4) H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. II, n° 994, p. 848 ; v. également F. TERRE, "Introduction générale au droit", Précis Dalloz, 1991, n° 574 et s., p. 448 et s.
- (5) Par ex. T. civ. Toulouse, réf., 28 juin 1950, Gaz. Pal. 1950. 2. 184, Rev. trim. dr. civ. 1950. 554, obs. P. RAYNAUD ; Lyon, 1ère Ch., 8 nov. 1954, J.C.P. 1955. II. 8636, obs. G. M., Rev. trim. dr. civ. 1955. 371, obs. P. HEBRAUD ; v. aussi R. ROUSSEAU, LAISNEY, op. cit., v° "Référé", n° 223, p. 282.

En réalité, il n'y a pas ici inévitablement atteinte au caractère provisoire de la décision de référé (1). Le préjudice au principal n'était réalisé que si le Président statuait sur le fond. Et comme le fait remarquer RAYNAUD, autoriser la délation d'un tel serment "n'est pas juger le fond c'est permettre la formation d'un accord qui supprime la contestation sérieuse" (2). Le résultat de la décision peut certes être définitif, il n'en altère pas pour autant forcément le caractère de l'ordonnance elle-même.

Par suite, quel était le sens exact du concept de "préjugé au principal" ?

Deux éléments sont certains : premièrement, l'ordonnance de référé ne pouvait préjuger "de la solution qui sera donnée ultérieurement par le tribunal compétent" (3) ; deuxièmement, le juge des référés n'était pas saisi du principal, il ne jugeait pas le fond du droit (4).

(1) V. aussi infra, p. 175.

(2) P. RAYNAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1951. 554, spéc. 555 ; rappr. J. NORMAND, "Le juge et le litige", L.G.D.J., 1965, n° 409, p. 444. Adde cep. infra, p. 175-176.

(3) R. PERROT, "Institutions judiciaires", Montchrestien, 4e éd., 1992, n° 95, spéc. p. 98 ; G. FAU, A. DEBEAURAIN, préc., Ann. loyers 1977, n° 519, p. 304.

(4) Par ex. Cass. Civ., 12 nov. 1902, D.P. 1904. 1. 230 ; Cass. Civ., 10 nov. 1947, préc. et les notes ; Cass. Com., 12 nov. 1951, D. 1952. 57 ; P. BELLET, préc., in Journée d'étude, T.G.I. Paris, 1983, p. 6 ; M. FRANCES, op. cit., p. 57 ; VENCE, op. cit., p. 53 ; H. SOLUS, préc., Sem. jur. 1939. I. 82, n° 15 et 17 ; H. VIZIOZ, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1948. 98, n° 8.

On a même proposé d'appeler les ordonnances de référé "jugements sans dire droit" par analogie avec les jugements avant dire droit, v. F. HORLAVILLE, op. cit., p. 24, qui cite R. ROUSSEAU, LAISNEY, "Dictionnaire théorique et pratique de procédure Civile Commerciale Criminelle et Administrative", 2e éd., Paris, 1896, v° "Jugements", n° 2.

On assistait ainsi à "une dissociation du fait et du fond du droit" en référé (1), qui n'était pas sans rappeler la situation du juge du possessoire à l'égard du pétitoire.

En effet, on retrouvait la même "interdiction de disposer du fond du droit" dans les deux procédures (2). Cela n'empêchait pas le juge du possessoire d'"examiner les titres à l'effet de vérifier si les conditions de la protection possessoire" étaient réunies (3). Ce principe a été transposé à la procédure de référé (4).

On peut en déduire que le Président avait toute latitude pour connaître du principal (5) et qu'il avait la possibilité de prendre toute mesure conservatoire qu'il estimait nécessaire, quand bien même elle traduisait sa

(1) E.E. FRANK, note sous Cass. Civ. 3e, 2 déc. 1975, D. 1976. 243.

(2) E.E. FRANK, note sous Cass. Civ. 3e, 2 déc. 1975, préc. La règle résultait de l'art. 25 c. pr. civ. Aujourd'hui, l'art. 1265, al. 1er nouv. c. pr. civ., prévoit que "la protection possessoire et le fond du droit ne sont jamais cumulés". Il s'ensuit que "le juge ne doit pas, dans le dispositif de son jugement, statuer sur le fond du droit, et que, même en statuant uniquement sur la possession, il ne doit pas le faire en vertu de motifs tirés uniquement du fond du droit", v. J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit., n° 67, p. 74.

(3) V. Cass. Civ. 1ère, 14 oct. 1963, D. 1964. 513, note D. TALLON V. à l'heure actuelle, art. 1265, al. 2 nouv. c. pr. civ.

(4) V. R. MOREL, op. cit., n° 229, spéc. p. 198, note (2), in fine.
Les deux procédures conservent toutefois leurs caractéristiques propres, cf. E.E. FRANK, note sous Cass. Civ. 3e, 2 déc. 1975, préc., spéc. p. 244 ; E. MICHELET, Rép. pr. civ. Dalloz, v° "Action possessoire", n° 39 et s. Sur l'intérêt du référé lorsque l'action possessoire n'est pas ouverte, v. T.G.I. Seine, réf., 22 juin 1965, J.C.P. 1965. II. 4767, obs. J. A., Rev. trim. dr. civ. 1966. 356, obs. P. HEBRAUD, spéc. p. 358, b ; v. aussi P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1949. 288, 1952. 101 et 1957. 167.

(5) F. HORLAVILLE, op. cit., p. 45 et 46 ; J. PONELLE, op. cit., n° 240, p. 268.

conviction sur le fond (1). Mais le juge des référés ne tranchait aucunement la question de fond qui faisait l'objet du procès (2). Il ordonnait les mesures qui lui apparaissaient nécessaires (3).

Il en résulte que l'interdiction de préjuger du principal était entendue dans le sens de l'interdiction de juger le fond du droit (4). C'est l'idée que TISSIER prônait lorsqu'il écrivait que "la règle que le juge des référés ne doit pas préjudicier au principal veut seulement dire que toute décision en référé ne fixe pas le droit des parties et que le tribunal tranchera librement le litige. Elle ne veut rien dire

- (1) J.-J. BURST, obs. sous Colmar, aud. sol., 18 oct. 1972, préc. ; v. aussi Paris, 1ère Ch., 16 mars 1939, D.H. 1939. 263 : le Président ne peut pas sans examiner le fond motiver en fait et en droit sa décision quant au maintien ou à la rétractation de son ordonnance.
- (2) A rappr. sur le juge chargé de la procédure, H. SOLUS, préc., Sem. jur. 1939. I. 82, n° 23 ; v. également P. BELLET, préc., in Journée d'étude, T.G.I. Paris, 1983, spéc. p. 8 : "On s'étonne encore que dans des tribunaux fort nombreux, notamment en province, le juge des référés hésite à prendre de telles mesures (ordonner le paiement d'un acompte, désigner un administrateur provisoire (...)) sous prétexte qu'il prendrait parti. Il n'est pas question de prendre parti pour l'un ou pour l'autre ; il s'agit de sauvegarder les situations, précisément parce qu'il y a litige". V. aussi O. GERARD, op. cit., p. 107 : "l'ordonnance ne crée jamais un droit acquis quelles que soient d'ailleurs les conséquences qui l'aient entourées".
- (3) V. aujourd'hui la formulation de l'art. 484 nouv. c. pr. civ. : le juge des référés a "le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires".
- (4) H. MOTULSKY, obs. sous Paris, 14e Ch., 2 fév. 1967 et T.G.I. Seine, réf., 13 avr. 1967, préc. ; J. PONELLE, op. cit., n° 240, p. 268 ; H. SOLUS, préc., Sem. jur. 1939. I. 82, n° 13, in fine ; v. aussi Ch. CEZAR-BRU, P. HEBRAUD, J. SEIGNOLLE, par G. ODOUL, op. cit., t. I, n° 24, p. 49 : "le juge des référés ne peut statuer sur le fond du droit".

de plus" (1). C'est pourquoi l'on préférera le terme de "préjuger" à celui de "juger" en matière de référé (2) : le préjudice au principal existait lorsque le Président jugeait et non préjugeait le fond du droit. Ce principe permettait d'éviter que le juge du fond soit lié par l'ordonnance présidentielle (3), tout en conservant au juge du provisoire une marge de manoeuvre suffisante.

Il reste alors à observer comment la jurisprudence, qui s'était généralement et largement inspirée de cette conception restrictive du préjudice au principal, avait appliqué la règle de l'art. 809 c. pr. civ.

La mise en oeuvre du principe s'était accompagnée de l'émergence de la notion de contestation sérieuse qui a progressivement supplanté la formule du Code de procédure civile, d'abord en jurisprudence, puis dans les textes.

- (1) Note sous Paris, 19 mars 1908, préc. ; v. aussi du même auteur, note sous trois esp., préc. ; J.-E. LABBE, note sous Paris, 5e Ch., 7 fév. 1873, préc.
- (2) V. cep. DE BELLEYME, op. cit., 2e éd., 1844, t. II, p. 5 : "le Président juge provisoirement la question principale, parce que la question est la même au provisoire en référé qu'au principal".
- (3) Par conséquent, les ordonnances de référé sont essentiellement provisoires (...) elles ne pourront jamais devenir définitives que par un jugement d'audience", v. REAL, orateur du Conseil et ancien Procureur au Châtelet, cité par LOCRE, op. cit., t. III, p. 421, à propos de l'art. 809 c. pr. civ. et de l'interdiction de préjudicier au principal. REAL poursuit en ces termes : "En sanctionnant ce principe, vous ferez sans doute, avec nous le voeu que l'audience soit cependant rarement saisie de la contestation sur laquelle le juge aura déjà prononcé provisoirement en son hôtel. Vous désirerez, pour le bonheur des justiciables, que les jugements sur référé soient dans les départements ce qu'ils sont encore aujourd'hui dans la capitale, c'est à dire, l'extinction totale et définitive par le fait, d'une immense quantité de contestations qui, aux yeux de la loi, ne sont jugées que provisoirement".

S E C T I O N 2

La mise en oeuvre de l'interdiction de porter préjudice au principal et son abrogation : vie et mort d'une formule

Il peut paraître contradictoire de présenter à la fois la mise en oeuvre de l'interdiction de porter préjudice au principal en jurisprudence et son abrogation. Mais si la formule a disparu, c'est en raison même de l'abandon progressif de son application par la pratique.

Le préjudice au principal était un concept difficile à cerner (nous l'avons vu). Il était encore plus délicat à manier. La jurisprudence s'était donc attachée à forger un système praticable. Ce dernier, fondé sur la notion de contestation sérieuse que la mise en oeuvre du principe de l'art. 809 c. pr. civ., - § 1 -, avait révélée, a supplanté la règle de la prohibition du préjudice au principal dans les décisions des Présidents. Parallèlement, l'ambiguïté de la formule de l'art. 809 c. pr. civ. avait contribué à son effacement progressif. En abrogeant cette disposition, les nouveaux textes ont confirmé le rôle majeur de la notion de contestation sérieuse dans l'institution du référé. La suppression de l'expression ancienne ne correspondait cependant pas à une volonté de transformer les règles qui gouvernaient le référé de manière à en accroître le domaine. Cela n'a pas toujours été compris. Un second paragraphe sera consacré à l'abrogation de l'interdiction de préjudicier au principal et son impact.

§ 1. La mise en oeuvre du principe de l'article 809 du Code de procédure civile.

L'application concrète du principe de prohibition posé à l'art. 809 s'inspirait dans une large mesure de la conception restrictive du préjudice au principal telle qu'elle avait été professée par LABBE et TISSIER (1). La notion de contestation sérieuse (ou de droit apparent), soutien central de la construction, avait de plus en plus été utilisée par la jurisprudence pour préciser la notion de préjudice au principal, - A -.

Cependant, le système qui avait été créé autour du concept de contestation sérieuse avait contribué à mettre en évidence les ambiguïtés de la règle de l'art. 809 et fait douter de la pertinence de son maintien, - B -.

A. LE PREJUDICE AU PRINCIPAL EN JURISPRUDENCE :

L'interdiction de porter préjudice au principal avait été conçue dans un premier temps de manière à garantir le respect du caractère provisoire des ordonnances de référé. C'est à la jurisprudence qu'il était revenu de dessiner les contours du principe de prohibition relativement à la notion de provisoire, - 1 -.

Dégagée afin d'assurer l'application du texte, la notion de contestation sérieuse avait nettement amoindri la portée que certains (2) entendaient conférer à la formule de l'art. 809, - 2 -.

(1) Cf. supra, p. 51, - 2 -.

(2) Cf. supra, p. 47, - 1 -.

- 1 - L'interdiction de porter préjudice au principal et le caractère provisoire de l'ordonnance de référé :

La jurisprudence avait cherché à harmoniser les principes du référé avec les nécessités de la pratique en soulignant les rapports qui unissaient le "provisoire" et la prohibition de principe de l'art. 809 c. pr. civ. : si l'ordonnance de référé était provisoire, c'est parce qu'elle était rendue "avant un jugement définitif" (1). S'il lui était interdit de préjudicier au principal, c'était pour éviter que le juge du fond ne risque d'être lié par l'interprétation des faits ou du droit telle que retenue par le Président. C'est pourquoi le juge des référés ne devait pas entamer le fond du droit (2).

La doctrine avait dans sa grande majorité toujours défendu une vision large du référé et par voie de conséquence, restrictive du préjudice au principal (3). La jurisprudence avait suivi cette idée. Une orientation différente eut conduit à stériliser l'institution du référé (4).

Mais une limite essentielle s'imposait au Président : il ne pouvait faire acte de juridiction. Aussi, lorsqu'un juge des référés disait et jugeait qu'une partie était

- (1) Petit Robert, v° "Provisoire", n° 1 ; v. également F. HORLAVILLE, op. cit., p. 24 : le préjugé, c'est le jugement qui précède un autre jugement.
- (2) Ph. BERTIN, préc., v° "Référé civil", n° 19 ; v. supra, p. 46 et s.
- (3) V. spéc. H. VIZIOZ, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1948. 98 ; du même auteur, v. obs. in Rev. trim. dr. civ. 1943. 281, 1945. 54 et 1947. 458 ; v. également supra, p. 51, - 2 -.
- (4) Cf. supra, p. 49.

personnellement titulaire de droits (1), il affirmait, contrairement à ce que la logique du référé supposait, qu'il entrait dans ses pouvoirs de juger le fond du droit. Ce faisant, il allait devant une censure certaine (2), car l'ordonnance de référé ne devait jamais trancher le fond.

Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation en date du 10 novembre 1947, la Cour d'appel de Paris statuant en référé était allée très loin dans l'affirmation des pouvoirs du juge des référés. Elle semblait en effet insinuer (3) qu'il ne pouvait y avoir préjudice au principal dès lors que la décision prise n'avait pas l'autorité de la chose jugée à l'égard du tribunal. Autrement dit, toutes les mesures étaient envisageables et pouvaient être ordonnées en instance de référé, le tribunal conservant le pouvoir de rectifier ultérieurement la solution adoptée si le juge du provisoire s'était fourvoyé.

Cette pensée, qui paraît inspirée de LABBE qui affirmait que le juge des référés peut prendre n'importe quelle mesure mais que son ordonnance ne lie pas le juge du fond (4), était cohérente, mais ne tenait pas compte du double aspect du préjudice au principal. Certes, l'ordonnance rendue avait une autorité limitée, en ce sens qu'elle ne liait pas le tribunal. Mais l'interdiction posée par l'art. 809 restreignait également

(1) Paris, 1ère Ch., 16 mars 1939, préc.

(2) Cf. Cass. Civ., 10 nov. 1947, préc., v. également et en particulier la note de P. RAYNAUD sous l'arrêt.

(3) V. en ce sens P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, note sous Cass. Civ., 10 nov. 1947, préc., spéc. p. 533.

(4) J.-E. LABBE, note sous trois esp., préc.

les pouvoirs du magistrat chargé des référés : s'il est exact que les mesures les plus larges pouvaient être ordonnées en référé (1), on ne pouvait toutefois aller jusqu'à reconnaître au juge du provisoire la possibilité de juger le fond du droit (2).

Il n'en demeure pas moins que l'arrêt rendu le 10 novembre 1947 par la Cour de cassation reflétait la conception restrictive de l'interdiction de porter préjudice au principal. De la sorte, le juge des référés avait toute latitude pour ordonner les mesures urgentes qui s'imposaient (3). La moindre apparence favorable au demandeur autorisait ce magistrat à prendre une mesure conservatoire (4).

- (1) V. cep. la solution de refus quant à la condamnation à des dommages-intérêts par le juge des référés, H. VIZIOZ, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1939. 807 ; Cass. Req., 17 mars 1903, D.P. 1904. 1. 82 ; Cass. Civ., 21 oct. 1936, S. 1937. 1. 21 ; Cass. Civ., 15 mars 1939, Gaz. Pal. 1939. 1. 757. Cette question fait l'objet d'un développement approfondi, *infra*, p. 531, - 2 -.
- (2) V. Cass. Com., 12 nov. 1951, préc. : une Cour est saisie de l'appel d'une ordonnance de référé qui a prononcé l'expulsion d'un locataire. La Cour constate que depuis la décision entreprise, une loi accorde aux locataires une prorogation du bail faisant obstacle à l'expulsion. En conséquence de quoi l'ordonnance de référé est infirmée. Mais la Cour d'appel ajoute que cette ordonnance était bien fondée à la date à laquelle elle a été rendue et donne les raisons pour lesquelles, d'après elle, le locataire n'aurait pas eu droit au renouvellement de son bail commercial. La Cour de cassation casse sur ce point, la Cour d'appel "n'était pas obligée, pour rejeter la demande d'expulsion, d'apprécier la situation du locataire au moment du prononcé de l'ordonnance". Ce faisant, elle a "porté préjudice au principal".
- (3) Le Président n'avait d'ailleurs pas besoin, "pour autoriser une mesure conservatoire de prendre parti sur l'existence des droits revendiqués", cf. Cass. Civ., 10 nov. 1947, préc., v. également et en particulier la note de P. RAYNAUD sous l'arrêt.
- (4) Cf. P. RAYNAUD, note sous Cass. Civ., 10 nov. 1947, préc., spéc. p. 148.

Un apport supplémentaire de la jurisprudence tint à la reconnaissance d'une notion qui allait bouleverser l'institution, à savoir la constatation de l'existence ou non d'une contestation sérieuse. Car il ne suffisait pas d'arguer d'un éventuel préjudice au principal pour retirer tout pouvoir au juge des référés, encore fallait-il vérifier la réalité de ce risque. En admettant que le juge des référés puisse apprécier les moyens soulevés devant elle et vérifier le caractère sérieux ou non de la contestation, la jurisprudence avait évité à la juridiction des référés de n'avoir qu'une utilité pratique réduite (1).

- 2 - L'adoucissement de la règle de l'article 809 du Code de procédure civile : la notion de droit apparent :

Pour vérifier la réalité du risque de préjudice au principal, il était indispensable d'apprécier le fond du droit et ceci, dès l'instance en référé (2). En ordonnant une mesure qui impliquait un parti pris du Président sur le fond du droit, le juge des référés préjugeait ce fond. Mais cela ne suffisait pas pour qu'il y ait préjudice au principal. En effet il était "nécessaire qu'en préjugeant ainsi le fond (la mesure ordonnée) tranche une contestation sérieuse" (3).

- (1) V. aussi N. COHEN, P.-A. IWEINS, "Les procédures d'urgence : nécessité d'une réforme", Gaz. Pal. 1987. 1. Doctr., 458, spéc. p. 462 ; O. DUGRIP, op. cit., p. 354 et s.
- (2) H. MOTULSKY, obs. sous Paris, 14e Ch., 2 fév. 1967 et T.G.I. Seine, 13 avr. 1967, préc. ; M.-Cl. RONDEAU-RIVIER, "L'Evidence et la Notion de Contestation Sérieuse devant le Juge des Référés", Gaz. Pal. 1991. 2. Doctr., 355, spéc. p. 357.
- (3) P. KAYSER, "Les droits de la personnalité - Aspects théoriques et pratiques", Rev. trim. dr. civ. 1971. 445, n° 43, p. 503.

La notion de contestation sérieuse, oeuvre prétorienne de la jurisprudence, s'était apparemment révélée pour la première fois en 1898 (1). L'idée affleurait toutefois dans des ouvrages plus anciens (2).

L'opinion suivant laquelle le juge des référés pouvait "fonder sa décision sur un droit appartenant à l'une des parties ou sur une situation de fait, lorsque ce droit ou cette situation (n'étaient ou ne pouvaient) être sérieusement contestés" (3), a permis à l'institution d'évoluer.

Le juge des référés s'est ainsi vu reconnaître le pouvoir d'apprécier la situation et d'en tirer toutes "les conséquences (...) qui apparaissent indiscutables". Ceci "sans (toutefois) compromettre le fond" (4).

Cette pensée a des prolongements sur le droit positif actuel : le juge des référés "n'est pas saisi du principal" (5) ; on préférera donc une mesure de

(1) Cass. Req., 4 janv. 1898, D.P. 99. 1. 164 : "le juge des référés peut ordonner l'expulsion immédiate du locataire bien que celui-ci soulève une difficulté qui touche au fond du droit s'il est démontré que sa contestation n'est pas sérieuse";

(2) V. l'ouvrage de M. BILHARD, op. cit.

(3) Cass. Civ., 10 nov. 1947, préc.

(4) T.G.I. Toulouse, réf., 16 nov. 1971, Gaz. Pal. 1972. 1. 323, Rev. trim. dr. civ. 1972. 651, obs. P. RAYNAUD.

V. cep. F. HORLAVILLE, op. cit., p. 50 : si la contestation n'est pas sérieuse, le Président tranche le fond.

(5) Art. 484 nouv. c. pr. civ.

suspension (1) à une annulation pure et simple (2). Aussi a-t-on souvent affirmé depuis que les mesures susceptibles d'être ordonnées en référé sont "des dispositions provisoires de nature à remédier à un état de crise conflictuelle sans pour autant trancher au fond le litige ni fixer le droit des parties" (3), même provisoirement.

Il avait été avancé que le juge des référés ne pouvait "ni juger, ni préjuger le fond" (4). Sans aller aussi loin (puisque'il est hors de doute que le juge des référés pouvait préjuger du fond du droit), il faut préciser que le juge des référés est le juge du provisoire. C'est pourquoi il ne tranche pas le fond du droit. Ce juge **constate plus qu'il ne juge** l'évidence du droit ou de la situation qui

- (1) Versailles, Ch. réunies, 6 juin 1984, J.C.P. 1985. II. 20327, obs. B. TEYSSIE : "le préavis (de grève) ne pouvait être annulé que par la juridiction du fond, le pouvoir du juge des référés se limitant à en suspendre provisoirement les effets". L'arrêt confirme la décision déférée en précisant que les préavis et ordres de grève sont suspendus et non annulés.
- (2) T.G.I. Créteil, réf., 11 mars 1980, Gaz. Pal. 1980. 1. 246, J.C.P. 1980. II. 19396, obs. B. TEYSSIE ; T.G.I. Créteil, réf., 20 juin 1980, J.C.P. 1980. II. 19457, obs. B. TEYSSIE ; v. aussi J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1982. 192, qui estime que le juge des référés doit opter pour une mesure de suspension plutôt que d'annulation ; sur ce point, v. infra, p. 520, - 1 -.
- (3) T.G.I. Paris, réf., 11 avr. 1973, Gaz. Pal. 1973. 2. 546.
- (4) O. GERARD, op. cit., p. 89 : "ses ordonnances ont en ce sens un caractère essentiellement provisoire" ; v. également p. 71-72.

lui est soumise (1) et va "en permettre, assurer, garantir l'exercice. Il ne tranche pas, il prend une mesure" (2). Le juge des référés ne "proclame pas" le droit (3), il le constate exclusivement (4). La précision est toute en nuances, mais elle est essentielle (5).

A fortiori ne pouvait-on admettre que le juge du provisoire tranche une contestation sérieuse (6). Il y avait préjudice au principal chaque fois que le juge des référés

- (1) L'absence de contestation sérieuse suppose en effet la certitude absolue de l'existence du droit. Le juge des référés est le "juge de l'évident et de la contestation non sérieuse", v. T.G.I. Paris, réf., 7 fév. 1979, Gaz. Pal. 1980. 1. 149 ; T.G.I. Paris, réf., 6 nov. 1980, Rev. trim. dr. civ. 1981. 437, spéc. 438, obs. J. NORMAND. Si la solution du problème conduit le juge des référés à une appréciation juridique motivée, qui fait la part entre la thèse de l'un des plaigneurs et celle de l'autre, il excède ses pouvoirs, puisqu'il est obligé de discuter juridiquement pour écarter l'une de ces thèses qui est donc forcément sérieuse. Dès que le juge des référés, pour écarter une contestation, est obligé de bâtir un raisonnement juridique que ne dénierait pas un juge du fond, il va au-delà de ses pouvoirs. Or il doit laisser intact le pouvoir de décision du tribunal (v. J. VIATTE, préc., Gaz. Pal. 1976. 2. Doctr., 709) et ne peut donc, même provisoirement, trancher une question de fond.
- (2) & (3) M.-Cl. RONDEAU-VIVIER, préc., Gaz. Pal. 1991. 2. Doctr., 355, spéc. p. 357 ; et déjà H. DERVEAUX, op. cit., p. 182 ; v. aussi J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1974. 848, spéc. p. 849 ; rappr. Ch. CEZAR-BRU, P. HEBRAUD, J. SEIGNOLLE, par G. ODOUL, op. cit., t. I, n° 24, p. 49.
- (4) Rappr. Versailles, 14e Ch., 15 sept. 1989, D. 1989. I.R. 295.
- (5) Sur la notion de "mesures", v. infra, p. 517 et s.
- (6) V. H. VIZIOZ, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1948. 98, quel que "libéralisme qu'on apporte dans l'interprétation (des règles qui régissent le référendum), on ne saurait pourtant, en l'état actuel des textes, aller jusqu'à reconnaître au juge des référés le pouvoir de juger le fond du litige, et par suite, de trancher des questions qui soulèvent une contestation sérieuse".

entendait juger le fond même du procès (1).

Le risque de porter préjudice au principal ne créait cependant pas un obstacle absolu à l'intervention du juge des référés. Ce dernier devait "rechercher l'apparence des droits" (2) et apprécier l'opportunité d'une mesure conservatoire, de manière à maintenir les choses en l'état si l'intérêt d'un plaideur était en ce sens et si cette mesure ne portait pas une atteinte injustifiée aux droits de l'autre partie (3).

Déjà perçue en 1967 par MOTULSKY (4), l'influence du concept de contestation sérieuse s'est révélée essentielle. Suivi en cela par M. ROUSSE qui parle de "droits indiscutables" (5), MOTULSKY estimait que l'absence de contestation sérieuse permettait à la juridiction des référés "de se prononcer provisoirement sur le fond".

Ainsi, lorsque la contestation soulevée n'était pas sérieuse (ou en l'absence même de toute contestation), le juge des référés semblait pouvoir affirmer, provisoirement, l'existence

(1) Cf. P. RAYNAUD, note sous Cass. Civ., 10 nov. 1947, préc., spéc. p. 160, II, B ; Aix-en-Provence, 2e Ch., 17 avr. 1942, Sem. jur. 1942. II. 1874, obs. E. BECQUE.

(2) P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1951. 412, spéc. p. 413.

(3) V. P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1951. 412 ; P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, note sous Cass. Civ., 10 nov. 1947, préc., spéc. p. 533.

(4) Obs. sous Paris, 14e Ch., 2 fév. 1967 et T.G.I. Seine, 13 avr. 1967, préc.

(5) J.-P. ROUSSE, préc., Gaz. Pal. 1972. 2. Doctr., 539.

d'un droit (1). On ne peut alors s'empêcher de remarquer le glissement qui s'était opéré de l'appréciation d'une apparence à l'approche du droit lui-même (2). La jurisprudence est parfois allée plus loin, en reconnaissant un caractère définitif aux ordonnances qui prononçaient une expulsion en vertu d'une clause résolutoire insérée à un contrat de bail (3).

L'existence ou l'absence du préjudice au principal dépendait donc de la réponse à la question suivante : y a-t-il ou non contestation sérieuse ? Si oui, le juge des référés appréciait l'opportunité de l'exécution de mesures d'attente ; si non, ce magistrat en tirait toutes les conséquences de

(1) Cf. Ph. JESTAZ, op. cit., n° 202, p. 172, à propos de la clause résolutoire expresse : "en l'absence de contestation sérieuse, il juge bien le fond du droit", v. cep. n° 59, p. 57 : "l'ordonnance restera (...) un jugement sans-dire-droit", n° 60, p. 58 : "l'ordonnance du Président ne doit pas fixer les droits des parties" et n° 70, p. 65 : "le juge des référés dit le droit à sa façon" ; v. également Cass. Req., 25 oct. 1920, D.P. 1921. 1. 62, S. 1921. 1. somm. 17 : le juge des référés ne peut pas, même provisoirement, affirmer l'existence d'un droit, sauf s'il n'y a pas de contestation sérieuse.

(2) V. cep. infra, spéc. p. 73-74.

(3) Cf. Cass. Civ. 2e, 12 mars 1954, D. 1954. 363 : "l'invocation de faits nouveaux ne peut autoriser le juge à modifier les termes d'une ordonnance antérieure qui, du seul fait qu'elle consacre un état de droit dérivant de la seule inexécution par le preneur du pacte commissoire inséré au contrat de bail, est définitivement acquise" ; Ph. JESTAZ, op. cit., n° 202, p. 172 ; v. également Y. LANDAU-TOUTAIN, "Limiter les Expulsions en Protégeant à la fois Locataires et Propriétaires", Gaz. Pal. 1991. 2. Doctr., 397. Sur cette question, v. infra, p. 440, in fine, et s.

droit et de fait, quelle qu'en soit la portée (1). Dans les deux hypothèses, c'est le juge des référés qui décidaient du sérieux ou du non sérieux de la contestation, sous réserve du contrôle de la Cour de cassation.

"Le critère de la contestation sérieuse" apparaissait ainsi comme "un procédé commode pour déceler le préjudice au principal, dont le juge (devait) s'abstenir" (2). Il se révélait comme l'un des critères de pouvoir du juge des référés, le seul, selon Mme HORLAVILLE (3).

- (1) V. également H. MOTULSKY, obs. sous Paris, 14e Ch., 2 fév. 1967 et T.G.I. Seine, réf., 13 avr. 1967, préc. : "Le préjudice au principal comporte donc, en définitive, trois aspects : il consiste, soit, dans le domaine où l'évidence est une condition de l'intervention des juges des référés, à passer outre à une contestation sérieuse ; soit, dans le domaine où le litige constitue au contraire la condition d'une telle intervention, à prendre une mesure bien qu'il n'existe aucune contestation sérieuse ; soit, dans tous les cas, à trancher une question de fond sans que l'appréciation provisoire de celle-ci soit nécessaire pour parvenir à la décision de référé" ; v. aussi Ch. CEZAR-BRU, P. HEBRAUD, J. SEIGNOLLE, par G. ODOUL, op. cit., t. I, n° 24, p. 49.
- (2) P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1951. 412, spéc. p. 413 ; J. PONELLE, op. cit., n° 55, p. 79 : "il suffit au juge des Référés de s'assurer qu'en prenant la mesure sollicitée il ne viole pas le droit d'une des parties et n'assure pas l'exécution d'un droit dont l'existence même est sérieusement contestable. (...) En s'abstenant de décider, ce qui lui demeure essentiellement interdit, de la contestation née ou à naître qui touche le fond, on lui demande à présent d'en apprécier en fait, le bien ou le mal fondé, ou pour reprendre la terminologie de la Cour, le caractère sérieux ou non sérieux" ; v. également H. MOTULSKY, obs. sous Paris, 14e Ch., 2 fév. 1967 et T.G.I. Seine, 13 avr. 1967, préc. ; R. PERROT, préc., Gaz. Pal. 1974. 2. Doctr., 895 ; Cass. Com., 18 janv. 1949, S. 1949. 1. 66.
- (3) F. HORLAVILLE, op. cit., p. 56 ; alors qu'à l'origine, il "n'est qu'une conséquence déduite de l'interdiction de faire préjudice au principal", cf. Ch. CEZAR-BRU, P. HEBRAUD, J. SEIGNOLLE, par G. ODOUL, op. cit., t. I, n° 24, spéc. p. 50.

Se posait alors l'interrogation, inévitable, de l'intérêt du maintien de la règle de l'interdiction de porter préjudice au principal. Compte tenu du rôle omniprésent de la notion de contestation sérieuse, quid du principe de l'art. 809 ?

B. LE PRINCIPE DE L'ARTICLE 809, UNE REGLE OBSOLETE :

La formule qui figurait à l'art. 809 c. pr. civ., ambiguë, était difficilement compatible avec le système mis en place par la jurisprudence, - 1 -.

Il en était résulté un décalage entre les principes et la pratique des référés, qui influait inévitablement sur la notion de provisoire. Cette dernière peut en effet sembler malmenée lorsque le juge statue en fonction d'un droit évident ; mais en réalité l'évidence se concilie fort bien avec le provisoire, - 2 -.

- 1 - L'interdiction de porter préjudice au principal et la contestation sérieuse :

La règle de l'interdiction de porter préjudice au principal s'accordait mal avec l'émergence de la notion de contestation sérieuse (1). Le concept de préjugé du droit, interprété diversement, aboutissait à une situation

(1) V. G. FAU, A. DEBEAURAIN, préc., Ann. loyers 1977, n° 519, p. 304 : "d'une part, la facilité de la procédure en référendum et les lenteurs de l'instance devant le tribunal avaient souvent conduit à demander au juge des référés des mesures qui, plus ou moins, engageaient déjà le fond. D'autre part, il n'était pas si facile de délimiter le provisoire et le principal".

paradoxe : "pour ne pas faire grief au principal et demeurer dans la limite du provisoire de fait, le juge des Référés qui ne (préjugeait) pas le droit, (devait) le juger implicitement" (1).

"Reste à savoir s'il y (avait) une différence entre préjuger et juger implicitement !" (2). Car le juge des référés devait alors tenir le litige pour résolu et appliquer, à l'avance, la solution qu'il appartenait pourtant uniquement au juge du principal de prononcer (3).

En l'absence de toute contestation sérieuse, le juge des référés était amené à préjuger le fond. Le préjudice au principal se trouvait ainsi réduit à sa plus simple expression : un bailleur avait saisi, en vertu de son privilège qui porte sur tous les meubles garnissant le local, les bagages d'une personne hébergée par le locataire. La Cour d'appel statuant en référé avait rappelé que conformément à une jurisprudence constante, ce "privilège ne saurait porter sur des objets introduits à titre momentané dans les lieux par des tiers, au vu et au su du propriétaire". Or tel était le cas en l'espèce. En conséquence de quoi le juge des référés avait ordonné la restitution des bagages. La solution avait été approuvée par la Cour de cassation, la Cour d'appel ayant "justement décidé que le juge des référés n'avait tranché

(1) J. PONELLE, op. cit., n° 237, p. 265.

(2) P. RAYNAUD, note sous Cass. Civ., 10 nov. 1947, préc.

(3) H. DESBOIS, note sous Angers, 25 fév. 1941, préc., spéc. p. 18 ; P. RAYNAUD, note sous Cass. Civ., 10 nov. 1947, préc.

aucune contestation sérieuse" (1).

La formule de l'art. 809 se révélait donc désuète. Pour surmonter la contradiction et harmoniser le système élaboré par la jurisprudence, PONELLE avait proposé une notion de "grief au principal" (2) qu'il situait "à une égale distance du droit pur (préjudice de l'article 809) et du fait pur (dommage des anciens commentateurs), (...) au lieu d'incidence du droit et du fait". Mais comme le signale d'ailleurs l'auteur, cette théorie rejoignait "celle de la contestation sérieuse, car pour déterminer s'il y a ou non grief au principal, il faut ou que le droit ne soit pas contesté ou que, malgré la contestation soulevée, le juge des Référés l'aperçoive suffisamment net pour en déduire le caractère sérieux ou non sérieux de la contestation, et s'assurer que l'exécution de son ordonnance ne lésera en fait l'exercice d'aucun droit".

On peut en conclure que la contestation sérieuse avait bel et bien remplacé le traditionnel préjudice au principal en jurisprudence.

Comme la notion nouvelle autorisait dans une certaine mesure le juge des référés à empiéter sur le principal, peu à peu, la règle de l'art. 809 s'était trouvée repoussée dans ce que FRANCES a qualifié "d'une atmosphère de désintérêt-

(1) Cass. Civ. 1^{re}, 10 nov. 1964, J.C.P. 1965. II. 14071, obs. R. D. ; v. aussi Paris, 14^e Ch., 17 oct. 1964, Gaz. Pal. 1964. 2. 452 ; les deux esp. sont rapportées par P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1965. 168, spéc. p. 169.

(2) J. PONELLE, op. cit., n° 236, p. 264.

ment" (1). Dès 1948, RAYNAUD affirmait que la formule n'avait qu'une signification : que la décision de référé ne fixe pas le droit des parties en ce sens que le tribunal tranchera librement le litige, s'il est évoqué ultérieurement devant lui (2).

Le meilleur moyen de faire coïncider à nouveau les textes avec la pratique était d'ériger la notion de provisoire en caractéristique première de l'institution des référés (3). Cela passait certes par l'abrogation de l'art. 809 ; néanmoins, les rapports qui liaient les notions d'évidence et de préjudice au principal permettent encore de préciser la notion de provisoire.

- 2 - L'évidence et le provisoire :

La mesure prescrite par le juge des référés devait "reposer sur la violation ou l'existence d'un droit apparent" (4), faute de quoi le Président faisait "grief au principal" (5). L'apparence est entendue ici dans le sens de ce qui est visible, flagrant ; en un mot, évident (6).

Lorsque le juge des référés statue en fonction d'un droit qu'il déclare évident, il peut sembler que sa décision

(1) M. FRANCES, op. cit., p. 247, in fine, v. également p. 64 et 65.

(2) Note sous Cass. Civ., 10 nov. 1947, préc.

(3) V. P. RAYNAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1972. 651, spéc. p. 652 ; dans le même sens, v. D. D'AMBRA, "L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges", th. Strasbourg, 1991, p. 255.

(4) R. MARTIN, préc., D. 1979. Chron., 158, n° 7.

(5) J. PONELLE, op. cit., n° 236, p. 264.

(6) V. B. PETIT, "L'évidence", Rev. trim. dr. civ. 1986. 485, n° 5, p. 488. Sur cette idée d'anticipation, adde infra, p. 536 et s.

anticipe sur le jugement puisqu'il tient le litige pour résolu et en déduit toutes les conséquences (1). Dans une telle hypothèse le juge des référés préjuge certes du fond du droit (2).

Mais peut-on pour autant valablement affirmer que "le provisoire n'est plus alors qu'un masque, puisque, au lieu de préserver le futur, il l'anticipe" et que, dans ce cas, "l'ordonnance n'est (...) plus provisoire, elle n'est qu'anticipation de la solution définitive" (3) ?

"Lorsqu'elles (les ordonnances de référé) sanctionnent l'exercice de droits incontestables, elles tranchent bien souvent en fait, radicalement et définitivement, le litige existant entre les parties au référé" (4). Mais ce qui ici, relève du domaine du fait, n'a aucune prise sur le droit des parties. L'ordonnance de référé ne modifie pas la situation juridique des plaideurs. Elle ne fixe pas le droit des parties (5).

Ce n'est ni parce qu'ils anticipent la solution à intervenir devant le tribunal, ni parce qu'ils anéantissent "par des jugements provisoires (...) plus de procès qu'ils n'en avaient

- (1) H. DESBOIS, note sous Angers, 25 fév. 1941, préc., spéc. p. 18 ; R. MARTIN, préc., D. 1979. Chron., 158, n° 7.
- (2) Dans le même sens, v. P. RAYNAUD, note sous Cass. Civ., 10 nov. 1947, préc. : "comment peut-on appliquer à l'avance une décision qui n'est pas encore rendue sans préjuger de son contenu ?".
- (3) L. LORVELLEC, préc., in Mél. A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, n° 2, p. 390.
- (4) J.-P. ROUSSE, préc., Gaz. Pal. 1972. 2. Doctr., 539 ; v. aussi Annexe I, questions n° 4-5-9 et 10.
- (5) V. M. FRANCES, op. cit., p. 57.

terminé par les jugements définitifs rendus le même jour à l'audience du matin" (1), que les juges des référés font perdre à leurs décisions leurs caractéristiques fondamentales ! En présence d'un droit évident, l'ordonnance de référé conserve son caractère provisoire, entendu d'"une porte ouverte à la révision des droits" (2)... car "même les évidences peuvent être trompeuses" (3)...

Il n'en demeure pas moins que l'émergence de la notion de contestation sérieuse avait créé une distorsion entre la pratique du référé et le principe énoncé à l'art. 809 c. pr. civ.

La formule de l'art. 809, qui préservait les intérêts du défendeur, était d'une indéniable utilité. Ce qui était discuté, c'était la difficulté d'appréhension du principe. Or, la notion de contestation sérieuse ayant progressivement concentré tous les débats, il est logiquement apparue l'idée de substituer cette nouvelle formule à la règle de l'interdiction de porter préjudice au principal. La première apparaissant comme une conséquence de la seconde, on évite ainsi un bouleversement des principes qui régissent le référé. Mais en réalité, cette substitution, qui est intervenue avec l'entrée en vigueur de la seconde partie du décret du 9 septembre 1971, a entraîné de profondes modifications, moins de l'institution en elle-même que de sa perception par les praticiens.

(1) REAL, cité par LOCRE, op. cit., t. III, p. 421.

(2) S. GUINCHARD, préc., Ann. Fac. Clermont-Ferrand, 1983, spéc. n° 63, p. 52.

(3) B. PETIT, préc., Rev. trim. dr. civ. 1986. 485, n° 5, p. 488.

§ 2. L'abrogation de l'interdiction de préjudicier au principal et son impact.

Si, comme nous l'avons observé, l'abrogation de la formule était inéluctable, force est d'admettre que la réforme répond en premier lieu à un souci d'actualisation de l'expression législative. Bien moins qu'une remise en cause des principes régissant la procédure de réfééré, les textes nouveaux respectent et prolongent les préceptes essentiels de l'institution, - A -.

La disparition de l'interdiction de préjudicier au principal a néanmoins été source de polémiques. On a en effet pu "croire au changement là où il n'y avait sans doute que continuité" (1), - B -.

A. L'ABROGATION DE L'ARTICLE 809 POURSUIT LA MODERNISATION DE L'EXPRESSION LEGISLATIVE :

La suppression de l'expression ancienne ne résulte pas d'une volonté de transformer les règles établies. Le Rapport au Premier Ministre (2) est en ce sens, - 1 -.

Les conséquences que l'on tirait de l'interdiction de préjudicier au principal (le juge du fond n'est pas lié par l'ordonnance rendue par le juge des référés ; ce dernier ne tranche pas le fond du droit) demeurent. Le libellé des textes

(1) J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1975. 143.

(2) Rapport à Monsieur le Premier Ministre précédent le décret du 9 sept. 1971, Gaz. Pal. 1971. 2. 550.

a changé, mais les principes subsistent, - 2 -.

- 1 - Le Rapport au Premier Ministre :

Partant du constat que "l'évolution des affaires, comme celles des conditions d'existence des citoyens, ne s'accorde plus de la complexité et de l'archaïsme dont sont empreintes les règles qui régissent" parfois la procédure civile, l'objectif annoncé de la réforme est de "restituer à la justice traditionnelle l'attrait que lui ont fait perdre des règles archaïques ou des pratiques anachroniques et à la situer sur un plan où elle peut souffrir avantageusement la comparaison avec l'arbitrage".

Il semble alors que le but poursuivi par les auteurs du décret du 9 septembre 1971, du moins dans le domaine qui nous concerne, est essentiellement d'harmoniser les textes avec la pratique du référendum (1). Cette impression est confortée par d'autres passages du Rapport qui précise que "la règle de droit, pour être bien comprise, doit être exprimée dans un langage directement accessible à l'esprit" et, plus loin, que "les aménagements qui ont été apportés ne sont bien souvent que nuances par rapport à la règle de droit actuelle ou présentation nouvelle destinée à traduire les conclusions d'une analyse doctrinale rationnelle de la loi ou de la jurisprudence".

Les règles qui gouvernent le référendum n'ont donc pas été bouleversées. Les seuls "infléchissements notables" relevés par les auteurs du décret sont, en matière de référendum, "les pouvoirs

(1) J.-P. ROUSSE, préc., Gaz. Pal. 1972. 2. Doctr., 539.

nouveaux reconnus au président du tribunal dans les matières pour lesquelles il n'existe pas de procédure particulière de référé. La commission avait même souhaité une généralisation des pouvoirs du président, mais le risque qu'aurait présenté l'existence de compétences concurrentes conduit à ne pas retenir cette solution extrême" (1). Si sur ce dernier aspect, les choses ont bien évolué depuis (le référé s'étant implanté devant chaque juridiction), il est important de souligner que si les auteurs du décret avaient réellement souhaité étendre les pouvoirs du juge des référés, ils l'auraient certainement évoqué ici. Or tel n'a pas été le cas (2).

Il ne faut pas oublier que le droit vise à satisfaire une société donnée, à un moment donné. Les règles juridiques transcrivent les habitudes, les besoins, en un mot la vie de chaque génération. Et comme le temps marque son empreinte sur la vie, il exerce son influence sur la procédure. Le droit n'est pas un ensemble de règles figées, déterminées a priori et pour l'éternité. Ces règles, parce qu'elles s'appliquent à une société encore plus mouvante aujourd'hui qu'hier, doivent suivre l'évolution sociale (3).

Lorsque la jurisprudence a créé de façon prétorienne la notion de contestation sérieuse, elle a cherché à donner son efficacité à la prohibition de principe posée par l'art. 809. Mais dans le même temps, elle l'a progressivement rejetée dans l'ombre de la notion nouvelle.

- (1) Rapport au Premier Ministre, préc., spéc. p. 551.
V. cep. R. MARTIN, préc., D. 1979. Chron., 158 ; R. TENDLER, note sous quatre esp., D. 1978. 665, spéc. p. 669, col. de gauche, in fine.
(2) Cf. J.-P. ROUSSE, préc., Gaz. Pal. 1972. 2. Doctr., 539, spéc. 540.
(3) V. la thèse de B. BOCCON-GIBOD, op. cit.

Il ne restait plus alors qu'à tirer les conséquences de l'influence de la pratique sur le droit. Les textes nouveaux reprennent les conséquences qui, traditionnellement, se déduisent de la formulation ancienne.

- 2 - La continuité des principes essentiels du référé :

Nonobstant l'abrogation de l'art. 809, la décision de référé reste une décision provisoire. Sous l'empire des anciens textes cette caractéristique inhérente à l'ordonnance présidentielle était circonscrite par l'interdiction de préjudicier au principal. Aujourd'hui les textes prévoient expressément que l'ordonnance de référé est une décision provisoire (art. 484 nouv. c. pr. civ.) et les conséquences essentielles que l'on déduisait de la règle de l'art. 809 c. pr. civ. sont reprises par les dispositions réglementaires nouvelles (1).

(1) Les art. du nouveau Code communs à toutes les ordonnances de référés (484 à 492) ne font pas référence à la notion de contestation sérieuse. Mais la condition est reprise dans les art. 808, 848, 872, 893 et 956 ; v. G. COUCHEZ, obs. sous T.G.I. Lyon, réf., 16 oct. 1973, J.C.P. 1974. II. 17762, spéc. I, A ; R. PERROT, "Droit judiciaire privé", op. cit., p. 452 ; M.-Cl. RONDEAU-RIVIER, préc., Gaz. Pal. 1991. 2. Doctr., 355, spéc. p. 357.

Concrètement, avec le "principe de dépendance, de subsidiarité, du juge des référés à l'égard du juge du fond" (R. PERROT, préc., Gaz. Pal. 1974. 2. Doctr., 895, spéc. n° 15-16, p. 898), ce sont bien les conséquences habituelles qui découlent des nouvelles règles, cf. Ph. BERTIN, préc., v° "Référez civil", n° 10 et n° 19 ; J.-J. BURST, obs. sous Colmar, aud. sol., 18 oct. 1972, préc. ; P. DEVARENNE, Rapport au Coll. Pau, Cahiers de l'Université, 1979, p. 41 et s. ; J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1975. 143 et 358 ; P. RAYNAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1972. 651 ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1276, spéc. p. 1075.

La Cour de cassation prend acte de la disparition de la formule ancienne et sanctionne les magistrats qui en font encore état (1). Le bouleversement des principes n'ayant pas été recherché dans l'innovation réalisée, l'intervention de la Cour de cassation semble avoir "une fonction essentiellement didactique" (2).

Les notions que sous-tendait l'interdiction du préjudice au principal sont aujourd'hui au premier plan. Il n'est donc pas surprenant de voir ressurgir parfois l'ancienne règle (3).

Mais si cette dernière semble rester "une constante du droit des référés" (4), il ne s'agit pas tant en réalité de l'interdiction de préjudicier au principal que du caractère provisoire de l'ordonnance.

La différence réside dans l'admission du préjudice au principal dans certaines circonstances. Les nouvelles dispositions

(1) Cass. Civ. 2e, 2 avr. 1974, Bull. II, n° 128, p. 109 ; Cass. Civ. 2e, 6 fév. 1975, Bull. II, n° 38, p. 32 ; Cass. Civ. 2e, 20 nov. 1975, Bull. II, n° 305, p. 245 ; Cass. Civ. 3e, 5 oct. 1976, J.C.P. 1976. IV. 344 ; Cass. Civ. 3e, 30 nov. 1976, Bull. III, n° 435, p. 329 ; T.G.I. Toulouse, réf., 23 nov. 1976, D. 1977. I.R. 414, Rev. trim. dr. civ. 1975. 358 ; v. aussi J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1978. 913, spéc. p. 915.

(2) J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1975. 358, spéc. p. 359.

(3) Par ex. T.G.I. Strasbourg, ord. réf. J.A.M., 14 juin 1984, rapportée en Annexe II de l'art. de M. Cl. LIENHARD, "La compétence du juge aux affaires matrimoniales en tant que juge des référés entre le dépôt de la requête en divorce et la tentative de conciliation", D. 1985. Chron., 16, spéc. p. 20 : "l'instance en référé aboutit à une décision provisoire ne préjudiciant pas à celle qui pourra ultérieurement être prise (...)".

(4) J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1975. 358, spéc. p. 359 ; v. également G. FAU, A. DEBEAURAIN, préc., Ann. Loyers 1977, n° 520, p. 304.

invitent à ce préjudice (1), particulièrement lorsqu'elles permettent au Président d'allouer une provision ou de prescrire des mesures de remise en état (2).

On peut se demander si, finalement, la jurisprudence n'avait pas admis que les principes tirés de l'art. 809 c. pr. civ. pouvaient entraîner de telles conséquences dès l'instant où elle avait reconnu au juge des référés le pouvoir d'apprécier si le principe de la responsabilité souffre ou non une discussion sérieuse.

L'émergence de la notion de contestation sérieuse avait constitué le point de départ de l'évolution qui s'est faite jour. Mais à la réflexion, la jurisprudence n'aurait-elle pas pu aller plus loin et autoriser le juge à allouer toute indemnité dont le montant n'est pas sérieusement contestable à titre de provision (3) ?

Au terme de ces développements, on peut conclure que malgré l'abrogation de l'art. 809, le principe du provisoire est sauvagardé. L'innovation fondamentale apportée par la réforme doit être recherchée ailleurs. Pas davantage

(1) Ph. BERTIN, préc., v° "Référé civil", n° 10.

(2) Apport du décret n° 73-1122 du 17 déc. 1973, J.O. du 22 déc., p. 13660.

V. P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 12, p. 15 ; M. RICARD, "La nouvelle procédure civile", éd. du Moniteur, 1982, n° 167, p. 161.

(3) V. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1974. 653, spéc. p. 655, qui estime "(...) rétrospectivement que la jurisprudence n'avait pas épousé toutes les virtualités des principes qu'elle avait déduits, non sans audace, parfois, des articles 806 et suivants du Code de procédure civile".

En réalité, tout dépend du sens que l'on donne au concept de "mesures" que le Président peut ordonner, v. infra, p. 517 et s.

aujourd'hui qu'hier on n'autorise le juge du provisoire à préjudicier au principal au sens que nous avons donné plus haut à cette expression (1).

Le but avoué de la réforme est de transcrire, en quelques principes immédiatement perceptibles, un acquis jurisprudentiel de plus d'un siècle. L'abandon de la règle de l'ancien art. 809 et plus généralement, les modifications apportées par le décret du 9 septembre 1971 (et celui du 17 décembre 1973) n'ont "l'air de rien" et pourtant, elles sont d'importance (2). La toilette des textes a entraîné une plus grande audace des magistrats chargés des référés dans l'apprehension des problèmes qui leurs sont soumis (3).

B. L'IMPACT PSYCHOLOGIQUE DE LA REFORME :

Les modifications apportées aux textes se réclament davantage de la forme que du fond. Mais à côté de la théorie, de la volonté déclarée des auteurs de la réforme et des formules nouvelles, "il y a l'usage que l'on en fait, l'esprit qui les anime et, parfois même, l'impérialisme plus ou moins conquérant de certains juges des référés" (4).

Donc, la réforme n'a l'air de rien. Pourtant, on peut se

- (1) Cela même si les réformes récentes tendent à faire du juge des référés une juridiction quasi ordinaire, v. P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 7, p. 9, in fine et p. 10 ; R. TENDLER, préc., D. 1991. Chron., 139. V. aussi infra, p. 514 et s.
- (2) Ph. BERTIN, "Le grand Noël du procédurier - La procédure nouvelle devant le Tribunal de grande instance", Gaz. Pal. 1976. 1. Doctr., 153, spéc. n° 85, p. 154.
- (3) V. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1974. 653, spéc. p. 655 : il faut rechercher l'innovation apportée par la réforme "dans le "coup de pouce" donné, qui lève des obstacles sans doute plus psychologiques que juridiques".
- (4) R. PERROT, préc., in Mél. P. HEBRAUD, Toulouse, 1981, p. 645 et s.

demander si elle n'a pas provoqué "un déplacement du centre de gravité du référé" (1).

La disparition de la formule de l'art. 809 a ainsi contribué à transformer la perception que l'on peut avoir des fonctions du juge des référés, - 1 -.

L'abandon de l'expression ancienne n'altère toutefois en rien ses fonctions, - 2 -.

- 1 - L'abrogation de l'article 809 modifie la perception de la fonction du Président :

L'apport essentiel de la suppression de la traditionnelle interdiction de préjudicier au principal a été de lever la barrière psychologique qui limitait l'audace du Président, en supprimant de ce fait une sorte de complexe que les juges des référés avaient dans l'appréhension des problèmes juridiques (2).

(1) J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit., n° 571-2, p. 427.

(2) V. J. NORMAND, Rapport au Coll. Pau, Cahiers de l'Université, 1979, p. 37 et s., spéc. p. 44 ; il était en effet fréquent que le Président s'estime "incompétent" dès que la mesure sollicitée était de nature à le conduire à procéder à une constatation de droit et ainsi, préjudicier au principal.

V. également R. TENDLER, préc., D. 1991. Chron., spéc. p. 140, B ; du même auteur, note sous quatre esp., préc., spéc. p. 669, où il estime que l'apport de la suppression de la règle de l'art. 809 permet une démarche qui "suppose déjà un examen des motifs" et qu'ainsi la réforme ne constitue pas "une "nuance" mais (...) une distinction fort importante".

La modification réalisée se situe bien sur le plan de la perception de la fonction du juge, car la possibilité pour lui d'apprécier du fond n'est "pas une révolution" (R. PERROT, préc., Gaz. Pal. 1974. 2. Doctr., 895, spéc. n° 22). Rappr. Annexe I, question n° 3 : c'est dans une proportion de 19/25 (76 %) des répondants (réponses a, b, c et d) que les magistrats affirment se sentir plus libres dans l'approche des différends. Seuls 6/25 (24 %) des répondants (réponse e) estiment qu'il n'existe aucune différence entre les deux notions.

Certains sont allés beaucoup plus loin et ont amorcé un mouvement qui tend à accroître les pouvoirs du juge des référés. La souplesse dont font preuve les nouveaux textes a été interprétée dans le sens du changement, le Président disposerait désormais du "pouvoir de statuer provisoirement au fond" (1).

Illustration de cette idée, l'ordonnance de référé rendue le 5 octobre 1972 par le Président du tribunal paritaire de baux ruraux de Châteaudun contient dans son dispositif une véritable déclaration de droit : "Disons que les époux D.-S. sont sans droit à poursuivre l'occupation (...)" . Pour ce magistrat, la réforme opère l'anéantissement de l'obstacle qui lui interdisait de toucher le fond du droit (2).

On a pu trouver des éléments susceptibles d'appuyer cette position dans certains arrêts de la Cour de cassation (3). Elle a en effet admis que le juge des référés peut estimer une prétention "juridiquement dépourvue de tout fondement" (4), ou encore qualifier des faits de nature à exonérer un débiteur

- (1) J.-P. ROUSSE, préc., Gaz. Pal. 1977. 1. Doctr., 249 ; v. aussi Annexe I, question n° 3, réponse d- : deux magistrats se reconnaissent le pouvoir de trancher le fond, trois écrivent exactement le contraire. Les autres opinions exprimées sont à rapprocher de ce second avis.
- (2) T. par. Châteaudun, réf., 5 oct. 1972, Gaz. Pal. 1973. 1. 58, note L. B., Rev. trim. dr. civ. 1973. 160, obs. P. HEBRAUD ; rappr. T.G.I. Paris, réf., 8 mars 1974, Gaz. Pal. 1974. 1. 337, note J.G.M., spéc. p. 338, J.C.P. 1974. II. 17735, obs. J. A. Rev. trim. dr. civ. 1975. 143, obs. J. NORMAND, spéc. p. 145-146, 2^e ; rappr. T.G.I. Verdun, réf., 14 mars 1974, Gaz. Pal. 1974. 1. 355.
- (3) V. J.-P. ROUSSE, préc., Gaz. Pal. 1977. 1. Doctr., 249, spéc. p. 250, col. de gauche.
- (4) Cass. Civ. 3e, 13 avr. 1976, Bull. III, n° 153, p. 119.

(1), alors que la Cour de cassation avait toujours affirmé que cette question touche le fond (2). Cette attitude illustre nettement l'imprécision de la frontière qui existe entre le définitif et le provisoire en matière de référé.

Un juge a franchi un pas supplémentaire vers la transformation de la juridiction des référés en une juridiction ordinaire en tirant argument de l'abrogation de l'art. 809 c. pr. civ., et de la nouvelle rédaction des textes (3) :

le 16 octobre 1973, le Président du T.G.I. de Lyon a considéré que les règles récentes de procédure permettent au juge des référés "en cas d'urgence d'ordonner des mesures définitives, lorsqu'il n'existe pas de contestation sérieuse" (4).

Et le magistrat de poursuivre en écrivant "que tel est le cas notamment de l'expulsion d'un occupant sans droit ni titre" en l'absence de contestation sérieuse. L'exemple donné, même s'il semble confirmer l'opinion suivant laquelle la mesure prescrite

- (1) Cass. Com., 31 mai 1976, préc. : le juge des référés peut ordonner l'exécution du service promis lorsqu'elle n'est pas matériellement impossible, au motif que le fait invoqué par le débiteur ne constitue pas un cas de force majeure.
- (2) Par ex. Cass. Civ. 2e, 15 mai 1956, Bull. II, n° 268, p. 175 ; v. aussi J.-P. ROUSSE, préc., Gaz. Pal. 1977. 1. Doctr., 249 ; rappr. O. DUGRIP, op. cit., p. 349 : chaque fois que l'expert est chargé d'une mission relative à la qualification juridique des faits, il y a préjudice au principal.
- (3) Particulièrement, l'art. 73 du décret du 9 sept. 1971 qui dispose que "Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner, en référé, toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend (...)".
- (4) T.G.I. Lyon, réf., 16 oct. 1973, préc., v. aussi D. 1974. 389, note J.-Cl. FOURGOUX ; v. également R. PERROT, préc., Gaz. Pal. 1974. 2. Doctr., 895, n° 19.

est définitive (1), n'est toutefois pas déterminant. Cette mesure comme toutes celles ordonnées en référé peut, si les circonstances s'y prêtent, être remise en question par le juge du principal s'il vient à être saisi (2).

Il n'en demeure pas moins qu'en affirmant de manière aussi générale la possibilité pour le Président d'ordonner des mesures définitives, cette décision reflète un mouvement qui vise à attribuer au juge des référés de véritables pouvoirs au fond en l'absence de contestation sérieuse (3). Cette orientation s'est également manifestée au niveau de l'appel d'une ordonnance de référé (4). Elle n'est cependant pas fondée :

- 2 - L'abrogation de l'article 809 n'altère pas les fonctions du Président :

Un juge des référés qui affirme qu'en droit il tranche (définitivement ou provisoirement, peu importe) le litige au fond va nécessairement au devant de la réformation de sa décision (5). Il serait certes "téméraire de prétendre qu'il

- (1) Puisque "l'expulsion réalisée, il faut se persuader de son caractère le plus souvent définitif"... v. Annexe I, question n° 15, les obs.
- (2) V. en ce sens J.-Cl. FOURGOUX, note sous T.G.I. Lyon, réf., 16 oct. 1973, préc.
- (3) Cf. P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1973. 160, spéc. p. 162.
- (4) Comme cette tentative d'accroissement des pouvoirs du juge des référés s'est essentiellement appuyée sur l'effet dévolutif et la plénitude de juridiction de la Cour d'appel, nous verrons ce point dans le développement consacré à l'appel de la décision de référé, infra, p. 691 et s.
- (5) Etant entendu que le mot "fond" désigne ici le fond du droit, c'est à dire le principal et non le "fond", objet même du référé.

n'y a dans les textes nouveaux, aucun sujet d'incertitude, d'hésitation, voire même d'inquiétude" (1), mais on admettra que la modification opérée n'a pas transformé les fonctions du juge des référés.

Il "lui appartient, sans compromettre le fond, de tirer les conséquences des situations de droit qui lui apparaissent indiscutables" (2). Même si l'on est persuadé que "le juge des référés n'est pas guidé par la vraisemblance mais bel et bien par la conviction absolue de l'existence d'un droit" (3), cela n'implique pas que le Président tranche le fond du droit (4). "La clé de la réponse (...) se trouve, à notre avis, dans la définition de l'ordonnance de référé donnée par l'art. 484" nouv. c. pr. civ. (5) : c'est le principe du caractère provisoire de la décision de référé. La mission du Président est d'ordonner des mesures et non de fixer les droits des parties. "Au demeurant (...), l'affirmation juridictionnelle d'un droit ne présente d'utilité que si elle ne peut plus être remise en question" (6). Tel n'est pas le cas d'une ordonnance de référé.

(1) R. PERROT, préc., Gaz. Pal. 1974. 2. Doctr., 895, n° 17.

(2) P. RAYNAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1972. 651, spéc. p. 652.

(3) J.-P. ROUSSE, préc., Gaz. Pal. 1977. 1. Doctr., 249, spéc. p. 250.

(4) Evoquer n'est pas, en effet, trancher, v. aussi M. FOULON, op. cit. ; M. FRANCES, op. cit., p. 186 ; P. RAYNAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1972. 651 ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1277, spéc. p. 1076.

V. Annexe I, question n° 4, b et nos obs.

(5) V. J. VIATTE, préc., Gaz. Pal. 1976. 1. Doctr., 709, spéc. col. de droite, in fine.

(6) Cf. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1975. 141, spéc. p. 146.

Il est indéniable que lorsque la vraisemblance de la situation appréciée par le Président "est très forte, l'opinion qu'elle fonde approche de la certitude" (1). En déduire qu'il "paraît souhaitable que la Cour de cassation en vienne à dire dès que possible que les nouveaux textes ont conféré au juge un pouvoir d'ordre très général de statuer provisoirement au fond dans le référé qui sanctionne l'exercice d'un droit" (2) n'est pas une opinion forcément erronée en pratique, mais en droit, ce souhait est loin d'être fondé (3).

Ajoutons qu'il est parfois arrivé que l'abandon de la règle ancienne soit perçu comme une entrave et non comme un "coup de pouce" au référé (4). Une ordonnance rendue par le Vice-Président du T.G.I. de Paris le 11 avril 1973, fort célèbre pour la définition qu'elle donne des "mesures susceptibles d'être ordonnées en référé" (5), refuse de condamner les "défendeurs au paiement des sommes contestées" au motif qu'une telle prétention "excède incontestablement les pouvoirs du juge des référés".

Il faut tout de même noter au passage qu'il était demandé au juge "de dire et juger que la dame "S." devra verser (...) la somme de (...)" . La solution finalement retenue n'est donc pas surprenante.

(1) P. RAYNAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1973. 160, spéc. p. 161.

(2) J.-P. ROUSSE, préc., Gaz. Pal. 1977. 1. Doctr., 249, spéc. p. 250, col. de gauche.

(3) V. aussi infra, p. 516 et s.

(4) V. P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1973. 803.

(5) Cf. supra, p. 64, note (3).

C O N C L U S I O N D U C H A P I T R E

L'interdiction de porter préjudice au principal a été, depuis l'entrée en vigueur du Code de procédure civile, un principe essentiel de l'institution des référés. Si sa disparition des textes nouveaux apparaît logique, l'analyse de cette notion ancienne est fondamentale, puisqu'elle permet d'expliquer bon nombre de principes, quant à eux toujours actuels. Malgré l'abrogation de l'art. 809 c. pr. civ. et l'abandon de la formule traditionnelle, il ne faut pas "exagérer la portée (...) de la réforme" (1). La nouvelle rédaction des textes, issue de l'art. 73, al. 1er du décret du 9 septembre 1971, "n'apporte en fait rien de bien nouveau" (2). Lorsqu'il est saisi, il s'agit pour le juge des référés de savoir s'il est dans l'un des cas de référé prévus par les textes. S'il n'entre pas dans un de ces cas, il dit "n'y avoir lieu à référé". Dans le cas contraire, il ordonne les mesures nécessaires sans pour autant trancher le litige au fond.

"En droit, le juge des référés ne tranche jamais le fond car sa décision est provisoire. Mais dans la réalité des faits, peut-être oui, puisqu'on évite souvent à une affaire de venir au fond" (3). Il ressort ainsi que dans les faits (il est important d'insister sur ce point), le juge des référés peut

(1) J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1974. 653, spéc. p. 656.

(2) L. B., note sous T. par. Châteaudun, 5 oct. 1972, réf., préc.

(3) Entretien avec Monsieur M. FOULON, Président du T.G.I. de Toulouse.

empiéter sur le domaine qui, en principe, ne relève que du seul juge du principal (1).

La délimitation imprécise et fluctuante entre les droits indiscutables et ceux qui ne le sont pas (2), impose à la jurisprudence et aux auteurs de pousser plus avant l'analyse de la notion de contestation sérieuse ; ce à quoi nous invitons maintenant le lecteur.

-
- (1) Dans la réalité sociologique, la notion de contestation sérieuse, qui s'est substituée à celle du préjudice au principal, tend alors à devenir un critère de répartition du contentieux entre le juge des référés et le juge du fond. Sur les relations entre juge du provisoire et juge du principal, v. infra, p. 516 et s.
- (2) Cf. J.-P. ROUSSE, préc., Gaz. Pal. 1972. 2. Doctr., 539, spéc. p. 540.

C H A P I T R E 2

La notion de contestation sérieuse

La notion de contestation sérieuse, "destinée à rendre mieux compte (que le concept d'interdiction de préjudicier au principal) à la fois du rôle et du pouvoir du juge des référés" (1), a été recueillie par le nouveau Code de procédure civile. La transcription de cette formule prétorienne dans les textes suppose que la notion abordée soit caractérisée dans ses éléments essentiels. L'approche de la notion de contestation sérieuse, - Section 1 -, fera ensuite place à l'analyse de ses applications, - Section 2 -, le concept constituant par excellence le guide de l'action du juge du provisoire.

(1) Ch. CEZAR-BRU, P. HEBRAUD, J. SEIGNOLLE, par G. ODOUL, op. cit., t. I, n° 11, spéc. p. 23.

S E C T I O N 1

Une approche de la notion de contestation sérieuse

La notion de contestation sérieuse vient au premier rang des conditions de l'intervention de la juridiction des référés (1). La fluidité qui la caractérise conduit cependant à s'interroger à la fois sur sa signification et la manière dont les juges l'appréhendent, - § 1 -.

L'approche de la notion de contestation sérieuse ne sera toutefois complète qu'une fois précisée son domaine et son rôle, - § 2 -.

§ 1. Mise en lumière de la notion de contestation sérieuse.

Définir la notion suppose que soient mis en évidence les éléments caractéristiques de la contestation sérieuse, - A -.

Cet essai de définition réalisé, il faudra encore analyser la façon dont le juge du provisoire apprécie la notion, - B -.

(1) V. par ex. P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1965. 168 ; J. PONELLE, op. cit., n° 245, spéc. p. 273 ; P. RAYNAUD, note sous Cass. Civ., 10 nov. 1947, préc., spéc. p. 158, col. de droite.

A. ESSAI DE DEFINITION :

Tenter de définir la notion de contestation sérieuse est une opération malaisée. La faculté d'abstraire les éléments caractéristiques de la présence d'une contestation sérieuse dans les espèces particulièrement diverses qui sont soumises au Président, se trouve en effet limitée à sa plus simple expression, - 1 -.

Il est néanmoins indispensable de dégager les lignes directrices de la notion afin d'en préciser le sens, - 2 -.

- 1 - L'impossibilité d'une définition stricte de la notion :

La difficulté à définir le concept de contestation sérieuse provient de sa fluidité. Il constitue l'une des notions les plus insaisissables du jeu des référés (1). S'il en est ainsi, c'est parce que la contestation ne doit pas seulement exister, elle doit aussi revêtir un certain caractère de gravité : la contestation doit être sérieuse (2). Or, le sérieux ou le manque de sérieux de la contestation opposée à la demande formée devant le Président dépend en grande partie "des circonstances propres à chaque espèce, de l'appréciation subjective du juge et, peut-être aussi du degré de juridiction"

(1) P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1965. 168 ; v. aussi J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1979. 654 ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1277, p. 1075 et s. : "il est extrêmement difficile, pour ne pas dire impossible, de définir avec exactitude la notion de contestation sérieuse".

(2) Cf. R. PERROT, "Droit judiciaire privé", op. cit., p. 452, 1°.

(1). On ne peut donc estimer a priori qu'une contestation est sérieuse ou ne l'est pas (2). A fortiori, il n'est pas envisageable de donner une définition abstraite de la notion. L'élaboration d'une "définition" suppose en effet la possibilité d'"analyser la compréhension d'une idée" en dissociant "les éléments simples et irréductibles dont celle-ci se compose" (3).

Force est d'admettre qu'en matière de référé, l'analyse de la notion de contestation sérieuse débouche sur "une casuistique dont il n'est pas aisé de systématiser les solutions" (4).

Toutefois, ce constat d'impuissance à préciser le concept de contestation sérieuse n'est pas gênant en soi. Deux raisons de valeur égale donnent à le penser.

D'abord, l'absence d'une formule précise et l'impossibilité qui existe à en établir une, ont l'avantage de laisser au juge une marge de manœuvre satisfaisante. L'un des atouts du référé est sa souplesse. L'élasticité des termes, qui permet d'éviter que soit étouffée toute part d'appréciation du juge (5), donne

- (1) H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1277, p. 1075 ; v. également Ph. BERTIN, préc., v° "Référé civil", n° 148 ; P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 73, p. 61.
- (2) J. VIATTE, préc., Gaz. Pal. 1976. 2. Doctr., 709, spéc. col. de droite.
- (3) J. BECQUART, "Les mots à sens multiples en droit civil français", th. Lille, P.U.F., 1928, p. 164.
- (4) J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit., n° 138, p. 141 ; v. aussi R. TENDLER, préc., D. 1991. Chron., 139, spéc. col. de droite.
- (5) P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1965. 168 ; v. aussi J. VINCENT, préc., in Mél. P. KAYSER, P.U. Aix-Marseille, 1979, t. II, p. 417 : cette absence de frontière nettement délimitée accorde au juge "une frange d'indécision suffisante pour (lui laisser) une marge d'appréciation indispensable".

à la juridiction du provisoire la possibilité "de résister aux chocs imprévus, de s'adapter aux situation nouvelles, de suivre les agitations de la vie dans ses flux et ses reflux perpétuels" (1).

Ensuite, l'apparition de la notion de contestation sérieuse dans les textes n'est que la consécration législative d'une notion certes prétorienne (2), mais qui a fait ses preuves. On la trouve dans le nouveau Code sous divers vocables, "contestation sérieuse" ou "obligation non sérieusement contestable".

Les nombreuses décisions qui font état de l'application de la formule "nouvelle" énoncent d'une façon relativement claire le sens de la notion.

Il suffit alors d'en établir les contours.

- 2 - Le sens de la notion de contestation sérieuse :

Un premier sens que l'on peut être amené à attribuer à la notion réside dans l'idée que la contestation est sérieuse dès "que la mesure sollicitée trancherait en réalité le litige si elle était prise" (3). Cette affirmation qui joue sur la notion de litige est à retenir, mais elle doit être précisée et complétée.

Pour cela, il convient de centrer notre attention sur le terme

(1) J. BECQUART, op. cit., p. 23.

(2) V. R. PERROT, préc., Gaz. Pal. 1974. 2. Doctr., 898.

(3) Y. DESDEVISES, préc., v° "Référés du Premier Président", n° 32 ; J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1975. 143 et 1979. 654 ; J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit., n° 138, p. 141.

même de contestation sérieuse et de le mettre en parallèle avec la notion de fond du litige.

Il apparaît alors que la contestation est sérieuse dès que le juge des référés doit résoudre un problème difficile, relevant du juge du fond. Le magistrat chargé des référés (1) va prendre en considération tous les éléments nécessaires pour arriver à la conclusion qu'objectivement, le droit en cause n'est pas sérieusement contestable.

Par rapport à l'ancienne interdiction de préjudicier au principal, on constate désormais la nécessité d'une analyse des motifs. La contestation sérieuse n'est pas celle qui touche au fond du droit, mais "celle que le juge des référés ne peut, sans hésitation, rejeter en quelques mots" (2).

Si la solution du problème conduit le juge des référés à une appréciation juridique motivée qui fait la part entre la thèse de l'un et celle de l'autre, il excède ses pouvoirs dans la mesure où il est obligé de discuter juridiquement pour écarter l'une de ces thèses qui est donc forcément sérieuse. Lorsque le juge des référés, pour repousser une contestation, est obligé de bâtir un raisonnement juridique

- (1) Premier Président de la Cour d'appel, Président du tribunal, ou magistrat également expérimenté, cf. supra, p. XX et p. XXI.
- (2) Ainsi, le juge des référés n'est pas confronté à une contestation sérieuse lorsqu'une personne prétend avoir acquis un bien par prescription trentenaire alors qu'il ressort des écritures qu'il ne peut être propriétaire du terrain en question, v. Cass. Civ. 3e, 21 mai 1979, J.C.P. 1979. IV. 248 ; Ph. BERTIN, préc., v° "Référez civil", n° 149 ; J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit., n° 138, spéc. p. 142.

que ne dénierait pas un juge du fond, il va au-delà de ses pouvoirs (1). Or, il doit laisser intact le pouvoir de décision du tribunal. C'est pourquoi il n'est pas habilité à trancher une question de fond (2).

On s'accorde ainsi à dire qu'on est en présence d'une contestation sérieuse dès l'instant où "elle fait naître un doute sur le sens dans lequel trancherait le juge du fond s'il venait à être saisi" (3). "Si la demande pose question au juge des référés, alors il doit s'abstenir" (4). Il n'est en effet "nullement nécessaire que le droit invoqué par le défendeur au référé soit indiscutable. Il suffit qu'il apparaisse sérieux, c'est à dire partiellement fondé au premier examen pour que la mesure sollicitée se heurte à une contestation sérieuse" (5). Faut-il en déduire que le demandeur doit invoquer un droit certain, existant à l'évidence ? Ou peut-on se contenter d'une "vraisemblance proche de la certitude" (6) ?

La contestation sérieuse étant celle qui amène le

- (1) T.G.I Paris, réf., 15 mars 1989, Gaz. Pal. 1989. 1. somm. 201 : "faute d'évidence et d'incontestabilité certaine (il y a place à) une discussion suffisamment sérieuse ressortissant de la seule compétence du juge du fond".
- (2) V. supra, p. 85, - 2 - ; v. aussi infra, p. 516 et s.
- (3) J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1979. 655 ; v. aussi J.-F. BOIRON, J. NORMAND, Guide juridique Dalloz, p. 434, v° "Référé", n° 40 ; J. PONELLE, op. cit., n° 55, spéc. p. 79 ; M.-Cl. RONDEAU-RIVIER, préc., Gaz. Pal. 1991. 2. Doctr., 355, col. de droite, in fine ; A. SUPIOT, "Les pouvoirs de la formation des référés", Dr. soc. 1986. 535, spéc. p. 538, col. de droite.
- (4) R. MARTIN, préc., D. 1979. Chron., 158, n° 5.
- (5) J.-P. ROUSSE, préc., Gaz. Pal. 1972. 2. Doctr. 539, spéc. p. 540.
- (6) V. aussi J. NORMAND, Rapport au Coll. Pau, Cahiers de l'Université, 1979, p. 63.

juge des référés au doute, ce doute doit bénéficier au défendeur (1). Ainsi, l'éventualité d'une compensation entre créanciers peut être prise en considération par le juge pour apprécier le sérieux de la contestation prétendue (2). De même, lorsqu'une provision est allouée, son montant ne peut correspondre qu'à la somme qui, aux yeux du magistrat chargé des référés, se révèle justifiée (3).

Il se dégage donc, compte tenu des données du litige, un "seuil d'évidence" (4), qui se caractérise par une certitude absolue de l'existence du droit. "Le moindre doute doit l'amener à rejeter" (5) la demande dans son intégralité, ou pour partie s'il n'apparaît pas que la somme réclamée à titre de provision est justifiée en son entier. La contestation sérieuse existe dès "que l'un des moyens de défense opposé à la prétention (du demandeur) n'est pas manifestement vain". Il suffit qu'il y ait "une incertitude, **si faible soit-elle**, sur le sens dans lequel trancherait le juge du fond" (6).

L'absence de contestation sérieuse implique alors "la conviction absolue de l'existence d'un droit manifestement

- (1) R. MARTIN, préc., D. 1979. Chron., 158, spéc. p. 159, col. de droite, *in fine*.
- (2) Cf. Paris, 14e Ch. C, 9 juin 1988, D. 1989. somm. 281, obs. P. JULIEN.
- (3) V. Cass. Civ. 3e, 14 déc. 1988, D. 1989. 423, note G. PAISANT.
- (4) J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1974. 654.
- (5) J. NORMAND, Rapport au Coll. Pau, Cahiers de l'Université, 1979, p. 63.
- (6) J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1979. 655 ; rappr. M.-Cl. RONDEAU-RIVIER, préc., Gaz. Pal. 1991. 2. Doctr., 355, spéc. p. 357, col. de gauche, *in fine et col. centrale*.

"incontestable" (1). Cette nécessaire certitude du droit invoqué fait du juge des référés "le juge de l'évident et de l'incontestable", selon l'expression de M. le Premier Président DRAI (2) ; "tout au moins au niveau des apparences", rappellent les auteurs (3). Cette notion d'apparence est la marque, omniprésente, du caractère provisoire de l'ordonnance de référé. Si après un examen superficiel des droits en présence, le juge des référés estime que la contestation prétendue n'est pas sérieuse, il ne tiendra aucunement compte de celle-ci (4). La question est alors reportée sur l'attitude qu'adoptent les magistrats chargés des référés lorsqu'ils sont confrontés à l'appréciation du caractère sérieux de la contestation soulevée.

La manière dont le juge va percevoir la contestation

- (1) J.-P. ROUSSE, préc., Gaz. Pal. 1977. 1. Doctr., 249, spéc. p. 250, col. de gauche ; v. également T.G.I. Paris, réf., 15 mars 1989, préc. : il faut une "évidence" et une "incontestabilité certaine" ; J.-F. BOIRON, J. NORMAND, préc., v° "Référez", n° 40 ; J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1979. 655 ; v. aussi les formules de Présidents citées par J. NORMAND, Rapport au Coll. Pau, Cahiers de l'Université, 1979, p. 63 : "il faut un droit indiscutable" et "il y a contestation sérieuse toutes les fois que les parties ne fournissent pas les justifications permettant de décider clairement, sans hésitation sur le fond".
- (2) P. DRAI, "Le référé dans la société en 1980", in Journée d'Etude, T.G.I. Paris, 1980, spéc. p. 36, 2e proposition ; v. aussi P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 75, spéc. p. 63 ; J. NORMAND, Rapport au Coll. Pau, Cahiers de l'Université, 1979, p. 63 ; rappr. B. LISSARRAGUE, préc., Rev. trim. Versailles, 1989. 23, intervention de M. BIOUX.
- (3) V. notamment H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1277, spéc. p. 1076 ; Ph. BERTIN, préc., v° "Référez civil", n° 149.
- (4) Cf. T.G.I. Niort, réf., 23 juil. 1981, Gaz. Pal. 1982. 1. somm. 30 ; P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 76, p. 63.

est donc déterminante et on peut craindre que la personnalité du magistrat chargé des référés affecte grandement l'approche de la notion.

Mais existe-t-il réellement un risque d'arbitraire de la part du juge en la matière ? La réponse à cette question suppose une réflexion plus approfondie sur la façon dont les Présidents apprécient la notion.

B. L'APPRECIATION DE LA NOTION DE CONTESTATION SERIEUSE PAR LE JUGE DU PROVISOIRE :

Il ne suffit pas que la prétention d'un plaideur soit contestée pour que la contestation élevée par son adversaire soit sérieuse (1). Il faut qu'elle ait des chances de prospérer devant le juge du fond (2). Nous avons vu que cela suppose du juge des référés qu'il vérifie "qu'en prenant la mesure sollicitée il ne viole pas le droit d'une des parties et n'assure pas l'exécution d'un droit dont l'existence même est sérieusement contestée" (3). "La contestation se noue par l'élévation d'une objection contre la prétention origininaire (et) de ce point de vue, la contestation est d'autant plus sérieuse que l'objection est moins discutable" (4).

Il faut alors se demander comment le sérieux de la contestation qu'il doit retenir pour ordonner ou refuser

(1) Cass. Civ. 1ère, 17 janv. 1978, Bull. I, n° 24, p. 20, J.C.P. 1979. II. 19251, 2e esp., obs. G. COUCHEZ, Rev. trim. dr. civ. 1978. 662, obs. G. DURRY.

(2) A. SUPIOT, préc., Dr. soc. 1986. 535, spéc. p. 539, col. de droite.

(3) J. PONELLE, op. cit., n° 55, p. 79.

(4) P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1966. 359.

d'ordonner la mesure sollicitée est appréciée par le juge des référés, - 1 -.

Ceci sachant que la Cour de cassation exerce un contrôle sur l'appréciation portée par le Président, - 2 -.

- 1 - La détermination du caractère sérieux de la contestation par le juge des référés :

L'appréciation de la contestation soumise au juge variera nécessairement avec la personnalité du magistrat saisi et en particulier en fonction de son esprit de décision et de la conception qu'il a de sa fonction, de sa mission.

Selon la timidité ou l'audace des magistrats (1), on peut penser que "la question "la contestation est-elle sérieuse ?" revient à ce que le juge s'estime capable ou non de résoudre à lui seul le problème posé. S'il s'en estime incapable, la contestation lui paraîtra sérieuse. S'il s'en estime capable, il jugera immédiatement l'affaire" (2). Ajoutée à cela, la possibilité d'une plus grande compréhension de la part du juge lorsqu'il est saisi par une victime a priori démunie telle qu'une victime d'un accident de la circulation (3). De là à estimer que la contestation sérieuse n'arrête que ceux qui veulent bien se laisser arrêter, il n'y a qu'un pas (4). Et il

(1) V. A. MARON, op. cit., n° 19 et s., p. 34 et s.

(2) R. TENDLER, préc., D. 1991. Chron., 139, spéc. p. 142, col. de droite, C ; et déjà, du même auteur, note sous quatre esp., préc., spéc. p. 669, col. de droite.

(3) Cf. R. TENDLER, préc., D. 1991. Chron., 139.

(4) R. PERROT, préc., in Mél. P. HEBRAUD, Toulouse, 1981, p. 645, spéc. n° 18, p. 657, citant le conflit Air-inter et la décision du T.G.I. de Créteil en date du 11 mars 1980, préc.

semble bien alors qu'ici, c'est essentiellement "la sagesse du juge qui importe" (1). Mais ce pas, faut-il le franchir ? Certes, le nombre de renvois en état de référé devant la collégialité est faible et tend à renforcer l'idée que le juge des référés statue le plus souvent dans une souveraine solitude (2). Néanmoins, cette "souveraineté" n'est-elle pas relative ? La crainte qu'elle sous-entend est celle d'une appréciation totalement subjective et arbitraire du magistrat sur le caractère sérieux ou non de la contestation qui lui est soumise. Ne convient-il pas de la tempérer ?

Deux propositions sont en ce sens :

D'abord, la notion de contestation sérieuse "trouve son point d'ancrage dans la conception commune que les juristes se font de l'évidence à l'intérieur de leur technique" (3) et son appréciation est garantie par l'obligation faite au juge des référés de motiver son ordonnance.

Ensuite, l'appréciation portée par le juge est soumise au contrôle de la Cour de cassation (4).

- 2 - Le contrôle exercé par la Cour de cassation sur le caractère sérieux ou non de la contestation :

Le juge des référés occupe une place de premier plan dans la protection judiciaire des droits. Mais lorsque son

(1) Ph. BERTIN, préc., v° "Référé civil", n° 148.

(2) Rappr. Annexe I, question n° 14, le premier astérisque.

(3) R. MARTIN, préc., D. 1979. Chron., 158, n° 5, spéc. p. 160.

(4) J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1979. 655, qui estime qu'il ne faut pas exagérer le relativisme de la notion de contestation sérieuse.

intervention suppose que les mesures sollicitées par le demandeur ne se heurtent à aucune contestation sérieuse (1), un contrôle vigilant de la Cour de cassation sur la qualification donnée par le juge des référés s'impose (2) et s'opère (3). Ce contrôle permet à la Cour "de tenir en mains le rôle joué par le référé dans la protection judiciaire des droits" (4).

Il est cependant à remarquer que le moyen tiré de l'existence ou de l'absence d'une contestation sérieuse est mélangé de fait et de droit (5). La solution est logique et s'impose à partir de l'instant où les faits et actes de la cause sont susceptibles de varier selon les espèces.

"Il est donc normal que la contestation des faits et des actes

- (1) V. en particulier J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1981. 680, à propos du référé-provision.
- (2) V. J. BORE, op. cit., mise à jour au 31 déc. 1987, n° 177, p. 53 ; rappr. R. PERROT, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1982. 657.
- (3) Cf. J. BORE, op. cit., n° 1839, p. 562 ; et par ex. Cass. Req., 25 oct. 1920, préc. ; Cass. Civ. 3e, 7 janv. 1976, Bull. III, n° 4, p. 3 ; Cass. Civ. 1ère, 7 juil. 1981, Bull. I, n° 251, p. 207 ; Cass. Com., 1er mars 1983, Gaz. Pal. 1983. 2. 533, note E.-M. BEY ; Cass. Com., 13 nov. 1990, Bull. IV, n° 278, p. 194.
- (4) P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1965. 168 ; rappr. R. PERROT, préc., in Mél. P. HEBRAUD, Toulouse, 1981, n° 18, p. 657 : "la contestation sérieuse fait partie de ces notions fluides abandonnées à la sagesse des juges qui peuvent, de la sorte, insuffler à travers les textes une certaine politique jurisprudentielle".
- (5) Il en résulte que ce moyen ne peut être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation, v. Cass. Civ. 2e, 4 mars 1964, Bull. II, n° 203, p. 150 ; P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 73, p. 61 ; J. MOURY, "Le moyen de droit à travers les articles 12 et 16 du nouveau Code", th. Paris II, 1986, p. 56 à 98 et surtout p. 82 à 87. Il n'est cependant pas nécessaire de le présenter avant toute défense au fond, ce moyen concernant l'exercice de ses pouvoirs par la juridiction des référés, cf. Cass. Civ. 3e, 19 mars 1986, Bull. III, n° 34, p. 26.

de l'espèce soit, au premier chef, une matière d'appréciation souveraine des juges du fond et que le contrôle de la Cour de cassation ne s'exerce que sur la base de ces constatations souveraines" (1).

L'art. 604 du nouveau Code prescrit que "le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit". Partant de cet énoncé, les auteurs ont précisé les divers cas d'ouverture à cassation (2). Parmi ceux généralement distingués nous en retiendrons deux, qui en pratique justifient le pourvoi en cassation formé contre une ordonnance de référé lorsque la notion de contestation sérieuse est en cause (3).

Il s'agit de la Violation de la loi, "fausse interprétation d'un texte ou (...) solution erronée d'un point de droit" (4) et de la Motivation inexistante (5) ou

(1) J. BORE, op. cit., n° 1324, p. 429.

(2) J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit., n° 1034, p. 689 et s.

(3) Sur la possibilité de se pourvoir en cassation contre une ordonnance de référé, v. infra, p. 723 et s.

(4) J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit., n° 1035, p. 690. V. par ex. Cass. Civ., 10 nov. 1947, préc. : la Cour d'appel a tranché une contestation sérieuse. Or, pour autoriser une mesure conservatoire, elle n'avait pas besoin "de prendre parti sur l'existence des droits revendiqués" ; rappr. Cass. Civ. 1ère, 19 oct. 1965, Bull. I, n° 557, p. 422 : la Cour d'appel avait rejeté la demande en raison de l'existence d'une contestation sérieuse alors que la demande ne visait qu'une simple mesure d'information, insusceptible de se heurter en l'espèce à une quelconque contestation.

(5) Ce vice de forme va de l'absence de motif au défaut de réponse à conclusions, v. Cass. Civ. 2e, 2 juil. 1981, Bull. II, n° 147, p. 101 ; Cass. Soc., 13 nov. 1986, Bull. V, n° 524, p. 397 ; Cass. Com., 25 nov. 1986, Bull. IV, n° 225, p. 196.

insuffisante (1) visée à l'art. 455 du nouveau Code. Il est assurément important que le juge des référés relève les "éléments dont peut être effectivement déduit le caractère évident de l'existence" de l'obligation invoquée (2) ou, au contraire, le caractère sérieux de la contestation élevée contre elle. L'efficacité du contrôle exercé par la Cour de cassation en dépend.

Il reste à déterminer si un contrôle est réellement exercé par la Cour de cassation sur l'appréciation de la notion de contestation sérieuse par le juge des référés.

Certains arrêts ont pu faire douter du maintien de la solution traditionnelle de l'existence d'un tel contrôle (3) ; aussi convient-il de faire état de la solution qu'ils ont retenue.

Une première décision de la Chambre commerciale, en date du 22 juillet 1986 (4), a estimé qu'il résultait des énonciations de l'arrêt d'appel "que l'obligation n'était pas sérieusement

- (1) V. J.-F. LE CLEC'H, "De l'insuffisance de motifs, manque de base légale des décisions judiciaires", J.C.P. 1948. I. 690 : l'insuffisance de motifs "empêche la Cour de cassation de reconnaître si la décision attaquée devant elle est juridique, si la loi a été exactement appliquée aux faits relevés par les juges du fond". L'insuffisance de motifs ne met donc pas la Cour en mesure d'exercer son contrôle sur la qualification retenue par les juges du fait, v. Cass. Civ. 1ère, 30 janv. 1979, Bull. I, n° 39, p. 33, J.C.P. 1979. IV. 117.
- (2) G. COUCHEZ, obs. sous Cass. Civ. 1ère, 26 avr. et 17 janv. 1978, préc., J.C.P. 1979. II. 19251 ; pour d'autres applications, v. par ex. Cass. Civ. 2e, 30 juin 1960, Bull. II, n° 427, p. 297 ; Cass. Soc., 13 nov. 1986, préc. ; Cass. Soc., 5 mai 1988, Bull. V, n° 274, p. 181.
- (3) V. A. PERDRIAU, préc., J.C.P. 1988. I. 3365, n° 25.
- (4) Cass. Com., 22 juill. 1986, Bull. IV, n° 185, p. 158.

contestable, (et que la Cour) n'a fait qu'user des pouvoirs qui lui sont donnés par l'article 809, alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile applicable en la cause, pour accorder une provision". Quelques mois plus tard, le 17 février 1987 (1), cette même formation de la Cour de cassation a décidé qu'en allouant une provision, "la Cour d'appel, statuant en référé, n'a fait qu'user des pouvoirs qu'elle tient de l'article 873 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile dès lors qu'elle a relevé, par une décision motivée, et dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve qui lui étaient soumis, que l'existence de l'obligation n'était pas sérieusement contestable".

Il n'est pas absolument certain que l'on puisse affirmer que le premier arrêt va dans le sens de l'abandon de tout contrôle de la Cour de cassation sur la notion de contestation sérieuse : en effet, ne résultait-il pas des énonciations de l'arrêt d'appel que l'obligation n'était pas sérieusement contestable ? Le second arrêt rapporté semble bien plus significatif, puisqu'il fait état de l'exercice d'un pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve soumis aux juges du fait (2). On peut toutefois se demander si la terminologie adoptée, à savoir la référence au "pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve", dénote avec certitude la volonté de la Cour de cassation de laisser l'appréciation de la notion de contestation sérieuse aux juges du fait. Car il est rappelé dans chacun de ces arrêts que les Cours d'appel avaient motivé leurs décisions, d'où il résultait que les obligations

(1) Cass. Com., 17 fév. 1987, Bull. IV, n° 44, p. 33.

(2) Rappr. Cass. Civ. 3e, 6 déc. 1977, Bull. III, n° 428, p. 326.

n'étaient pas sérieusement contestables.

L'arrêt précité de la 3e Chambre civile du 6 décembre 1977, adopte des motifs identiques à ceux retenus par la Chambre commerciale en 1986 et 1987 : l'art. 809 "exige seulement la constatation de l'existence d'une obligation non sérieusement contestable comme condition à l'octroi d'une provision au créancier" - et, la Cour d'appel a exercé "son pouvoir souverain d'apprécier le sens et la portée des éléments de preuve à elle soumis". La Cour de cassation ajoute pourtant que compte tenu des énonciations de la décision, l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable et que "la Cour d'appel a ainsi motivé et légalement justifié sa décision".

Il est certain qu'il ne revient pas à la Cour de cassation de critiquer l'appréciation des faits telle que donnée par les juges ; celle-ci relève de leur pouvoir souverain. Mais cette opération réalisée, il appartient aux juges de qualifier les faits qu'ils ont retenus (1) et c'est à la Cour de cassation qu'il revient alors "de rapprocher les faits constatés (...) des dispositions légales visées par les cours et par les tribunaux dans leurs décisions, pour vérifier" la conformité de la qualification adoptée au droit (2) et ainsi, exercer son contrôle.

M. PERDRIAU, qui pense que les décisions rendues par la Chambre

- (1) Comme l'écrit F. GORPHE, "Les décisions de justice", P.U.F., 1952, p. 82, c'est là "la double tâche du juge dans la formation du jugement en général : 1^o fixer la situation de fait concrète aussi exactement que possible ; 2^o trouver le principe de droit adéquat et l'appliquer justement".
- (2) V. J.-F LE CLEC'H, préc., J.C.P. 1948. I. 690.

commerciale en 1986 et 1987 ont jugé inopportun de maintenir le contrôle, constate toutefois que la Cour de cassation est revenue sur cette position dès la fin de l'année 1987 (1).

La Cour de cassation exerce donc un contrôle sur le caractère sérieux ou non de la contestation soulevée ou de l'obligation invoquée.

On peut toutefois s'interroger sur la portée de ce contrôle. Il arrive en effet fréquemment que la Cour de cassation, lorsqu'elle rejette le pourvoi, se contente de rappeler brièvement les constatations et énonciations des juges du fait et approuve la Cour d'appel qui, soit "a pu estimer que" (2), soit "a pu déduire que" (3) la contestation ou l'obligation était ou n'était pas sérieusement contestable (4). D'où le sentiment de l'exercice d'un contrôle léger (5). En réalité, ces formules "expriment l'approbation de la qualification que la Cour suprême reprend à son compte" et révèlent la réalité du contrôle (6). Ce dernier existe "s'il autorise ou commande une cassation ; sinon, il n'existe pas.

- (1) A. PERDRIAU, préc., J.C.P. 1988. I. 3365, n° 25 ; Cass. Com., 8 déc. 1987, Bull. IV, n° 267, p. 200, D. 1988. 52, 1ère esp., note F. DERRIDA ; Cass. Com., 21 déc. 1987, Bull. IV, n° 282, p. 211 ; Cass. Com., 13 nov. 1990, préc. ; Cass. Civ. 2e, 19 juin 1991, Juris-Data n° 911727.
- (2) Cass. Soc., 16 juil. 1987, Bull. V, n° 519, p. 329 ; Cass. Com., 19 janv. 1988, Bull. n° 43, p. 30 et n° 46, p. 32 ; Cass. Civ. 1ère, 26 avr. 1988, Bull. I, n° 115, p. 78 ; Cass. Soc., 5 mai 1988, préc.
- (3) Cass. Civ. 1ère, 11 mars 1986, Bull. I, n° 60, p. 58 ; Cass. Civ. 2e, 27 mai 1988, Bull. II, n° 122, p. 65.
- (4) V. A. PERDRIAU, préc., J.C.P. 1988. I. 3365, n° 26, qui signale que les mots "a pu retenir" sont pareillement utilisés par la Cour de cassation.
- (5) Cf. A. PERDRIAU, préc., J.C.P. 1988. I. 3365, n° 26.
- (6) M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, "La technique de cassation", 2e éd., Dalloz, 1991, p. 67.

Il s'agit donc, par nature, d'un concept unitaire"(1).

Après avoir réalisé une approche de la notion de contestation sérieuse, il est indispensable d'en cerner son domaine d'application ainsi que son rôle.

§ 2. Domaine et rôle de la notion de contestation sérieuse.

"L'absence de contestation sérieuse est conforme à la nature même du référé" (2). Mais ce principe est-il réellement omniprésent ? La réponse à cette question suppose que soit précisé le domaine d'application de la notion, - A -. Ayant délimité le domaine de la notion de contestation sérieuse en référé, nous pourrons en apprécier le rôle, - B -.

A. LE DOMAINE DE LA NOTION DE CONTESTATION SERIEUSE :

La contestation sérieuse réside dans un doute sur le fond du droit. L'amphibologie de ce dernier mot, qui désigne tant le droit subjectif ("prérogative que le droit objectif reconnaît aux individus" et invoquée par eux) que le droit objectif lui-même ("les règles de droit") (3), annonce la

- (1) A. PERDRIAU, "Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de cassation en matière civile", J.C.P. 1991. I. 3538, n° 4-5 et n° 37.
- (2) H. SOLUS, R. PERROT, "Le référé prud'homal", D. 1975. Chron. 191, spéc. p. 194, col. de droite.
- (3) F. TERRE, op. cit., n° 3, p. 2 ; M.-Cl. RONDEAU-RIVIER, préc., Gaz. Pal. 1991. 2. Doctr., 355, spéc. p. 356.

subdivision des développements suivants : la contestation sérieuse sur la situation de fait, - 1 - ; la contestation sérieuse sur la règle de droit, - 2 -.

- 1 - La contestation sérieuse sur la situation de fait :

Le plus souvent, c'est la situation de fait sur laquelle la demande est fondée qui prête à discussion. Tant en matière contractuelle que délictuelle, le juge des référés ordonne les mesures que justifie l'évidence des faits constatés (1). Si en matière contractuelle, les obligations de chacune des parties sont définies (2), en matière délictuelle, les justifications peuvent être plus délicates à réunir, la difficulté provenant de l'absence d'écrit, de preuve préconstituée ou d'engagements réciproques (3).

- (1) Par ex. Amiens, Ch. soc., 7 mai 1974, D. 1975. 263, note J.-Cl. FOURGOUX ; T.G.I. Paris, réf., 7 fév. 1979, préc. : les questions soulevées ne doivent pas relever "à l'évidence d'un débat échappant à la compétence du juge des référés, juge de l'évidence et de la contestation non sérieuse".
- (2) On dispose en effet souvent d'une preuve préconstituée qui permet au Président d'intervenir dans la mesure où elle rend l'obligation non sérieusement contestable, v. par ex. T.G.I. Paris, 30 mai 1975, Gaz. Pal. 1975. 2. somm. 244.
- (3) La matière des accidents de la circulation en fournit un excellent ex. : outre les difficultés d'appréciation des faits susceptibles de déterminer la solution à retenir (cf. Cass. Civ. 2e, 19 juin 1991, préc. : la contestation sur la qualité de piéton de la victime qui a éventuellement été éjectée à la suite du choc a été qualifiée de sérieuse), il ne faut pas négliger le difficile chiffrage du montant de la créance, spécialement au regard du préjudice corporel ou moral. Cependant, dès l'instant où le préjudice, même moral, est reconnu, le principe du versement d'une provision sur l'indemnité due est bien établi en jurisprudence, cf. T.G.I. Nanterre, réf., 25 mars 1975, Gaz. Pal. 1975. 2. somm. 244.

La contestation sérieuse consiste ici en une incertitude sur l'existence ou l'appréciation des faits (1), mais aussi pour ce qui est des conventions, en l'ambiguïté de l'acte : si les termes de la convention impliquent leur interprétation, le Président se heurte à une contestation sérieuse (2). En revanche, une jurisprudence constante admet l'intervention du juge des référés lorsque l'acte est clair (3).

- (1) "Si les faits paraissent évidents, le juge des référés peut statuer ; mais si, au contraire, ils sont sérieusement discutables, au point de vue de leur existence ou de leur portée, il ne peut y avoir lieu à référé" : H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III., n° 1277, p. 1077 et les références ; v. par ex. Cass. Com., 13 nov. 1990, préc. (contestation sérieuse résultant de l'absence d'accord sur le prix dans un contrat de vente) ; Cass. Civ. 2e, 5 avr. 1991, Juris-Data n° 911062 (contestation sérieuse sur la consistance du stock litigieux et sur la détermination du propriétaire actuel des marchandises revendiquées) ; Cass. Civ. 2e, 19 juin 1991, préc. (contestation sérieuse sur la qualité de piéton de la victime d'un accident de la circulation).
- (2) Paris, 5e Ch., 1er fév. 1873, 5e Ch., D.P. 73. 2. 166 ; Aix-en-Provence, 11e Ch., 6 déc. 1973, Gaz. Pal. 1974. 1. 187 ; Cass. Civ. 3e, 16 nov. 1976, Bull. III, n° 405, p. 308 ; Cass. Soc., 9 fév. 1977, préc. ; Cass. Civ. 1ère, 26 avr. 1978, préc. ; Cass. Civ. 3e, 22 janv. 1980, Rev. loyers 1980. 433, note J. V. ; Cass. Civ. 2e, 19 nov. 1980, Bull. II, n° 238, p. 162 ; Cass. Civ. 3e, 10 fév. 1988, Gaz. Pal. 1988. 2. pan. 190 ; Cons. prud. Paris, réf., 28 août 1988, Dr. ouvr. 1988. 479, 3e esp., note M. HENRY, dernier motif ; Paris, 14e Ch. A, 22 mars 1989, Juris-Data n° 020869 ; Limoges, 2e Ch., 18 déc. 1991, Bull. inf. C. cass. 1er mai 1992, n° 837, p. 55 ; Cass. Civ. 3e, 25 nov. 1992, Bull. III, n° 310, p. 190, J.C.P. 1993. IV. 38, n° 332. Adde Ph. BERTIN, préc., v° "Référez civil", n° 152 ; J.-F. BOIRON, Rép. pr. civ. Dalloz, v° "Référez commercial", n° 34 ; Ch. CEZAR-BRU, P. HEBRAUD, J. SEIGNOLLE, par G. ODOUL, op. cit., t. I, n° 335, p. 501, 1 ; R. ROUSSEAU, LAISNEY, op. cit., v° "Référez", n° 66 et 84. H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III., n° 1277, p. 1076 et les références. Notons toutefois qu'en matière de difficultés d'exécution d'un jugement, il n'était pas interdit au juge des référés "d'interpréter au besoin une décision en éclairant par ses motifs la portée de son dispositif", v. Cass. Civ. 1ère, 24 fév. 1987, J.C.P. 1987. IV. 152.
- (3) V. dernièrement, Cass. Civ. 1ère, 18 nov. 1992, Bull. I, n° 279, p. 182. V. aussi infra, p. 123, note (1).

L'existence d'une contestation sérieuse portant sur les faits vise ainsi toutes les hypothèses où le juge du provisoire est "amené à prendre parti sur l'existence des droits revendiqués que les juges appelés à connaître du fond du litige auraient à apprécier", alors même que les circonstances de fait desservent le droit invoqué à l'appui de la demande (1).

Il en résulte l'impossibilité d'établir une systématisation type des hypothèses où la contestation sérieuse porte sur les faits. L'analyse de la jurisprudence dégage cependant des lignes de force qui révèlent un principe, certes aléatoire, mais qui domine la question : le juge des référés se heurte à une contestation sérieuse qui l'empêche d'apprécier provisoirement les droits et les titres des parties dans tous les cas dans lesquels les conditions d'application de la loi qui régit le droit ou le titre controversé ne sont pas réunies de façon indiscutable (2).

Une application de cette idée peut être illustrée par la difficulté qu'il y a parfois à apprécier des faits susceptibles ou non de donner lieu à l'allocation d'une provision : le 8 mars 1974, le T.G.I. de Paris a estimé que l'action fondée sur l'art. 1384 c. civ. rend le principe de la créance non sérieusement contestable (3). Aurait-il fallu énoncer davantage d'éléments de fait pour soutenir le caractère incontestable de

(1) Cass. Com., 6 mars 1985, Bull. IV, n° 91, p. 80, Gaz. Pal. 1985. 2. pan. 206, note S. GUINCHARD, T. MOUSSA.

(2) V. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1979. 655-656.

(3) T.G.I. Paris, réf., 8 mars 1974, préc.

la créance (1) ? S'interroger plus avant sur le fond pourrait gêner le juge du principal ultérieurement saisi, pour qui il serait délicat "d'évaluer les dommages-intérêts à un montant moins élevé que celui de la provision" (2).

En réalité, ce qui est essentiel, c'est que l'ordonnance rendue par le juge soit suffisamment motivée, de manière à caractériser sans équivoque l'existence ou l'absence d'une contestation sérieuse et à permettre l'exercice du contrôle de la Cour de cassation sur la qualification retenue.

Si l'interprétation des faits peut donner lieu à des difficultés exclusives de l'intervention du juge des référés, en est-il de même de l'interprétation des règles de droit ?

- 2 - La contestation sérieuse sur la règle de droit :

Lorsque le sens et la portée de la règle de droit applicable à l'espèce sont incertains ou controversés, le doute qui en résulte suffit-il à créer une contestation propre à exclure l'intervention du juge des référés ?

M. NORMAND estime que la question peut choquer "et d'ailleurs, elle a choqué l'un des Vices-Présidents du Tribunal de Grande Instance de Paris lequel déclare dans une ordonnance du 22 décembre 1976, "si l'interprétation d'un contrat est de la compétence du juge du fond, l'interprétation d'une loi, par

(1) CROQUEZ, "Les provisions accordées en référé", cité par G. DURRY, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1974. 614.

(2) G. DURRY, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1974. 614.

contre, est de la compétence de tout juge appelé à l'appliquer" (1). Cette affirmation s'accorde avec l'art. 4 c. civ. qui déclare 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". Pourtant, la spécificité des référés et en particulier l'interdiction faite au Président de trancher une contestation sérieuse, ne doit-elle pas exclure dans une telle hypothèse toute initiative de la part de ce magistrat (2) ?

La réponse délivrée par la Cour de cassation est catégorique et constante : les points de droit n'échappent pas à la réserve de la contestation sérieuse (3). La solution doit inciter le juge des référés à observer une grande prudence dans le maniement de textes sur lesquels "le temps n'a pu

- (1) J. NORMAND, Rapport au Coll. Pau, Cahiers de l'Université, 1979, p. 64 ; T.G.I. Paris, réf., 22 déc. 1976, D. 1977. 447, Gaz. Pal. 1977. 1. 113.
- (2) C'est la solution préconisée par la 1ère Ch. de la Cour d'appel de Rennes le 6 mars 1974, Gaz. Pal. 1974. 1. 431, 1ère esp., note J.-R. BONNEAU.
- (3) Cass. Com., 16 nov. 1971, Bull. IV, n° 278, p. 261, D. 1972. 227, note A. HONORAT ; Cass. Soc., 6 nov. 1974, Bull. V, n° 524, p. 494, J.C.P. 1975. II. 18188, obs. D. BERRA, Dr. soc. 1975. 120, note J. SAVATIER ; Cass. Soc., 4 mars 1976, Bull. V, n° 140, p. 114 ; Cass. Civ. 3e, 4 janv. 1979, J.C.P. 1979. IV. 81 et Cass. Civ. 3e, 7 fév. 1979, J.C.P. 1979. IV. 125, Rev. trim. dr. civ. 1979. 658, obs. J. NORMAND ; Cass. Soc., 10 oct. 1979, Bull. V, n° 709, p. 522, D. 1980. I.R. 346, J.C.P. 1979. IV. 371 ; Cass. Soc., 11 déc. 1980, Bull. V, n° 893, p. 660, J.C.P. 1981. IV. 80 ; Cass. Com., 9 oct. 1984, Bull. IV, n° 257, p. 211, J.C.P. 1984. IV. 347 ; Cass. Civ. 3e, 26 fév. 1986, J.C.P. 1986. IV. 128 ; Cass. Soc., 4 mars 1987, Bull. V, n° 101, p. 65 ; v. H. CROZE, Ch. MOREL, "Procédure civile", P.U.F., 1988, n° 318, p. 302 ; P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 76, p. 63 ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1277, p. 1077.

encore accomplir son oeuvre de décantation" (1). Elle comporte néanmoins un inconvénient majeur qui réside dans ce noeud gordien de la contestation sérieuse : où commence la contestation sérieuse mettant obstacle au pouvoir du juge ? A partir de quand la difficulté est-elle suffisamment importante s'agissant de l'interprétation à donner d'un texte ?

Bien sûr, la jurisprudence de la Cour de cassation permet d'établir la ligne de crête des règles qu'elle place au-delà de toute discussion (2) ; mais il n'en demeure pas moins qu'entre les règles qui sont certaines et celles qui ne le sont à l'évidence pas, il y a place à une discussion chaque fois que l'interprétation d'un texte ne fait pas l'unanimité. On peut ainsi se trouver confronté à deux solutions opposées mais tout aussi défendables l'une que l'autre (3), ou constater que parfois, la Cour de cassation adopte une position contraire à celle à laquelle on aurait pu songer (4).

(1) J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1979. 658-659.

(2) M.-Cl. RONDEAU-RIVIER, préc., Gaz. Pal. 1991. 2. Doctr., 355, spéc. p. 357, qui cite en ex. Cass. Soc., 17 déc. 1986, Bull. V, n° 606, p. 459 ; cet arrêt vise l'art. L. 424-1 c. trav. qui prescrit l'obligation de payer à l'échéance normale le temps alloué pour l'exercice de leurs fonctions aux délégués du personnel. La Cour de cassation décide que cet art. "ne dispense pas les bénéficiaires de ce versement de justifier de l'utilisation faite du temps pour lequel ils ont été payés", contrairement à ce qu'avait décidé la Cour d'appel, pour qui la portée de cette disposition quant à la charge de la preuve était sujette à contestation sérieuse.

(3) V. D. BERRA, note sous Cass. Soc., 6 nov. 1974, préc., à propos de la procédure de licenciement applicable en cas de cumul des fonctions de membre du comité d'établissement et de délégué syndical ; v. également J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1979. 658, qui se demande si en l'espèce il y avait vraiment à hésiter sur la solution à adopter.

(4) V. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1979. 657.

Néanmoins, le fait de retenir ici l'absence de contestation sérieuse comme critère de pouvoir du juge des référés permet de porter rapidement à la connaissance de la Cour de cassation les litiges qui relèvent de l'application de textes nouveaux susceptibles de controverses. En effet, "l'interprétation du juge des référés précède parfois celle des juges du fond après la promulgation de lois nouvelles" (1). Obtenir promptement l'interprétation de la Cour de cassation est un avantage certain. Mais la Haute juridiction s'y prête-t-elle invariablement ? La Cour de cassation peut en effet censurer une décision, sans pour autant se prononcer immédiatement sur l'interprétation exacte qu'il convient de donner à la règle de droit incertaine. Plusieurs décisions sont en ce sens (2).

Lorsque la Cour de cassation casse pour violation de la loi, les choses sont claires et il n'y a pas lieu à dissenter davantage sur le sens de sa décision. Mais lorsqu'elle censure sur le fondement de la contestation sérieuse, peut-on affirmer sans risque d'erreur que la Cour désapprouve implicitement

(1) J.-P. ROUSSE, préc., Gaz. Pal. 1972. 2. Doctr., 539, spéc. p. 540 ; v. également J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1987. 794, à propos de l'insertion des référés dans la procédure spéciale de transaction des art. 12 et s. de la loi du 5 juil. 1985 relative aux accidents de la circulation ; rappr. M.-Cl. RONDEAU-RIVIER, préc., Gaz. Pal. 1991.

(2) 2. Doctr., 355, spéc. p. 356, col. de droite.
Cass. Soc., 7 fév. 1979 et Cass. Civ. 3e, 4 janv. 1979, préc. ; v. aussi Cass. Com., 16 nov. 1971, préc.

La saisine pour avis de la Cour de cassation instituée par la loi n° 91-491 du 15 mai 1991, J.O. du 18 mai, p. 6790 et le décret n° 92-228 du 12 mars 1992, J.O. du 14 mars, p. 3690 est un nouvel élément intéressant, mais "seule l'expérience nous dira son efficacité", v. A.-M. MORGAN DE RIVERY-GUILAUD, "La saisine pour avis de la Cour de cassation", J.C.P. 1992. I. 3576.

l'interprétation adoptée par les juges du fait ? En réalité, il semble bien qu'il faille conserver ici cette distinction : si la Cour de cassation censure la décision qui lui est déférée pour violation ou fausse application de la loi, elle fixe l'interprétation à donner à la règle de droit discutée (1) ; si la Cour de cassation désapprouve la décision des juges du fait en ce qu'elle a tranché une contestation sérieuse, elle réserve son interprétation tout en sanctionnant le juge des référés pour s'être avancé sur un terrain encore trop incertain (2).

Le demandeur peut donc se voir opposer une contestation sérieuse, tant sur la situation de fait que sur la règle de droit applicable.

L'importance de la notion conduit enfin à s'interroger sur le rôle qu'elle tient dans l'exercice de la juridiction présidentielle.

B. LE ROLE DE LA NOTION DE CONTESTATION SERIEUSE :

Il est fréquent de rencontrer des décisions, voire des commentaires d'auteurs qui lient les notions de contestation sérieuse et de compétence. Or, il s'agit d'une

(1) V. par ex. Cass. Soc., 7 fév. 1989, Bull. V, n° 93, p. 56.

(2) V. J. NORMAND, Rapport au Coll. Pau, Cahiers de l'Université, 1979, p. 64-65 et spéci. p. 144, note (46). V. cep. S.G. BOUZAMEL, "La condition d'urgence et la notion de contestation sérieuse", AL-ADL, Rev. du barreau des avocats de Beyrouth, 1967, p. 11 et s., spéci. p. 16 : on peut se demander "si la censure prononcée pour parti pris dans une contestation sérieuse ne dissimule pas, en réalité, une cassation pour violation ou fausse application de la loi".

question de pouvoirs.

A côté de la compétence territoriale qui permet la répartition des juridictions suivant leur aire géographique, la compétence d'attribution détermine l'aptitude d'une juridiction à connaître d'un procès en fonction de l'objet du litige (1).

Quant au pouvoir, il détermine les cas dans lesquels le Président peut statuer en référé (2).

La notion de contestation sérieuse est ainsi un critère de pouvoirs du juge du provisoire.

L'analyse de ces pouvoirs relève déjà de l'application de la notion étudiée et donc de la seconde section. Mais l'affirmation de la qualification de "critère de pouvoir" de la notion de contestation sérieuse permet d'apprécier pleinement le rôle qu'elle est amenée à tenir et rejaillit directement sur l'appréhension de l'institution des référés.

Nous avons eu l'occasion de relever que la contestation sérieuse n'est pas toujours un obstacle à l'intervention du juge des référés (3). Mais le degré de sérieux de cette contestation est un guide obligé :

- en l'absence de contestation sérieuse, le Président déduit toutes les conséquences de fait et de droit de la

(1) V. G. COUCHEZ, op. cit., n° 48, p. 32 ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1303, p. 1103 ; J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit., n° 108, p. 120.

(2) V. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1983. 781 et 1985. 438 ; J. VIATTE, préc., Gaz. Pal. 1976. 2. Doctr., 709, col. de gauche ; Cass. Civ. 3e, 19 mars 1986, préc.

(3) V. supra, p. 66.

situation qui lui est soumise. Par là-même, on accroît certes dans les faits la force du préjugé (1), mais l'ordonnance de référé n'étant pas nécessairement la vérité (l'apparence n'est pas forcément la réalité), la prudence est de règle. Elle ne suffit cependant pas toujours. N'oublions pas que l'ordonnance de référé est exécutoire de droit, sans caution (2). Aussi, le caractère provisoire de la décision de référé constitue-t-il un garde-fou supplémentaire ;

- en présence d'une contestation suffisamment sérieuse, le Président n'estime pas systématiquement n'y avoir lieu à référé. Il peut ordonner des mesures conservatoires en se fondant sur des considérations d'opportunité déduites de l'observation de la situation apparente (3). Ce qui est capital en la matière, c'est la nécessité d'une décision quasi instantanée compte tenu de la situation litigieuse. La rapidité de son action fait du Président le juge de l'immédiat (4).

La mesure des pouvoirs du juge des référés au gré de l'importance de la contestation rencontrée se retrouve dans les textes. Voyons alors quelles sont les différentes applications de la notion de contestation sérieuse.

(1) Cf. supra, p. 72, in fine, p. 73.

(2) Certains (v. par ex. Annexe I, question n° 10) souhaitent la possibilité d'arrêter l'exécution provisoire de droit. Sur l'ensemble de la question, v. infra, p. 474.

(3) V. P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, note sous Cass. Civ., 10 nov. 1947, préc., spéc. p. 533.

(4) Un indice complémentaire de cette caractéristique propre à la procédure de référé tient à la date à laquelle le juge doit se placer pour apprécier l'existence du trouble manifestement illicite et du dommage imminent de l'art. 809 nouv. c. pr. civ. : le juge du provisoire statue en fonction des éléments à la date à laquelle il rend sa décision, v. infra, p. 257 et s.

S E C T I O N 2

Les applications de la notion de contestation sérieuse

L'influence de la notion de contestation sérieuse sur la portée de l'action du magistrat ou son inaptitude à intervenir est considérable. Aussi, reprenons la distinction fondamentale précédemment énoncée : l'existence d'une contestation est tantôt un obstacle aux pouvoirs du juge du provisoire, - § 1 -, tantôt une condition justifiant le recours à la procédure de référé, - § 2 -.

§ 1. La contestation sérieuse, obstacle aux pouvoirs du juge du provisoire.

La notion de contestation sérieuse constitutive d'un obstacle à l'intervention du juge figure dans le texte de l'art. 808, première branche nouv. c. pr. civ., - A -. Elle apparaît également dans les art. 809, al. 2 nouv. c. pr. civ. et 5-1 c. pr. pén., dans des termes certes légèrement distincts de ceux retenus à l'art. 808, mais dont la signification est identique, - B -.

A. L'ARTICLE 808, 1ère BRANCHE, DU NOUVEAU CODE DE PROCEDURE CIVILE :

La contestation sérieuse est, aux termes mêmes du

texte, un obstacle à la demande (1). On la retrouve aux côtés de la traditionnelle condition d'urgence. L'art. 808 constitue le texte de base en matière de référés et peut être qualifié de "référez classique en cas d'urgence" (2) ou de "cas général de référé" (3). Son domaine est si vaste et si mal délimité (4), sa situation dans le Chapitre du nouveau Code consacré aux ordonnances de référé tellement privilégiée, qu'il paraît coiffer l'ensemble de la matière.

De par son contenu, le texte de l'art. 808, première branche, n'est cependant pas une innovation (5) et nous pouvons renvoyer à ce qui a déjà été dit à propos de la notion de contestation sérieuse (6).

L'importance pratique grandissante des référés spéciaux a toutefois amoindri le rôle de ce texte (7). Il conserve cependant son utilité, moins comme "guide" des autres référés

- (1) V. Ph. BERTIN, "Le roi d'Araucanie-Patagonie et la contestation sérieuse en matière de référés", *Gaz. Pal.* 1983. 1. *Doctr.*, 127 ; v. également le Rapport de la Cour de cassation pour l'année 1984, n° 5, spéc. p. 115 : "Malgré l'extension des pouvoirs du juge des référés (...) il n'en demeure pas moins que le juge des référés doit se déclarer incompétent - ou, mieux, renvoyer devant le juge du principal - lorsque la contestation lui apparaît sérieuse".
- (2) Ph. BERTIN, préc., v° "Référez civil", n° 142.
- (3) Par opposition aux "référés spéciaux" des art. 145 ou 809 nouv. c. pr. civ., dont l'autonomie a été proclamée par rapport aux conditions d'urgence et de contestation sérieuse visées à l'art. 808.
- (4) Cf. Ph. BERTIN, préc., *Gaz. Pal.* 1983. 1. *Doctr.*, 127, spéc. p. 128, col. de gauche.
- (5) V. E. BLANC, J. VIATTE, "Nouveau Code de procédure civile commenté", *L.J.N.A.*, 1977, art. 808.
- (6) V. supra, p. 92 (Section 1).
- (7) Cf. A. BLAISSE, "Quo Vadis référé?", *J.C.P.* 1982. I. 3083, spéc. n° 8 et s.

que comme complément à la protection des droits (1).

Les référés spéciaux peuvent certes apparaître comme une extension du référé de l'art. 808, première branche : ils semblent en effet permettre l'intervention du juge des référés dans les hypothèses où sur le fondement de l'art. 808 la concision de la formule (parfois alliée à la timidité du juge) aurait restreint l'action du Président (par ex. le référen-provision). Mais l'art. 808, première branche, autorise l'intervention du Président dans des cas où les référés spéciaux n'y suffiraient pas.

Sans vouloir prétendre à l'exhaustivité, le nombre des décisions rendues sur le fondement de l'art. 808, première branche, étant innombrable (2), certaines d'entre elles illustrent utilement ces propos :

ainsi, ne se heurte pas à une contestation sérieuse et relève du seul art. 808 (faute de trouble manifestement illicite et de dommage imminent (3)), la nomination d'un administrateur provisoire lorsqu'il s'agit d'une simple mesure d'information. Dans une telle hypothèse, le juge des référés n'est pas amené à se prononcer sur l'existence des droits revendiqués (4).

(1) Par ex. pour obtenir l'expulsion d'un locataire dont le bail a pris fin (et non l'expulsion de squatters qui peut être poursuivie sur le fondement du trouble manifestement illicite, v. A. BLAISSE, préc., J.C.P. 1982. I. 3083, n° 9) ; v. aussi Cass. Civ. 1ère, 21 juin 1989, Bull. I, n° 252, p. 168.

(2) Pour davantage d'exemples, v. E. BLANC, J. VIATTE, op. cit., art. 808.

(3) Sur ces notions, v. infra, p. 193 et s.

(4) Cass. Civ. 2e, 27 mai 1974, Gaz. Pal. 1974. 2. 790 ; v. aussi Cass. Civ. 3e, 15 janv. 1975, Bull. III, n° 17, p. 13. La nomination d'un administrateur provisoire peut être demandée sur le fondement de l'art. 808 (cf. Cass. Com., 17 janv. 1989, Bull. IV, n° 28, p. 17), mais en cas de mise en péril des intérêts de la société, le recours à l'art. 809 devient possible (v. Cass. Com., 17 oct. 1989, Bull. IV, n° 250, p. 168 ; application de l'art. 873).

De la même manière, le Président peut fonder sa décision sur les clauses claires et précises d'une convention (1) ou encore réintégrer un salarié protégé licencié malgré le refus d'autorisation par l'inspecteur du travail (2).

Inversement, le juge des référés ne peut se prononcer sur l'interprétation à donner à une clause conventionnelle (3) ou sur la validité d'un bail (4).

Il ne peut davantage demander à un expert de fixer les responsabilités tout en examinant le matériel mis en cause (5), ou écarter la force majeure invoquée par le locataire pour faire obstacle à l'acquisition de la clause résolutoire insérée à un contrat de bail pour défaut de paiement des loyers (6).

L'art. 808, première branche, cède pourtant du

- (1) Par ex. Nancy, 2e Ch., 30 mai 1947, S. 1948. 2. 43 ; Cass. Civ. 2e, 30 juin 1960, préc. ; Cass. Com., 10 fév. 1969, Bull. IV, n° 50, p. 52 ; T.G.I. Mâcon, réf., 29 mai 1973, préc. ; Cass. Civ. 2e, 23 juin 1976, Bull. II, n° 206, p. 161 ; Cass. Civ. 3e, 19 déc. 1983, Bull. III, n° 265, p. 202 ; Cass. Civ. 1ère, 7 fév. 1984, Bull. I, n° 52, p. 45 ; Cass. Soc., 7 mai 1987, Bull. V, n° 274, p. 177 ; Cass. Com., 22 janv. 1991, préc. ; Cass. Civ. 1ère, 18 nov. 1992, préc. ; adde B. LYONNET, "Les pouvoirs du juge des référés en fonction des notions de contestation sérieuse et d'apparence de droit", Rev. jurisp. com. 1975. 3., spéc. p. 8-9. Il faut toutefois préciser que c'est le Président qui "apprécie si un acte doit être interprété ou non", v. P. VENCE, op. cit., p. 59.
- (2) L'attitude d'une partie du personnel hostile à la réintégration d'un salarié protégé n'autorise pas l'employeur à se soustraire à ses obligations et ne peut donc constituer un obstacle à cette réintégration, v. Cass. Soc., 7 juil. 1988, Bull. V, n° 432, p. 279 ; rappr. Cass. Soc., 29 nov. 1979, Bull. V, n° 930, p. 681.
- (3) V. supra, p. 111, note (2).
- (4) Cass. Civ. 1ère, 4 déc. 1984, Bull. I, n° 325, p. 277, Rapport de la Cour de cassation, Année 1984, n° 5, spéc. p. 115.
- (5) Cass. Civ. 2e, 19 déc. 1973, Bull. II, n° 339, p. 276, J.C.P. 1974. II. 17790, obs. Y. ASSOULINE.
- (6) Cass. Civ. 3e, 19 fév. 1975, Bull. III, n° 72, p. 55.

terrain aux référés spéciaux guidés par la même notion de contestation sérieuse.

B. L'OBLIGATION NON SERIEUSEMENT CONTESTABLE DES REFERES SPECIAUX :

Ces référés sont, d'une part, le référé-provision, - 1 - ; d'autre part, le référé-injonction, - 2 -.

- 1 - Le référé-provision :

Affirmé par l'art. 178-XV du décret n° 73-1122 du 17 décembre 1973 (1), le pouvoir d'allouer une provision au créancier dont l'obligation n'est pas sérieusement contestable figure aujourd'hui à l'art. 809, al. 2 du nouveau Code. La pratique a rapidement baptisé le procédé nouveau "référé-provision" (2).

L'origine de cette procédure particulière réside dans la volonté de rétablir la confiance des plaideurs dans la Justice (3). L'octroi par avance d'une somme d'argent à une victime

(1) J.O. du 22 déc. 1973, p. 13660, spéc. p. 13670 ; sur la mise en place progressive de ce référé devant toutes les juridictions présidentielles de l'ordre judiciaire, v. H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1293 et s., p. 1094 et s. ; v. aussi supra, p. XV, note (4).

(2) On peut néanmoins se demander si les magistrats, avec plus d'audace, n'auraient pas pu admettre ce type de référé dès avant la réforme, cf. infra, p. 131 et s.

(3) Mais aussi "décourager les débiteurs retors en leur interdisant de prendre le maquis de la procédure pour échapper à leurs obligations", v. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1981. 680 ; v. également J.-M. DESJARDINS, "Le référé-provision", in Journée d'étude, T.G.I. Paris, 1983.

constitue un remède à la longueur des procès (1). Les accidents de la circulation (surtout depuis la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 (2)) et la construction immobilière (3) sont des domaines privilégiés pour le référé-provision.

Mais en vérité, une demande de provision peut être introduite en référé dans toutes les matières, que l'obligation soit d'origine conventionnelle (4), délictuelle, quasi-délictuelle ou légale (5).

Le référé-provision a même fait l'objet d'une application de nature à favoriser un plus grand respect des droits de la défense : afin de "donner aux victimes de

- (1) Cf. G. COUCHEZ, op. cit., n° 58, spéc. p. 41 ; J. VINCENT, préc., in Mél. P. KAYSER, P.U. Aix-Marseille, 1979, t. II, p. 417 ; Aud. sol. de Rentrée Paris, Ile-de-France et autres, Gaz. Pal. 4 avr. 1989. V. cep. en matière de procédure d'ordre, infra, p. 500 et s.
- (2) J.O. du 4 juil. 1985, p. 7584 ; v. aussi T.G.I. Châteauroux, réf., 2 août 1985, J.C.P. 1985. II. 20476, obs. F. CHABAS ; J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1987. 794 ; J.-P. ROUSSE, "Le pouvoir du juge des référés d'accorder une provision au créancier dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable", Gaz. Pal. 1975. 1. Doctr., 13.
- (3) La mise en oeuvre de la responsabilité des professionnels concernés (architectes, entrepreneurs, bureau d'études, S.C.I. venderesse, promoteur) est facilitée par le jeu de présomptions (v. art. 1792 c. civ.) et par l'examen d'un rapport technique ; v. P. LEBATTEUX, "La protection de l'acquéreur immobilier par la pratique du référé-provision", Gaz. Pal. 1976. 2. Doctr., 584 ; A. CASTON, "Le référé-provision et la responsabilité des constructeurs", A.J.P.I. 1976. 498, spéc. p. 500.
- (4) Tous les contrats, sous réserve de leur clarté, peuvent servir de base à une demande de provision, v. J.-M. DESJARDINS, préc., in Journée d'étude, T.G.I. Paris, 1983, p. 8 ; v. aussi H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1296, p. 1096.
- (5) V. J.-P. ROUSSE, préc., Gaz. Pal. 1975. 1. Doctr., 13.

désordres incontestables les moyens effectifs de participer pleinement au discours technique dans le cadre par définition contradictoire de l'expertise", une ordonnance rendue par l'un des juges des référés du T.G.I. de Paris leur a accordé une provision pour faire face aux frais d'assistance d'un conseil technique (1). La solution est opportune, puisqu'elle garantit l'équilibre des moyens des plaideurs devant le juge (2). Il faut immédiatement préciser que la demande d'une telle provision doit être justifiée, en ce sens que l'assistance du conseil technique doit être réellement nécessaire (3).

Quant au fondement juridique de cette nouvelle provision ad litem, l'ordonnance rapportée estime que les frais de conseil technique sont dus par le défendeur car ils ont "leur seule origine dans l'existence des désordres considérés". S'il n'est pas douteux que le responsable des malfaçons constatées soit le constructeur, il est moins certain que les frais en cause entrent "en tant que tels parmi les chefs de

(1) T.G.I. Paris, réf., 11 janv. 1984, Gaz. Pal. 1984. 1. 266, note Ph. BERTIN, Rev. trim. dr. civ. 1984. 553, obs. J. NORMAND.

(2) Cf. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1984. 553.

(3) V. Ph. BERTIN, note sous Paris, 19e Ch. A, 26 mai 1986, Gaz. Pal. 1986. 1. 386 ; l'arrêt précise que "si aucun principe juridique ne paraît certes, s'opposer au principe d'une indemnité provisionnelle destinée à permettre de faire face aux frais d'assistance technique d'une partie au profit de qui l'obligation de la partie adverse n'est pas sérieusement contestable, sur le fondement de l'art. 809, alinéa 2, nouv. c. pr. civ., c'est à la condition que la nécessité de l'assistance d'un tel conseil technique ne soit pas elle-même sérieusement contestable", preuve qu'il appartient au demandeur de rapporter.

préjudice dont le responsable doive réparation" (1). Il s'agit d'une provision sur frais en principe irrépétibles et non d'une provision sur les frais de procédure qu'il revient normalement au demandeur d'avancer (2). On pourrait aussi songer à des dommages-intérêts pour résistance abusive (3).

Le cadre naturel de ces frais paraît être l'art. 700 nouv. c. pr. civ., qui traite des frais irrépétibles. Certes, une difficulté pourrait surgir du fait du lien qu'établit la Cour de cassation entre les frais de l'art. 700 et la condamnation aux dépens (4). De plus, il s'agirait ici d'anticiper et non de couvrir "les frais exposés" suivant les termes de l'art. 700.

Néanmoins, dès l'instant où l'on sait déjà qui va succomber dans ses prétentions, il n'est aucune raison dirimante de refuser d'allouer une provision sur frais irrépétibles (5).

- (1) L'obligation du constructeur ayant pour objet de rétablir la situation précédemment troublée, v. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1984. 553.
- (2) V. Ph. BERTIN, note sous T.G.I. Paris, réf., 11 janv. 1984, préc. Ces frais n'entrent donc pas dans la catégorie des dépens, cf. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1984. 553.
- (3) La Cour de cassation estimait récemment encore que cette solution excédait les pouvoirs du juge des référés (Cass. Civ. 3e, 10 déc. 1980, Bull. III, n° 193, p. 144, Gaz. Pal. 1981. 1. 287, note J. VIATTE, Rev. trim. dr. civ. 1981. 680, obs. J. NORMAND), mais une évolution s'est produite et aujourd'hui la Cour de cassation reconnaît au juge du provisoire le pouvoir de prononcer une condamnation à des dommages-intérêts pour procédure abusive, cf. Cass. Civ. 1ère, 16 déc. 1986, Bull. I, n° 308, p. 293 ; v. infra, p. 619, in fine, et s.
- (4) C'est le raisonnement que suit la Cour d'appel de Paris, 19e Ch. A, 26 mai 1986, préc. Adde infra, p. 607, - 1 -.
- (5) De même que l'on peut admettre une provision sur les dépens, cf. T.G.I. Paris, 19 nov. 1984, Rev. trim. dr. civ. 1985. 436, obs. J. NORMAND.

On peut supposer que la solution retenue par la Cour d'appel de Paris en 1986 et qui tend à admettre le principe d'une telle provision sur le fondement de l'art. 809, al. 2 du nouveau Code, procède de la volonté de freiner une extension trop rapide de ce type de provision (1).

Mais la position de la Cour n'est pas totalement satisfaisante, car la provision doit trouver sa source dans une obligation non sérieusement contestable. Or, si cette obligation ne concerne ni le fond, ni les dépens, il faut bien se tourner vers l'art. 700, voire vers les dommages-intérêts pour résistance abusive (2).

On peut penser que la démarche fondée sur l'art. 700 et guidée par l'équité est plus souple et d'application plus aisée que l'abus de procédure de l'art. 1382 c. civ.

Le risque lié à une extension inconsidérée de la pratique de cette provision ad litem est-il d'ailleurs bien réel dès l'instant où un contrôle s'exerce sur l'appréciation du caractère incontestablement nécessaire de l'assistance d'un conseil ?

L'extension du domaine du référé-provision est telle qu'elle a également entraîné la modification de la procédure administrative contentieuse qui, depuis le décret du 2 septembre 1988 (3), reconnaît aux Présidents des juridictions

(1) C'est "le souci de maintenir ces anticipations dans des limites raisonnables", v. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1986. 632.

(2) V. aussi J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1986. 632.

(3) Décret n° 88-907 du 2 sept. 1988, J.O. du 3 sept., p. 11253, modifié par le décret n° 89-641 du 7 sept. 1989, J.O. du 10 sept., p. 11494.

administratives le pouvoir "d'accorder une provision au créancier qui a saisi le tribunal ou la cour d'une demande au fond lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable" (aujourd'hui, art. R. 129 c. trib. adm.). Certains Présidents n'avaient pas attendu ce texte pour allouer une provision (1), mais, en règle générale, l'interdiction de porter préjudice au principal poussait les juges à rejeter toute demande en ce sens (2).

Depuis la réforme, il n'y a plus d'obstacle au fonctionnement du référé-provision en droit administratif (3), soit que l'on accorde la somme non contestée par le défendeur tout en prescrivant une expertise pour déterminer le montant du surplus réclamé mais contesté (4), soit qu'il résulte des pièces du dossier que l'obligation n'est pas sérieusement contestable (5).

La pratique du référé-provision paraît toutefois limitée devant

- (1) Par ex. T. adm. Lyon, réf., 5 avr. 1979, Gaz. Pal. 1979. 2. 581, qui s'inspire "des principes découlant de l'art. 809, alinéa 2 nouv. c. pr. civ.".
- (2) Par ex. T. adm. Strasbourg, réf., 26 oct. 1987, inédit, n° 87-1713 : la condamnation à "verser une provision, est, par nature, une mesure préjudiciable au principal".
- (3) V. T. adm. Paris, réf., 14 déc. 1989, A.J.D.A. 1990. 190, note J.-Y. PLOUVIN.
- (4) T. adm. Paris, réf., 29 janv. 1990, inédit, n° RAP 90-00352/6 ; v. également sur l'absence de contestation élevée par le défendeur : T. adm. Paris, réf., 14 mars 1989, inédit, n° RA 89-01625/6 ; T. adm. Paris, réf., 7 juin 1989, inédit, n° RA 89-04541/6 ; T. adm. Paris, réf., 22 janv. 1990, deux esp., inédits, n° RAP 88-11565/6 et n° RAP 88-11567/6 ; pour une application du référé-provision en matière de responsabilité de l'Etat en raison du refus de concours de la force publique pour assurer l'exécution d'une décision judiciaire d'expulsion de locataires, v. T. adm. Paris, réf., 15 janv. 1990, inédit, n° RA 89-11610/6.
- (5) Par ex. T. adm. Paris, réf., 21 juin 1989, inédit, n° RA 89-04441/6.

le juge administratif (1), bien que le procédé résulte désormais expressément des textes (2).

Dans l'ordre judiciaire, le succès du référé-provision ne se dément pas (3). Il est dû en grande partie à la souplesse de ses conditions d'application. Ainsi, l'urgence, après quelques hésitations, n'est plus exigée dans le cadre de l'art. 809, al. 2 nouv. c. pr. civ. (4).

Le Premier Président de la Cour d'appel ne dispose pas, quant à lui, d'un tel secours d'origine réglementaire. Si

- (1) Cf. R. VIARGUES, "Le référé-provision devant le juge administratif : bilan d'une première année", Rev. fr. dr. adm. 1990. 345 ; A. GUIHAL, "L'amélioration des procédures d'urgence devant le tribunal administratif", Rev. fr. dr. adm. 1991. 812, spéc. p. 817.
- (2) On peut se demander si ce difficile démarrage est dû à une mauvaise utilisation du référé-provision ou s'il résulte de la nécessité de saisir simultanément le juge du fond, ce qui peut constituer une entrave au développement de ce référé, cf. supra, p. 39.
- (3) V. par ex. A. MARON, op. cit., n° 40, p. 104 ; Aud. sol. de rentrée du T.G.I. de Paris, 11 janv. 1989, discours de M. DIET, les ordonnances de référé-provision représentent 52 % des décisions rendues en référé ; le pourcentage atteint 70 % au T. com. de Bobigny, v. Audiences solennelles de Rentrée-Paris, Ile-de-France et autres, Gaz. Pal. 4 avr. 1989 ; G. PLUYETTE, note sous T.G.I. Paris, réf., 3 août 1983, Gaz. Pal. 1983. 2. 558.
- (4) Cass. Civ. 1ère, 4 nov. 1976, Gaz. Pal. 1977. 1. 352 ; Cass. Civ. 3e, 6 déc. 1977, préc. ; Cass. Civ. 2e, 18 janv. 1978, Bull. II, n° 20, p. 16 ; Cass. Civ. 3e, 31 mai 1978, Bull. III, n° 235, p. 179 ; G. COUCHEZ, "Le référé-provision : mesure ou démesure ?", in Mél. P. RAYNAUD, Dalloz-Sirey, 1985, p. 161, spéc. p. 165 ; J.-M. DESJARDINS, préc., in Journée d'étude, T.G.I. Paris, 1983, p. 3 ; P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 106, p. 86 ; J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1977. 361 et 1978. 713 ; J.-P. ROUSSE, "Feu l'urgence dans le référé provision", Gaz. Pal. 1977. 2. Doctr., 563 ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1300, p. 1101 ; J. VINCENT, préc., in Mél. P. KAYSER, P.U. Aix-Marseille, 1979, t. II, spéc. p. 426 ; J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit., n° 142, spéc. p. 145.

l'art. 808 nouv. c. pr. civ. est reproduit par l'art. 956 (1), il n'en est pas de même pour l'art. 809 (2).

On peut considérer que cet oubli est volontaire (3) et que "le premier président n'est pas compétent en matière de provision" (4). Les auteurs du Code auraient implicitement refusé cette faculté au Premier Président (5).

Inversement, on peut penser que l'art. 809 n'est qu'un assouplissement à la règle générale de l'art. 808 (6). L'art. 956 confère un pouvoir général au Premier Président ; il englobe celui d'allouer une provision (7). La provision accordée sur le fondement de l'art. 956 serait alors soumise à

- (1) Etant précisé que le référé du Premier Président n'est possible qu'en cas d'appel.
- (2) V. Lyon, ord. réf., 12 fév. 1980, J.C.P. 1980. II. 19386, 2e esp., obs. J. A., Rev. trim. dr. civ. 1980. 604, obs. J. NORMAND : "il n'existe pas, au niveau de l'appel, une disposition semblable à l'art. 809 qui, complétant l'art. 808, confère au président du tribunal de grande instance le pouvoir d'accorder une provision en référé".
- (3) V. aussi J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1980. 605 : il "ne peut être l'effet du hazard".
- (4) Cf. J. VINCENT, préc., in Mél. P. KAYSER, P.U. Aix-Marseille, 1979, t. II, spéc. p. 423 : "ce rôle revient au conseiller de la mise en état ou de la formation collégiale de la Cour". V. aussi L. CADIER, op. cit., n° 1462, p. 755 ; A. CASTON, préc., A.J.P.I. 1976. 498, II, in fine.
- (5) J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1980. 606 : on ne peut "supposer que les auteurs du code aient pu exprimer une pensée aussi subtile d'une façon à ce point hermétique".
- (6) V. R. PERROT, VERDUN, GARRABOS, GARNERIE, "Les incidents de provision", Gaz. Pal. 1980. 1. Doctr., 314, spéc. p. 321.
- (7) V. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1980. 605 ; et déjà, du même auteur, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1974. 655 ; v. aussi J. HERON, op. cit., n° 652, spéc. p. 472, note (4).

la condition d'urgence (1).

Mais ce n'est pas parce qu'un texte analogue n'a pas été introduit dans les articles relatifs à la juridiction du Premier Président de la Cour d'appel (2) qu'il faut lui dénier un pouvoir qui découle de l'art. (808) 956. L'art. 809 ne fait que rendre ce pouvoir explicite (3).

On a pu dire que l'affirmation de l'autonomie des référés spéciaux confère à l'art. 808 un rôle complémentaire (4). Il est évident que dans les faits, la pratique a tendance à favoriser l'usage des référés spéciaux car ceux-ci répondent à des conditions d'application moins strictes que le référé de l'art. 808, première branche. En appel, l'art. 956 reproduit fidèlement l'art. 808. Faut-il en déduire que les référés spéciaux étant des textes indépendants qui se suffisent à eux-mêmes, les mesures qu'ils autorisent ne peuvent être fondées

(1) Ceci en raison de la rapidité avec laquelle sera soit désigné le conseiller de la mise en état (v. P. GERBAY, "Réflexions sur la juridiction du premier président de la cour d'appel", D. 1980. Chron., 65), soit jugée l'affaire (v. P. ESTOUP, "La procédure abrégée devant la cour d'appel après le décret du 17 déc. 1985", D. 1986. Chron., 105). L'allocation d'une provision par le Premier Président ne se justifierait donc qu'en cas d'urgence.

(2) En revanche, le pouvoir d'allouer une provision est accordé au Président de la Cour adm. d'appel, v. R. 129 c. trib. adm.

(3) Rappr. en droit belge, G. CLOSSET-MARCHAL, "Le référé aujourd'hui", Ann. Fac. Liège, 1986. 310, spéc. p. 315. Pour un raisonnement similaire concernant le rajout de la formule "ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire" à l'art. 809, al. 2 par le décret n° 85-1330 du 17 déc. 1985, J.O. du 18 déc., p. 14723, alors qu'il a fallu attendre le décret n° 87-452 du 29 juin 1987 pour que l'art. R. 516-31 c. trav. applicable au référé prud'homal soit modifié en conséquence, v. A. SUPIOT, préc., Dr. soc. 1986. 535.

V. aussi infra, p. 150.

(4) Cf. supra, p. 121-122.

sur une autre disposition (1) ?

Il est tout à fait possible d'inverser le raisonnement : si les référés spéciaux (et ici nous visons spécialement l'art. 809, al. 2) sont une extension réglementaire des "mesures" dont il est question à l'art. 808, ils n'ont pas de prise sur l'art. 808. En faisant preuve d'audace, la jurisprudence pourrait admettre que toutes les mesures sont envisageables en cas d'urgence et en l'absence de contestation sérieuse.

La question se résume finalement à savoir si l'allocation d'une provision fait partie des mesures que peut ordonner le Premier Président en application de l'art. 956 du nouveau Code (2).

Une provision est une "somme allouée par le juge à un créancier, en attendant le jugement". Cette somme est accordée par provision, par précaution (3). Cette idée de précaution se retrouve dans la notion de mesure (4), mais dans les deux cas, on a aujourd'hui largement débordé le stade du conservatoire et du préventif stricto sensu (5). Il suffit que la mesure ne se

- (1) V. A. BLAISE, préc., J.C.P. 1982. I. 3083, n° 14 ; v. aussi Rennes, ord. réf., 6 fév. 1980, Gaz. Pal. 1981. I. 60, 1ère esp., note crit. Ch. LOYER-LARHER, (le Premier Président ne peut faire cesser une voie de fait, v. la note, sp̄c. p. 62) ; Lyon, ord. réf., 12 fév. 1980, préc. (le Premier Président ne peut allouer une provision) ; Paris, ord. réf., 17 oct. 1980, Gaz. Pal. 1981. I. 295, note E. DU RUSQUEC (le Premier Président ne peut statuer sur des difficultés d'exécution).
- (2) Ce qu'un Premier Président interrogé conteste fortement, v. Annexe I, question n° 6 bis ; 60 % des répondants pensent toutefois que l'art. 956 confère au Premier Président le pouvoir d'allouer une provision.
- (3) Le Robert, v° "Provision".
- (4) Le Robert, v° "Mesure".
- (5) V. par ex. l'art. 5-1 c. pr. pén. qui parle de "mesures provisoires" et qui vise notamment les provisions ; J.-M. DESJARDINS, préc., in Journée d'étude, T.G.I. Paris, 1983, p. 9 ; J. PRADEL, "Un nouveau stade dans la protection des victimes d'infractions (commentaire de la loi n° 83-608 du 8 juillet 1983)", D. 1983. Chron., 241.

heurte pas à une contestation sérieuse pour que le juge des référés puisse l'ordonner (1).

Dans le cadre de l'art. 809, al. 2 du nouveau Code, la nécessité de l'absence d'une contestation sérieuse sur l'existence de l'obligation devient l'unique pivot de la juridiction (2).

On constate toutefois un décalage entre la formule retenue par l'art. 808 où la contestation sérieuse porte sur la mesure prononcée et l'art. 809, al. 2, qui vise l'obligation elle-même (3). La distinction est-elle cependant véritablement importante ?

La démarche intellectuelle du juge des référés sera la même dans les deux hypothèses : il s'agit dans le premier cas de vérifier si la mesure sollicitée ne se heurte pas à une contestation sérieuse, ce qui revient, dans le second cas, à apprécier si l'obligation invoquée par le demandeur est sérieusement contestable et sérieusement contestée par le

- (1) La mesure est provisoire en ce sens que la juridiction ultérieurement saisie pourra faire une analyse différente de celle effectuée par le juge des référés ; v. T.G.I. Nanterre, réf., 9 oct. 1978, Gaz. Pal. 1979. I. somm. 161, Rev. crit. D.I.P. 1979. 128 et la note E. MEZGER, spéc. p. 132, 2, qui critique l'interprétation française de la notion de provisoire. Adde *infra*, p. 543, - 1 -.
- (2) J. NORMAND, Rapport au Coll. Pau, préc., Cahiers de l'Université, 1979, p. 65 ; v. par ex. Cass. Civ. 2e, 10 juil. 1978, J.C.P. 1980. II. 19355, obs. E.-M. BEY ; Cass. Com., 20 janv. 1981, Bull. IV, n° 40, p. 30 ; Cass. Civ. 1ère, 18 janv. 1989, préc. ; Angers, 3e Ch. civ., 18 mars 1982, D. 1983. I.R. 258 ; T.G.I. Paris, réf. P.V., 15 juin 1989, inédit, n° 3696/89-29 ; v. aussi A. PERDRIAU, préc., J.C.P. 1988. I. 3365, n° 28.
- (3) H. CROZE, Ch. MOREL, op. cit., p. 292, note (38) ; P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 107, p. 86.

défendeur (1). Si ce n'est pas le cas, le juge fera droit à la demande (2).

Là encore, c'est un "seuil d'évidence" qu'il convient de rechercher (3). C'est pourquoi le juge des référés est le plus souvent contraint "d'effleurer le fond sans (pour autant) dire le droit" (4). On a rapidement tiré de ce constat l'expression de "référez au fond".

Il est vrai que rapprocher le référez-provision du caractère provisoire de la décision présidentielle peut paraître difficile, voire antinomique.

Non seulement la demande est interruptive de la

- (1) Sur ce dernier point, adde cep. Cass. Civ. 2e, 10 mai 1991, Bull. II, n° 142, p. 76, Rev. trim. dr. civ. 1992. 447, obs. J. NORMAND : les juges ne sont pas tenus "de considérer que les faits allégués (sont) constants au seul motif qu'ils (ne sont pas) expressément contestés par les autres parties".
- (2) Tout au plus peut-on avancer que les formulations différentes de ces textes pourraient avoir une incidence en cas de non-comparution du défendeur : dans le cadre de l'art. 808, le juge ferait automatiquement droit à la demande ; l'art. 809 parlant d'obligation qui n'est pas sérieusement contestable, il y aurait place à une vérification plus approfondie de la part du juge, v. M. FOULON, in Coll. Pau, préc., Cahiers de l'Université, 1979, p. 75.
La distinction semble pourtant là aussi théorique. On conçoit mal, même pour l'art. 808, que le juge ne procède pas à une vérification sérieuse des prétentions du demandeur. Au surplus, dans le cadre de l'art. 809, al. 2, généralement, le défendeur comparaît, v. intervenant anonyme, in Coll. Pau, préc., Cahiers de l'Université, 1979, p. 75.
- (3) H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1299, p. 1098 : "la contestation doit être de nature à supprimer ou à restreindre l'obligation du débiteur et présenter en outre un caractère sérieux".
- (4) J. VINCENT, préc., in Mél. P. KAYSER, P.U. Aix-Marseille, 1979, t. II, spéc. p. 428.

prescription (1), mais le Président, pour déterminer le sérieux de la contestation soulevée, va apprécier la responsabilité du défendeur en fonction des règles de l'art. 1384, al. 1er c. civ. (2), plus généralement en fonction des fautes commises (3).

-
- (1) Ce qui est le cas pour toute citation en référé, v. art. 2244 c. civ. modifié (loi du 5 juil. 1985) ; R. PERROT, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1984. 363 ; Cass. Civ. 1ère, 6 juil. 1988, J.C.P. 1989. II. 21194, obs. J.-J. TAISNE.

Sur les inconvénients de la règle ancienne, v. J.-M. DESJARDINS, préc., in Journée d'étude, T.G.I. Paris, 1983, p. 13 ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1326, spéc. p. 1130, B. Mais dans certains cas, des exceptions légales (ex. art. L. 114-2 c. ass. ; v. E. THUILLIER, "Référé, prescriptions et délais en assurance de responsabilité", Gaz. Pal. 1974. 2. Doctr., 877, spéc. p. 880) et jurisprudentielles (Cass. Civ. 3e, 2 déc. 1975, préc.) avaient reconnu un effet interruptif à la citation en référé.

Toutes les difficultés ne sont pas pour autant réglées, cf. Cass. Civ. 2e, 6 mars 1991, Bull. II, n° 80, p. 44, Gaz. Pal. 1991. 2. pan. 173, Rev. trim. dr. civ. 1991. 595, obs. R. PERROT : en matière d'expertise (art. 145), le délai pour agir n'est suspendu que pendant la durée de l'instance, c'est à dire jusqu'au jour où l'ordonnance du Président est rendue et non jusqu'au jour où l'expert désigné par le juge dépose son rapport (comp. lorsque le juge des référés prescrit une mesure avant dire droit : Cass. Civ. 1ère, 12 fév. 1991, Rev. gén. ass. terr. 1991. 337, note H. MARGEAT, J. LANDEL, Rev. trim. dr. civ. 1991. 797, obs. R. PERROT).

- (2) Cass. Civ. 2e, 16 juil. 1976, Bull. II, n° 248, p. 196 ; Cass. Civ. 2e, 26 oct. 1977, Bull. II, n° 208, p. 147. Il est à remarquer qu'en cas de pluralité de défendeurs, le juge des référés ne peut fixer la part de responsabilité de chacun. Il lui est toutefois permis de prononcer une condamnation in solidum à titre de provision contre tous ceux dont la responsabilité dans la réalisation du dommage n'est pas sérieusement contestable, v. T.G.I. Paris, réf., 20 mai 1974, Gaz. Pal. 1974. 2. 538 ; P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 110, spéc. p. 89 ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1297, p. 1097-1098.

- (3) Par ex. Cass. Civ. 2e, 27 avr. 1977, Bull. II, n° 112, p. 77 : le juge des référés se fonde sur une occupation fautive des lieux ; Cass. Civ. 2e, 13 mars 1991, Bull. II, n° 84, p. 46, Gaz. Pal. 1991. 2. pan. 190 : la Cour d'appel a pu retenir la faute commise par un professeur d'éducation physique qui a insuffisamment assuré la protection de ses élèves au cours d'un exercice au cheval d'arçon.

Ce magistrat peut aussi et notamment "apprécier si l'éventualité d'une compensation entre créanciers est de nature à rendre sérieuse ou non la contestation de l'obligation invoquée" par le demandeur (1).

D'une manière comparable, le juge des référés peut allouer une provision lorsqu'il estime que l'obligation à la charge du défendeur n'est pas sérieusement contestable alors même que "le demandeur s'est constitué partie civile devant la juridiction répressive" (art. 5-1 c. pr. pén.) (2).

Certes, le juge des référés tend à procéder comme un juge du fond (3). Pourtant, le référé-provision est également soumis à l'art. 484 nouv. c. pr. civ., commun à toutes les ordonnances de référé, et donc au caractère provisoire de celles-ci.

Partant de là, on pourrait estimer que le caractère provisoire se manifeste dans le terme même de "provision", qui représenterait "une fraction de la somme réclamée" (4), un

- (1) Paris, 14e Ch. C, 9 juin 1988, préc. ; rappr. Toulouse, 1ère Ch., 27 janv. 1992, Bull. inf. C. cass. 15 juin 1992, n° 1142, p. 41.
- (2) Sur cette question qui permet d'éclairer les rapports entre le juge du provisoire et le juge pénal, v. infra, p. 564.
- (3) R. PERROT, VERDUN, GARRABOS, GARNERIE, préc., Gaz. Pal. 1980. 1. Doctr., 314, spéc. p. 316, 1 ; ROUSSE J.-P., préc., Gaz. Pal. 1975. 1. Doctr., 13, spéc. p. 14, col. de droite.
- (4) J. VINCENT, préc., in Mél. P. KAYSER, P.U. Aix-Marseille, 1979, t. II, spéc. p. 431 ; v. Versailles, 1ère Ch., 9 oct. 1978, Gaz. Pal. 1979. 1. somm. 269, Rev. trim. dr. civ. 1979. 659, obs. J. NORMAND : la provision demandée correspondait aux arriérés de loyers "dont la somme globale ne paraissait ni contestable ni contestée". La Cour d'appel a néanmoins estimé qu'une provision ne pouvait être qu'une fraction de la dette.

acompte sur la condamnation définitive à intervenir (1). Dans une certaine mesure, cela accentuerait le caractère provisoire de la décision, puisqu'on éviterait ainsi que le Président tranche intégralement (et en pratique, définitivement) le litige. La saisine du juge du fond serait alors indispensable pour parfaire la solution provisoire (car partielle) donnée en référé (2).

Or, on constate que la pratique de provisions substantielles, voire "à 100 %", est entrée dans les moeurs des magistrats chargés des référés (3).

La solution adoptée est à approuver sans réserve (si ce n'est celle visée par le texte et tirée du caractère non sérieusement contestable de l'obligation invoquée par le demandeur). Non seulement la langue classique est en ce sens (4), mais la logique juridique en impose l'admission : la provision doit en

(1) J.-P. ROUSSE, préc., Gaz. Pal. 1975. 1. Doctr., 13, qui relève cependant (p. 14, col. de gauche) qu'il sera difficile de ne pas aller plus loin lorsque le juge "disposera de tous les éléments voulus (...) pour fixer avec certitude le montant de la créance".

(2) V. G. COUCHEZ, préc., in Mél. P. RAYNAUD, Dalloz-Sirey, 1985, spéc. p. 166, qui estime que la pratique des provisions "à 100 %" "aboutit à une véritable dénaturation du rôle du juge des référés" : traditionnellement, il avait "pour mission de parer au plus pressé" ; il tend à devenir, selon les termes empruntés à M. NORMAND, un "organe de dérivation" et "le pari est lancé que sa décision mettra, en fait sinon en droit, un terme définitif au différend".

Songeons toutefois aux travaux préparatoires du Code de procédure civile, qui sont à l'origine du référé moderne : le Conseiller REAL n'encensait-il pas cet aspect du référé ?

(3) Cf. Cass. Com., 20 janv. 1981, préc. ; Paris, 14^e Ch., 5 mars 1975, Gaz. Pal. 1975. 2. 590 ; rappr. Annexe I, question n° 7 : **tous** les magistrats interrogés l'admettent.

(4) Cf. Le Robert, v° "Provision", préc.

effet être égale au montant d'ores et déjà certain de l'obligation. "Ce qui est dû est dû. Il n'est aucune raison d'en différer, même pour partie, le paiement" (1). Lorsque la créance n'est pas discutée ou n'est pas sérieusement contestable compte tenu des justifications produites et du manque de sérieux des contestations développées, l'allocation d'une provision "à 100 %" est incontournable. Il peut certainement advenir que l'évaluation de la somme due présente quelques difficultés (par exemple, pour le préjudice moral), mais il existe un "système de références communément admises" (2) et pour les cas où un doute subsiste sur le quantum, il n'y a rien que de très normal d'allouer une avance sur la somme dont le montant final sera fixé par le juge du fond (3). Cela étant, il est judicieux d'affirmer que l'omission par le juge des référés de "quelques francs ou quelques centimes sur la somme réclamée dans ce cas serait une erreur juridique et

- (1) J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1978. 714, 1981. 679 et 1987. 797 ; v. aussi A. CASTON, préc., A.J.P.I. 1976. 498, III, B, 1 ; P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 110, p. 88 ; A. PERDRIAU, préc., J.C.P. 1988. I. 3365, n° 29 ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1301, p. 1101 et s.
- (2) Cf. J.-M. DESJARDINS, préc., in Journée d'étude, T.G.I. Paris, 1983, p. 7 ; v. aussi "Accidents de la circulation - Commentaire de la loi du 5 juillet 1985 - Dommages corporels : Données statistiques", Gaz. Pal. 1985, 136 p. ; G. VINEY, B. MARKESINIS, "La réparation du dommage corporel", Economica, 1985, spéc. p. 99 et s.
- (3) C'est ainsi que le 23 sept. 1987, le Président du T.G.I. de Nanterre a limité la provision à la somme symbolique de un franc, Gaz. Pal. 1987. 2. 672 ; v. également Ph. BERTIN, "Le juge des référés, juge des flagrants délits d'opinion?", Gaz. Pal. 1987. 2. Doctr., 685 et "Le référé verdict de culpabilité", Gaz. Pal. 1988. 1. Doctr., 203, à propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles, 14e Ch., du 28 janv. 1988 qui confirme l'ordonnance rendue par le Président du T.G.I. de Nanterre, v. aussi Gaz. Pal. 1988. 1. 129, note Ph. BERTIN et "Le Monde", 30 janv. 1988, p. 9.

une déviation regrettable de la procédure instituée par l'article 809. Car, de deux choses l'une, ou bien le créancier ainsi à demi-satisfait ferait le sacrifice du reliquat exigible, ce qui pourrait lui laisser comme un goût d'amertume, ou bien, décidé à ne faire aucun cadeau, il saisirait les juges du fond pour recouvrer le complément. Nouveau procès, nouveaux frais, nouveaux délais, et le tout pour rien, puisque nous admettons dès le départ qu'il n'existe entre les parties aucun contentieux véritable. Le débiteur lui même se trouvera lésé, puisqu'il sera, évidemment condamné, en fin de compte, et devra, en plus, supporter les dépens du procès au fond" (1).

On a pu estimer que le résultat obtenu par cette "pratique bienfaisante" (2) est atteint au prix d'une transformation de l'institution des référés qui elle, n'est pas entièrement satisfaisante (3). Alors, le référé-provision est-il un ange ou un démon ? On est tenté de répondre que tout dépend de ses séides ... et de l'utilisation qu'ils font de ce procédé.

Le référé-provision rend de précieux services, mais il est vrai qu'il comporte des risques.

- (1) J.-M. DESJARDINS, préc., in Journée d'étude, T.G.I. Paris, 1983, p. 4.
- (2) J. VINCENT, préc., in Mél. P. KAYSER, P.U. Aix-Marseille, 1979, t. II, spéc. p. 433 ; v. aussi R. PERROT, VERDUN, GARRABOS, GARNERIE, préc., Gaz. Pal. 1980. 1. Doctr., 314 : le référé-provision constitue "un progrès".
- (3) V. J. VINCENT, préc., in Mél. P. KAYSER, P.U. Aix-Marseille, 1979, t. II, spéc. p. 438 : "Devant le juge des référés, le droit cède parfois (...) à la pression des faits". Mais n'est-ce pas tout simplement dû à l'ambiguïté du terme "provisoire" ?

L'ordonnance portant provision est, comme toutes les décisions de référé, exécutoire de plein droit. C'est ici son principal intérêt. Rapide, peu coûteuse, l'intervention du Président est pleinement satisfaisante pour le créancier. Mais c'est aussi là que réside son plus grand danger : si finalement la provision accordée en référé est remise en cause en appel ou devant le juge du fond, celui qui l'a versée peut se heurter à des difficultés de restitution. Aussi est-il permis de "manifester quelque inquiétude" (1), en raison tout à la fois de la rapidité de la procédure de référé, de la généralisation du recours au référé-provision, des montants parfois élevés accordés et de l'idée suivant laquelle le Président ne procède qu'à un examen superficiel des droits en conflit. Le risque qui en résulte pèse sur le débiteur de la provision. Le tout est d'éviter qu'il ait à l'assumer. Le juge des référés mènera sa tâche à bien en se servant pour guide, une fois encore, de la notion de contestation sérieuse.

N'est-il cependant pas envisageable de trouver d'autres limites, d'ériger des barrières plus objectives à la pratique du référé-provision ?

Les rédacteurs du nouveau Code y ont songé en prévoyant des garanties pour le cas où la provision allouée serait remise en cause. L'art. 489, al. 1er, énonce que "Le juge peut toutefois subordonner l'exécution provisoire à la constitution d'une garantie dans les conditions prévues aux

(1) G. COUCHEZ, préc., in Mél. P. RAYNAUD, Dalloz-Sirey, 1985, spéc. p. 167.

articles 517 à 522". Parallèlement, le Premier Président de la Cour d'appel "peut prendre les mesures prévues au deuxième alinéa de l'article 521 et à l'article 522" (art. 524 nouv. c. pr. civ.) (1).

L'art. 522 ne nous retiendra pas. Il autorise le juge à substituer "à la garantie primitive (...) une garantie équivalente" (2). Plus proche de nos préoccupations est la mise en place de la garantie.

La formule retenue par l'art. 489 doit pourtant être précisée. Car en réalité, l'exécution provisoire peut, d'abord, être subordonnée à la constitution d'une garantie à proprement parler, par le créancier de l'obligation. Ce sont les hypothèses visées aux art. 517 à 520. Elle peut, ensuite, être suspendue contre consignation, dans les conditions de l'art. 521.

La finalité de ces institutions (garanties - consignation) est identique. Dans les deux cas, il s'agit d'assurer la protection du débiteur condamné, "en cas de succès de son appel et de condamnation de son adversaire à restitution" (3). Ce qui diffère, ce sont leurs modalités de mise en oeuvre : la garantie est constituée par le créancier, tandis que la

(1) V. infra, p. 491 et s.

(2) V. Rennes, 2e Ch., ord. réf., 31 déc. 1981, Gaz. Pal. 1982. 1. somm. 101 (une garantie supplémentaire n'est pas une substitution de garantie) ; Versailles, ord. réf., 25 fév. 1982, Gaz. Pal. 1982. 2. 522, note M. ETIVANT (une garantie primitive doit préexister) ; Rennes, 2e Ch., ord. réf., 31 mars 1983, Gaz. Pal. 1984. 1. 164, note Ch. LARHER (une modification de la situation du débiteur a du survenir depuis la décision). Adde A. BLAISSE, préc., J.C.P. 1985. I. 3183, n° 41.

(3) A. BLAISSE, préc., J.C.P. 1985. I. 3183, n° 22 ; Ch. LARHER, note sous Rennes, 2e Ch., ord. réf., 31 mars 1983, préc., II.

consignation est offerte, sur autorisation du juge (1), par le débiteur (2).

L'art. 517 permet de subordonner l'exécution provisoire "à la constitution d'une garantie, réelle ou personnelle, suffisante pour répondre de toutes restitutions ou réparations". Les art. 518 à 520 portent seulement sur la mise en oeuvre des garanties visées à ce texte.

L'aménagement de l'exécution provisoire de droit telle qu'elle résulte de l'art. 521 du nouveau Code "ne concerne que les mesures pécuniaires, puisque (ce texte ne prévoit) que des mesures de séquestre ou de consignation de fonds" (3).

L'art. 521 prévoit en effet dans son premier alinéa la possibilité de consigner (4), sur autorisation du juge, des espèces ou valeurs suffisantes pour garantir, en principal, intérêts et frais, le montant de la condamnation et, dans son

- (1) L'existence de l'art. 811 nouv. c. pr. civ. pouvait faire penser que le juge des référés pouvait être ce magistrat, v. J.-J. HANINE, "Le droit de l'exécution provisoire dans le nouveau Code de procédure civile", J.C.P. 1976. I. 2756, n° 10. La logique voulait cependant que ce texte soit abrogé pour laisser la place à la compétence exclusive du juge de l'exécution, rappr. H. CROZE, "La loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution : le nouveau droit commun de l'exécution forcée", J.C.P. 1992. I. 3555, n° 32. C'est aujourd'hui chose faite, cf. supra, p. 11.
- (2) Ch. LARHER, note sous Rennes, 2e Ch., ord. réf., 31 mars 1983, préc., II.
- (3) Versailles, ord. réf., 26 juil. 1988, D. 1989. somm. 179, 1ère esp., obs. P. JULIEN.
- (4) A l'exclusion donc d'une caution, même bancaire, v. Rennes, 23 janv. 1981, in E. BLANC, J. VIATTE, op. cit., art. 521, p. 354 ; Ph. BERTIN, note sous Paris, 14e Ch. C, 20 janv. 1983, Gaz. Pal. 1983. I. 246. V. aussi A. BLAISSE, préc., J.C.P. 1985. I. 3183, n° 23, in fine.

second alinéa, la remise à un séquestre, chargé d'en verser périodiquement à la victime une part déterminée par le juge, du capital versé en réparation d'un dommage corporel (1).

La première de ces deux dispositions est cependant limitée dans sa portée, puisque l'art. 521, al. 1er, exclut expressément toute possibilité de consignation lorsque l'ordonnance de référé a pour objet le paiement d'une provision (2). La solution ne s'est pas imposée sans discussions (3). Il est vrai que la nature même de la provision peut apparaître incompatible avec l'idée de consignation (4). Le 2 juillet 1980, la Cour de cassation a pourtant déclaré que la consignation du montant de l'indemnité allouée par une ordonnance de référé pouvait être effectuée (5). Pour contrer cette jurisprudence, un décret du 12 mai 1981 a expressément

- (1) L'art. 521 est pour le débiteur plus un moyen d'éviter l'exécution provisoire que d'obtenir une garantie pour assurer la restitution éventuelle, v. Ph. BERTIN, "La dernière toilette du nouveau Code de procédure civile", Gaz. Pal. 1981. 2. Doctr., 389, spéc. p. 390, n° 10.
- (2) V. aussi H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1349, p. 1147 et s. ; J. VIATTE, note sous Dijon, ord. réf., 27 mai 1981, Gaz. Pal. 1981. 2. 566.
- (3) Pour la possibilité d'une consignation, v. Paris, ord. réf., 26 avr. 1976, J.C.P. 1976. II. 18439, obs. J.-J. HANINE ; Paris, ord. réf., 15 nov. 1978, Gaz. Pal. 1979. 2. 674, 1ère esp., obs. J.-J. HANINE ; Paris, ord. réf., 18 juin 1979, J.C.P. 1980. II. 19347, obs. J. A., Rev. trim. dr. civ. 1979. 839, obs. R. PERROT.
V. contra, Rennes, ord. réf., 7 déc. 1977, Gaz. Pal. 1978. 1. 279, note E. DU RUSQUEC ; Rouen, ord. réf., 6 juin 1978, Gaz. Pal. 1978. 2. 629, note J. MARIN, Rev. trim. dr. civ. 1979. 200, obs. R. PERROT ; Paris, ord. réf., 10 nov. 1978, Gaz. Pal. 1979. 2. 674, 2e esp., obs. J.-J. HANINE.
V. aussi Cl. GIVERDON, préc., v° "Appel", n° 126.
- (4) V. Ph. BERTIN, "Toilette d'été du nouveau Code de procédure civile", Gaz. Pal. 1984. 2. Doctr., 436, 2 ; v. aussi Paris, ord. réf., 30 juil. 1979, Gaz. Pal. 1980. 1. somm. 87 ; rappr. Rapport de la Cour de cassation, Année 1980, p. 74, 6.
- (5) Cass. Civ. 2e, 2 juil. 1980, Bull. II, n° 171, p. 117, Gaz. Pal. 1980. 2. 767, note J. VIATTE, Rev. trim. dr. civ. 1981. 215, obs. R. PERROT.

interdit le recours à la consignation en cas de condamnation au versement d'une provision (1).

Quant au second alinéa du texte, il ne brille malheureusement pas par sa clarté : quelle solution faut-il retenir lorsqu'il s'agit de verser une provision sur dommages-intérêts corporels ? L'alinéa second porte-t-il alors exception au principe de l'alinéa premier ?

A priori, on peut penser que la réponse est négative (2). Car la remise des sommes à un séquestre a indirectement le même effet que leur consignation (3). Toutefois, rien n'empêche d'inverser le raisonnement et d'estimer que l'autorisation de procéder à des versements périodiques amoindrit la portée de la critique exprimée, puisque, justement, la consignation est évitée. D'ailleurs, la formule retenue par le texte est générale. Elle vise les "cas de condamnation au versement d'un

(1) Décret n° 81-500 du 12 mai 1981, J.O. du 14 mai, p. 1380 ; Ph. BERTIN, préc., Gaz. Pal. 1981. 2. Doctr., 389, n° 14 ; M.-H. PACALIN, "Le Premier Président de la Cour d'appel et l'exécution provisoire", th. Aix-Marseille, 1986, p. 151 et s., p. 185 et s. Adde décret n° 84-618 du 13 juil. 1984, J.O. du 18 juil., p. 2311, qui introduit une modification de pure forme dans le texte de l'art. 521, al. 1er, v. Ph. BERTIN, préc., Gaz. Pal. 1984. 2. Doctr., 436, 2, spéc. p. 437, col. de gauche.

V. Dijon, ord. réf., 27 mai 1981, préc. ; Versailles, ord. réf., 25 fév. 1982, préc. ; Paris, ord. réf., 15 déc. 1988, D. 1989. somm. 179, obs. P. JULIEN ; Paris, ord. réf., 16 déc. 1991, Bull. ch. avoués, n° 121, p. 26 ; v. aussi A. BLAISSE, préc., J.C.P. 1985. I. 3183, n° 37 ; P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 224, spéc. p. 176 ; R. PERROT, J. BEAUCHARD, G. PLUYETTE, "Les problèmes actuels de l'exécution provisoire", Gaz. Pal. 1986. 1. Doctr., 74, II, spéc. p. 77, col. de droite et R. PERROT, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1983. 793 ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1349, spéc. p. 1148.

(2) Cf. Ph. BERTIN, préc., Gaz. Pal. 1981. 2. Doctr., 389, n° 16.

(3) Rappr. Montpellier, ord. réf., 24 nov. 1981, Gaz. Pal. 1982. 1. somm. 179, qui parle de "consignation" alors qu'il était question de la mesure de séquestre de l'art. 521, al. 2 ; v. aussi Reims, ord. réf., 7 sept. 1983, D. 1984. I.R. 160.

capital en réparation d'un dommage corporel", sans plus de précision. En outre, l'art. 524, dernier alinéa permet au Premier Président de prendre notamment les mesures de l'art. 521, al. 2, "lorsque l'exécution provisoire est de droit". Cela ne vise-t-il pas le référé-provision (1) ?

Quoiqu'il en soit, la pratique ne semble pas très favorable à la mise en oeuvre de ces garanties (2).

Bien que l'on puisse le regretter (3), il faut pourtant avouer que la raison de ce manque de succès des mécanismes de constitution de garanties est simple. En effet, comment le juge des référés pourrait-il affirmer que la créance n'est sérieusement contestable ni dans son principe, ni dans son quantum et, dans le même instant, assortir sa décision d'une réserve tenant à l'éventualité d'une restitution (4) ? Il est vrai que la solution aurait de quoi étonner.

Pourtant, compte tenu du caractère provisoire de l'ordonnance

(1) V. infra, p. 492, *in fine*, et s.

(2) Cf. Annexe I, question n° 17 ; adde Rouen, ord. réf., 6 juin 1978, préc. ; Lyon, ord. réf., 4 déc. 1979, Gaz. Pal. 1980. 2. somm. 388 : le Premier Président ne peut pas ordonner une telle mesure, qui équivaudrait à un sursis d'exécution immédiate.

V. cep. la jurisprudence antérieure au décret n° 81-500 du 12 mai 1981 (qui a modifié l'art. 521 nouv. c. pr. civ. en excluant toute consignation d'une provision) et notamment Cass. Civ. 2e, 2 juil. 1980, préc., qui admet la possibilité de la consignation ; Paris, ord. réf., 18 juin 1979, préc. ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1349, spéc. p. 1148, a.

(3) V. H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1349, spéc. p. 1149.

(4) Cf. J.-M. DESJARDINS, préc., in Journée d'étude, T.G.I. Paris, 1983, p. 6, spéc. note (8), qui ajoute que le juge des référés "aurait et donnerait l'impression, sinon de se contredire lui-même, du moins de laisser transparaître une hésitation, difficilement compatible avec la constatation péremptoire, qui justifie l'octroi d'une provision".

de référé, cette mesure n'est en rien choquante. Certes, la consignation d'une provision pouvait l'être, puisqu'elle faisait perdre tout son intérêt à la décision qui l'allouait. La constitution d'une garantie réelle ou personnelle, elle, semble en mesure de concilier les intérêts de chacun : lorsque le juge opte pour ce choix, par prudence et compte tenu des intérêts en présence, il ne s'agit que d'assurer, d'accentuer le caractère provisoire de sa décision. Si finalement cette dernière est remise en question, la garantie aura préservé les intérêts du plaideur malheureux en référé ; dans l'hypothèse inverse, la garantie n'aura évidemment pas à jouer. Elle aura néanmoins tenu son rôle de précaution.

Une telle constitution de garantie peut toutefois se heurter à des obstacles, tant du point de vue de l'éventuel coût du recours à une garantie personnelle que de la difficulté à trouver, par exemple, une caution (d'autant plus que par hypothèse, la demande de la partie perdante en référé s'explique et se justifie par la réalité du risque de l'insolvabilité de son adversaire pour le cas où il y aurait lieu à restitution).

Il est certain qu'il reste le droit commun en vertu duquel "la partie gagnante qui fait exécuter l'ordonnance à titre provisoire, le fait à ses risques et périls" (1). Mais dans la perspective qui nous occupe, le recours au droit commun est-il vraiment d'un véritable secours à celui qui se heurte à une difficulté d'exécution ?

(1) H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1349, spéc. p. 1149.

Il semble qu'une précaution prise antérieurement, constitution d'une garantie ou prudence particulière quant à l'appréciation du caractère non sérieusement contestable de l'obligation invoquée, est davantage à souhaiter.

On peut se demander si la Cour de cassation n'a pas cherché, par un arrêt en date du 21 juillet 1986 (1), à rappeler que les ordonnances de référé, y compris celles de l'art. 809, al. 2 novv. c. pr. civ., ont par essence un caractère provisoire. La Cour a estimé que la décision de référé, car provisoire, ne pouvait servir de fondement à un jugement validant une saisie-arrêt.

Cela revenait à conférer à l'ordonnance présidentielle un caractère purement conservatoire qui n'est pas dans la logique de l'institution. "L'ordonnance de référé doit permettre une exécution véritable immédiate" (2). C'est vers cette dernière solution que s'est orienté le droit positif (3).

- 2 - Le référé-injonction :

Issu du décret n° 85-1330 du 17 décembre 1985, le pouvoir d'ordonner "l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire" appartient aux juges des

- (1) Cass. Civ. 2e, 21 juil. 1986, Bull. II, n° 134, p. 91, Gaz. Pal. 1987. 1. somm. 57.
- (2) O. DELGRANGE, "Des limites apportées par la jurisprudence à l'efficacité pratique du référé provision", J.C.P. 1988. I. 3331, B. V. infra, p. 505, - 2 -.
- (3) V. art. 31, loi du 9 juil. 1991 ; v. aussi infra, p. 510.

référés des T.G.I. (art. 809, al. 2), T.I. (art. 849, al. 2), T. com. (art. 873, al. 2), trib. par. de baux ruraux (art. 894, al. 2) et à la formation de référé du Conseil de prud'hommes (depuis le décret n° 87-452 du 29 juin 1987 ; art. R. 516-31 c. trav.).

Cette "nouvelle arme pour les créanciers pressés" (1) trouve son origine dans le souhait de la "Commission sur le traitement des litiges de consommation" de donner "rapidement satisfaction au consommateur lésé, non pas en lui accordant une provision, mais en lui permettant d'obtenir sans retard" l'exécution de l'obligation qui lui serait refusée (2).

En effet, s'il existait déjà des procédures rapides en vue d'obtenir un paiement (injonction de payer, référé-provision), rien de tel n'était prévu pour l'acheteur qui préférait l'exécution de l'obligation en nature à son équivalent en argent (3).

On a d'abord songé à utiliser la formule de l'injonction de payer (4), mais le recours au juge des référés est finalement

- (1) Bull. transports 1986. 389, "Le référé-injonction - Une nouvelle arme pour les créanciers pressés".
- (2) Ph. BERTIN, "Le Noël du procédurier pour 1985", Gaz. Pal. 1986. I. Doctr., 36, spéc. p. 37, 3 ; P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 114, p. 92.
- (3) Bull. transports 1986. 389, préc. Le texte nouveau apporte donc une réponse positive au créancier désireux d'obtenir l'exécution en nature, v. E. BLANC, J. VIATTE, op. cit., art. 809, p. 521-4.
- (4) D. LE NINIVIN, "Sur le décret du 17 décembre 1985 modifiant certaines dispositions du nouveau Code de procédure civile", J.C.P. 1986. I. 3226, n° 5.

apparu plus satisfaisant (1).

Un texte était-il cependant indispensable pour asseoir cette solution ? Ne pouvait-on admettre que le référe-provision ne vise pas uniquement les obligations qui ont pour objet une somme d'argent, mais permet toute mesure d'attente exécutoire immédiatement sous réserve de la décision au fond (2) ? C'est la solution qu'a retenue le juge de la mise en état du T.G.I. de Mâcon, le 26 mars 1974 (3).

M. PERROT estime pour sa part qu'il est difficile de considérer qu'il s'agit d'une mesure provisionnelle au sens précis du terme, car la décision relève davantage de l'anticipation que d'une véritable mesure provisoire (4).

Le législateur a réglé la difficulté par le décret du 17 décembre 1985, précité. Ce dernier a cependant suscité des réserves importantes que l'on peut classer en trois points différents.

- (1) En raison des termes mêmes de l'art. 1405 du nouveau Code qui parle de "recouvrement d'une créance" et de l'aspect non contradictoire de la procédure d'injonction dans sa première phase, v. D. LE NINIVIN, préc., J.C.P. 1986. I. 3226, n° 5.
- (2) Dans le sens le plus strict de la notion de provision, la réponse est négative, cf. R. PERROT, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1974. 664.
- (3) J.C.P. 1974. IV. 6417, obs. J. A. : le juge a accordé un droit de visite sur leurs petits-enfants aux grands-parents. Pour ce faire, il étend la notion de provision aux obligations extrapatrimoniales.
- (4) R. PERROT, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1974. 664. Néanmoins, comme d'un autre côté "il est encore permis de parler d'un "référe-provision" (...) parce que le juge délivre "provisionnellement" au créancier un titre exécutoire pouvant servir de fondement à une astreinte" (H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1296, spéc. p. 1097), on peut se demander si l'extension de la notion de provision envisagée par le juge de la mise en état de Mâcon n'était pas, malgré tout, à prendre en meilleure considération.

D'une part, la solution retenue irait à l'encontre du principe posé par l'art. 1142 c. civ., selon lequel "Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur" (1). Il existe cependant de nombreuses exceptions à ce principe dont les art. 1143 et 1144 c. civ. ne sont qu'un exemple (2). L'innovation représente alors une exception supplémentaire, que justifie un intérêt pratique considérable : désormais, le juge des référés peut enjoindre au débiteur de livrer une chose ou d'exécuter une prestation de service (3).

D'autre part, le juge des référés risquerait d'être submergé sous "le flot des litiges de la consommation" et de disparaître, "victime de son succès" (4).

Au vu des affaires soumises aux juges des référés, il faut bien admettre que cette crainte est à relativiser. La pratique

(1) V. D. LE NINIVIN, préc., J.C.P. 1986. I. 3226, n° 5.

(2) Le créancier peut demander la destruction de ce qui aurait été fait en contravention à l'engagement (art. 1143) ; en cas d'inexécution, il peut être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur (art. 1144). Plus généralement, v. W. JEANDIDIER, "L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire", Rev. trim. dr. civ. 1976. 700. On peut rétablir l'exacte portée du principe de l'art. 1142 c. civ. par l'idée suivante : "seuls sont interdits les procédés d'exécution brutaux, impliquant une atteinte inadmissible à la personne humaine" (W. JEANDIDIER, préc., p. 703) ; v. également E. BLANC, J. VIATTE, op. cit., art. 809, p. 521-4.

(3) H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1296, spéc. p. 1097 ; pour des cas d'application en matière de transport, v. Bull. transports 1986. 389, préc. ; v. aussi Y. REINHARD, "Droit commercial", Litec, 1987, p. 59.

(4) D. LE NINIVIN, préc., J.C.P. 1986. I. 3226, n° 5 ; à moins de considérer que "la juridiction des référés voit au contraire s'ouvrir devant elle une nouvelle et remarquable mission", E. BLANC, J. VIATTE, op. cit., art. 809, p. 521-5.

recourt peu à la procédure de réfééré-injonction. Cette attitude est compréhensible, car si le débiteur persiste dans son refus d'honorer ses engagements, le créancier n'a aucun moyen d'obtenir l'exécution forcée de l'ordonnance. Il devra se résoudre à solliciter une exécution par équivalent (1). De plus, la procédure de réfééré, malgré tous ses avantages, est d'un coût encore trop élevé par rapport aux "petits litiges" qui sont en premier chef concernés par la question (2).

Il a donc fallu remettre l'ouvrage sur le métier. De ce travail est née la procédure d'injonction de faire (3). Il s'agit d'une procédure simplifiée dans sa phase d'injonction (4). Mais si le débiteur ne défère pas à l'injonction que peut rendre le juge, l'affaire vient à l'audience pour débat contradictoire (éventuellement la conciliation sera obtenue) et jugement au fond (5). Le domaine de la procédure nouvelle est cependant moins large que celui du réfééré : "L'exécution en nature d'une

(1) V. P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 114, spéc. p. 93.

(2) Cf. H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1445, p. 1229.

(3) Décret n° 88-209 du 4 mars 1988, art. 1425-1 et s. nouv. c. pr. civ., en vigueur depuis le 1er janv. 1989. Ce décret a également introduit en vieille France la possibilité de saisir le T.I. (auquel la procédure d'injonction de faire a été confiée, v. par ex. A. JAUFFRET, par J. MESTRE, "Manuel de Droit commercial", L.G.D.J., 21e éd., 1993, p. 99, 2°) par une déclaration au greffe ; cette disposition vient utilement compléter la création de la procédure d'injonction de faire, v. E. BLANC, J. VIATTE, op. cit., art. 847-1 ; V. BLUM, "Du nouveau au Tribunal d'instance", Gaz. Pal. 1988. 1. Doctr., 255 ; P. ESTOUP, "Le décret du 4 mars 1988 - Etape décisive dans le droit de la consommation", Gaz. Pal. 1988. 1. Doctr., 280.

(4) V. P. ESTOUP, préc., Gaz. Pal. 1988. 1. Doctr., 280, spéc. p. 283 ; v. aussi H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1445 et s., p. 1229 et s.

(5) V. art. 1425-8 nouv. c. pr. civ.

obligation née d'un contrat conclu entre des personnes n'ayant pas toutes la qualité de commerçant peut être demandée au tribunal d'instance lorsque la valeur de la prestation dont l'exécution est réclamée n'excède pas le taux de compétence de cette juridiction" (1). Il se dégage ainsi une triple limite tenant à la nécessité d'un litige résultant d'un contrat, conclu entre un non-commerçant et un commerçant ou entre deux non-commerçants, dont la valeur de la prestation réclamée se situe dans le taux de ressort du tribunal d'instance.

Le recours au juge des référés peut donc encore être utile, sous réserve des difficultés envisagées plus avant (2).

Enfin, le référé-injonction obéit aux mêmes règles que le référé-provision. La différence réside dans la possibilité de moduler le montant de la provision qui, en principe, peut être récupérée en cas de jugement contraire sur le fond. Lorsque l'exécution d'une obligation de faire est ordonnée, c'est le plus souvent le système du "tout ou rien" qui trouvera application. Il se peut aussi que l'exécution de l'obligation entraîne son irréversibilité de fait (songeons à la décision précitée du juge de la mise en état du T.G.I. de Mâcon en date du 26 mars 1974) (3).

(1) Art. 1425-1 nouv. c. pr. civ.

(2) Cf. supra, p. 152 ; soit l'ordonnance de référé-injonction sera exécutée et elle remplira son office, soit le débiteur refusera d'exécuter son obligation auquel cas il est inévitable d'une part, de revenir devant le juge des référés pour qu'il liquide l'astreinte qu'il aura éventuellement prononcée (sur la compétence du juge de l'exécution, v. infra, p. 654, - 2 -) et d'autre part, de saisir le juge du fond d'une demande de dommages et intérêts.

(3) Cf. Ph. BERTIN, préc., Gaz. Pal. 1986. 1. Doctr., 36, spéc. p. 38, col. de gauche.

Le Président se devra d'être encore plus prudent lorsqu'il est saisi d'une demande de référé-injonction (1).

L'exercice du contrôle de la Cour de cassation quant à la qualification d'obligation "non sérieusement contestable" est une garantie importante de cette nécessaire prudence (2). Concrètement, cela revient à vérifier que l'exécution prescrite par le juge du fait est bien conforme à celle que l'on attend de l'obligation estimée non sérieusement contestable (3).

La notion de contestation sérieuse possède cependant un second aspect, sous lequel, loin de constituer un obstacle aux pouvoirs du juge des référés, elle permet et justifie l'intervention du Président.

- (1) V. contra, Bull. transports 1986. 389 : si la prudence s'impose pour le référé classique, "cette prudence s'impose moins pour les référés-provision ou les référés-injonction, qui sont plutôt des procédures d'accélération, un "acompte", en quelque sorte, sur la décision au fond à venir. C'est pourquoi on exige simplement que l'obligation dont on demande l'exécution paraisse raisonnablement fondée".
- (2) V. Cass. Com., 8 déc. 1987, préc., Bull. IV, n° 267, p. 200, D. 1988. 52, 1ère esp., qui casse un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 6 nov. 1986 (2e Ch., Gaz. Pal. 1987. I. 65 ; B. SOUSI-ROUBI, "Pour l'application de l'art. 37 de la loi du 25 janv. 1985 aux concours bancaires", Gaz. Pal. 1987. I. Doctr., 101). La Cour d'appel a déclaré que l'obligation de concours incombe aux établissements financiers n'était pas sérieusement contestable eu égard à l'art. 37 de la loi de 1985. La Chambre commerciale, dans sa formation plénière, désapprouve la décision des juges d'appel en ce qu'elle a d'une part, méconnu la compétence exclusive du juge commissaire en la matière, d'autre part, déclaré de façon erronée que l'obligation n'est pas sérieusement contestable.
- (3) En matière contractuelle, il suffira de vérifier qu'il n'y a "pas eu dénaturation de la convention des parties", v. A. PERDRIAU, préc., J.C.P. 1988. I. 3365, n° 31.

§ 2. La contestation sérieuse justifiant l'intervention du juge du provisoire.

L'existence d'une contestation sérieuse n'est pas toujours un obstacle aux pouvoirs du juge. Face aux situations qui appellent "une décision urgente dans l'intérêt d'une bonne justice" (1), le juge prendra toutes les mesures que commande la situation, dans l'attente de la décision de la juridiction ordinaire.

Sans pour autant trancher la contestation qui est soulevée, c'est la présence de cette contestation, l'existence du différend opposant les plaideurs, qui autorise les mesures urgentes. Dans cette optique, le recours au juge des référés peut se réclamer de l'art. 808, deuxième branche, - A -.

L'existence d'un différend justifie également les mesures d'instruction et concerne, par conséquent, l'administration de la preuve, - B -.

A. L'EXISTENCE D'UN DIFFEREND, ARTICLE 808, 2e BRANCHE DU NOUVEAU CODE DE PROCEDURE CIVILE :

L'art. 808 nouv. c. pr. civ. énonce que "Dans tous les cas d'urgence, le président (...) peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse **ou** que justifie l'existence d'un différend".

La manière dont est construite la phrase autour de la conjonction "ou" a donné lieu à diverses interprétations. Elle

(1) A. BLAISSE, préc., J.C.P. 1982. I. 3083, n° 10.

impose l'analyse du rapport existant entre les notions d'existence d'un différend et de contestation sérieuse, - 1 -. Nous verrons ensuite les principes d'application du second membre de phrase de l'art. 808, - 2 -.

- 1 - Le lien entre les notions d'"existence d'un différend" et de "contestation sérieuse" :

Toute la difficulté consiste à cerner le sens et à déterminer la portée que la conjonction "ou" donne au texte. On y a parfois vu la possibilité du référé en cours d'instance (1). On a également pu croire que le mot marquait la seconde branche d'une alternative où, l'existence de la contestation sérieuse n'étant pas mentionnée, le juge aurait le pouvoir d'ordonner toute mesure sans la moindre limitation (2) et donc le pouvoir de trancher l'éventuelle contestation. Le second pan de phrase aurait ainsi évincé le premier, vague réminiscence d'une notion jurisprudentielle ancienne. Pourtant nous avons constaté que l'objectif de la réforme n'était pas de bouleverser les principes traditionnels (3). Si l'explication

- (1) V. G. COUCHEZ, note sous T.G.I. Lyon, réf., 16 oct. 1973, préc. ; du même auteur, "Procédure civile", Sirey, 4e éd., 1986, n° 57, spéc. p. 38 ; v. cep. depuis la 6e éd. de cet ouvrage, n° 57 : l'art. 808 "permet d'ordonner des mesures que justifie l'existence d'un différend, lequel peut être sérieux et faire déjà l'objet - le cas échéant - d'une instance principale (...)".
- (2) V. H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1278, p. 1078, où cette interprétation est déclarée "difficilement acceptable" ; v. également E. BLANC, J. VIATTE, op. cit., art. 808, p. 515 ; J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1975. 143 ; R. PERROT, préc., Gaz. Pal. 1974. 2. Doctr., 895, n° 18 et obs. in Rev. trim. dr. civ. 1974. 674.
- (3) Cf. supra, p. 75, - A -.

avancée avait été retenue, elle aurait démesurément augmenté les pouvoirs du juge des référés.

La décision fréquemment citée en exemple de cette interprétation déviant est l'ordonnance rendue le 16 octobre 1973 par le Président du T.G.I. de Lyon (1). Mais si cette décision estime que l'art. 808 "permet tout d'abord au juge des référés en cas d'urgence d'ordonner des mesures définitives, lorsqu'il n'existe aucune contestation sérieuse" (2), elle poursuit en ces termes : "ce texte permet également au juge des référés, en cas d'urgence, d'ordonner des mesures provisoires que justifie l'existence d'un différend et cela même en présence d'une contestation sérieuse sur le bien-fondé ou la recevabilité de l'instance principale que le demandeur pourrait introduire par la suite ; qu'il en est ainsi notamment des mesures d'expertises (...)" . L'interprétation de l'art. 808, seconde branche, retenue par le Président est parfaitement fondée. Il ne s'agit pas d'accorder au juge "le pouvoir d'ordonner une mesure qui se heurte (de front) à une contestation sérieuse", ce qui serait "admettre que le rédacteur de ces textes a effacé de la main gauche ce qu'il avait écrit de la main droite" (3), mais de permettre au juge des référés d'intervenir nonobstant l'existence d'une telle contestation, pour ordonner toutes les mesures que justifie la situation litigieuse (4). C'est donc ici la présence d'une

(1) T.G.I. Lyon, réf., 16 oct. 1973, préc. ; v. spéc. p. 84.

(2) Affirmation criticable, cf. supra, p. 85, - 2 -.

(3) R. PERROT, "Droit judiciaire privé", op. cit., p. 454.

(4) En l'occurrence, une mesure d'expertise, v. également R. TENDLER, note sous quatre esp., préc., spéc. p. 668, col. de droite, avant la note (20).

contestation sérieuse (que le Président ne peut par définition trancher) qui justifie l'intervention du juge.

Lorsque le juge des référés est saisi d'un différend (qui existe par hypothèse, puisqu'on se situe dans un cadre contradictoire), deux éventualités sont à considérer.

Soit la prétention du demandeur n'est pas sérieusement contestable et nous sommes dans le cadre de l'art. 808, première branche ; soit cette prétention se heurte à une contestation sérieuse, auquel cas l'opportunité d'ordonner des mesures conservatoires dans l'attente d'une décision au fond est à prendre en considération. Le sérieux du différend qui oppose dans ce cas les plaideurs autorise le juge à prescrire les mesures qui lui apparaissent nécessaires (1).

Le problème n'est plus alors celui de l'existence d'une contestation sérieuse "sur les moyens qui servent de fondement à la mesure demandée" (2). Il est reporté sur le terme de "différend", qui désigne la réalité de cette contestation et qui autorise le juge à ordonner les mesures qui s'imposent (3). Il n'est pas demandé au juge du provisoire de résoudre le

(1) Par ex. Cass. Civ. 2e, 14 fév. 1973, préc. ; v. aussi L. CADIER, op. cit., n° 999, p. 525 ; J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1981. 896 ; J.-P. ROUSSE, "La contestation sérieuse, obstacle à la compétence du juge des référés - La contestation sérieuse, condition de la compétence du juge des référés", Gaz. Pal. 1974. 2. Doctr., 837.

(2) Cf. H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1278, p. 1078.

(3) V. Ph. BERTIN, préc., v° "Référé civil", n° 147 ; R. PERROT, préc., Gaz. Pal. 1974. 2. Doctr., 895, n° 20-21 : il faut donc distinguer "le cas habituel où la contestation sérieuse porte sur le droit qui sert de fondement à la mesure sollicitée, et l'hypothèse où c'est elle qui est à l'origine du différend et qui, en un mot, constitue sa raison d'être".

conflit qui est né entre les parties (la contestation sérieuse l'en empêche), "mais de prendre telle mesure (...) permettant d'attendre sans dommage que le tribunal" départage les plaideurs (1).

C'est pourquoi il n'est pas surprenant de rencontrer des affaires dans lesquelles le défendeur résiste au référé en prétendant que la contestation n'est pas sérieuse (2). C'est la présence d'un différend sérieux entre les parties qui va permettre au juge de statuer (3).

La Cour de cassation impose d'ailleurs aux juges des référés de rechercher si la mesure sollicitée n'est pas justifiée par l'existence d'un différend lorsqu'ils la refusent en invoquant la présence d'une contestation sérieuse (4).

L'ambiguïté de la construction grammaticale de l'art. 808 a laissé planer un doute. La pratique et les auteurs y ont porté remède. Le texte a néanmoins l'important mérite de

(1) Ph. BERTIN, préc., v° "Référé civil", n° 153.

(2) Par ex. Cass. Civ. 1ère, 28 juin 1965, Bull. I, n° 429, p. 317, Rev. trim. dr. civ. 1966. 359, obs. P. HEBRAUD : la validité d'un contrat était sérieusement contestée. L'existence de cette contestation compromettait le droit de propriété invoqué par le défendeur et justifiait une mesure conservatoire de séquestre.

Finalement, prétendre que la contestation n'est pas sérieuse revient pour le défendeur à démontrer le caractère non sérieusement contestable de sa propre prétention.

(3) V. J.-J. BURST, obs. sous Colmar, aud. sol., 18 oct. 1972, préc. ; H. CROZE, Ch. MOREL, op. cit., p. 291 ; J.-J. DAIGRE, note crit. sous Paris, 1ère Ch. A, 26 mars 1986, Rev. soc. 1986. 613, n° 12 ; R. PERRON, préc., in Mél. P. HEBRAUD, Toulouse, 1981, n° 20.

(4) V. Cass. Civ. 1ère, 16 juil. 1987, Bull. I, n° 229, p. 168 ; Cass. Civ. 1ère, 15 nov. 1988, Bull. I, n° 321, p. 218, J.C.P. 1989. IV. 22 ; Versailles, 14e Ch., 2 déc. 1988, Gaz. Pal. 1989. 2. somm. 426.

rappeler "le dualisme de la structure du référé" (1). On peut certainement regretter que les termes utilisés ne soient pas plus clairs. Ils supposent, mais est-ce vraiment un mal, la connaissance de l'évolution de l'institution des référés.

L'existence d'un différend autorise donc toutes les mesures provisoires et d'attente que l'opportunité commande (2). Ces mesures vont permettre soit de mettre fin à une situation intolérable, soit de résERVER les droits antagonistes des parties lorsque leur valeur est incertaine (3).

- 2 - Les applications de l'article 808, seconde branche :

En pratique, il semble que le recours à l'art. 808, seconde branche du nouveau Code est utilisé chaque fois que les autres cas de référé sont exclus, soit que la contestation est sérieuse (ce qui empêche le jeu des art. 808, première branche

(1) H. MOTULSKY, obs. sous Paris, 14e Ch., 2 fév. 1967 et T.G.I. Seine, réf., 13 avr. 1967, préc.

(2) V. J.-P. ROUSSE, préc., Gaz. Pal. 1977. 1. Doctr., 249, spéc. p. 251-252.

(3) Le différend doit être "d'autant plus sérieux que la mesure est contraignante pour celui qu'elle atteint", v. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1981. 896 ; v. aussi J.-J. DAIGRE, note sous Paris, 1ère Ch. A, 26 mars 1986, préc., n° 12.

Le différend existe parfois à l'état latent. Malgré cela, le juge peut prescrire les mesures que justifie le risque potentiel, par ex. une expertise ; v. également J. NORMAND, Rapport au Coll. Pau, Cahiers de l'Université, 1979, p. 62 ; M. PEISSE, "Le référé préventif en matière de construction immobilière", Gaz. Pal. 1975. 1. Doctr., 436 et Gaz. Pal. 1987. 2. Doctr., 657 ; J. VIATTE, préc., Gaz. Pal. 1976. 2. Doctr., 709, spéc. col. de droite.

et 809, al. 2), soit que le trouble n'est pas manifestement illicite et le dommage lointain (ce qui exclut l'art. 809, al. 1er) (1). Le référé de l'art. 808, seconde branche, apparaît donc comme le référé de la "dernière chance", lorsque, dans l'impossibilité de recourir aux autres cas de référé, une décision immédiate est indispensable pour geler provisoirement la situation dans l'attente de la décision du juge du fond (2), ou, à l'inverse, pour débloquer un état de fait qu'il serait injustifié de laisser se maintenir (3). A ces mesures d'attente s'ajoutent toutes les mesures préparatoires et en particulier celles d'instruction que la jurisprudence admet de manière

- (1) Ajoutons pour mémoire l'hypothèse où il n'y avait pas de difficultés d'exécution (ancien art. 811).
- (2) Par ex. Cass. Soc., 23 mars 1982, Bull. V, n° 208, p. 153, J.C.P. 1982. IV. 204 ; A. BLAISSE, préc., J.C.P. 1982. I. 3083 : un comité d'entreprise a organisé une consultation juridique dans les locaux de l'entreprise. En l'absence de voie de fait, de dommage imminent, de décision de justice antérieure, et en présence d'une contestation sérieuse sur la validité de cette pratique au regard de l'art. L. 432-2 c. trav. (est-ce ou non une oeuvre sociale au sens de ce texte ?), la Cour de cassation a reconnu au juge des référés le pouvoir de prendre une mesure provisoire d'interdiction, en relevant l'existence d'un différend ; v. aussi Cass. Civ. 3e, 11 nov. 1974, Bull. III, n° 246, p. 186 : en présence d'une incertitude sur la solution d'un différend dont le tribunal est déjà saisi au fond, le juge des référés peut ordonner la suspension des travaux de construction d'un immeuble sur le fondement de l'art. 808, seconde branche, du nouveau Code ; rappr. Cass. Civ. 3e, 14 déc. 1976, Bull. III, n° 464, p. 353.
- (3) Par ex. T.G.I. Paris, réf., 22 déc. 1976, préc. : le Président peut statuer sur le recours formé contre une décision bancaire d'interdiction d'émettre des chèques ; v. aussi Cass. Civ. 1ère, 1er fév. 1983, J.C.P. 1984. II. 20315, obs. A. BLAISSE : pour rétablir des liens affectifs entre grands-parents et petits-enfants, le juge des référés a pu accorder un droit de visite, sur le fondement de l'art. 808, seconde branche.
L'intervention du Président peut ici servir à sauvegarder des droits indiscutables ; songeons aux mesures de séquestration.
On rappellera que l'urgence doit être constatée par le juge. Sur la question de l'urgence, v. supra, p. 5 et s.

relativement large (1).

Toutes ces mesures ne touchent en rien le principal de l'affaire. Elles aménagent une situation de façon temporaire (2). Il en résulte que ce type de référé précède ou accompagne l'instance au fond (3), contrairement à l'art. 808, première branche, qui bien souvent l'évince (4).

Ainsi, les mesures de protection sont appelées à disparaître avec la décision du juge du fond. Elles ne sont cependant pas à ordonner à la légère : les mesures choisies doivent être proportionnées au sérieux du différend et tenir compte de la gravité du risque auquel le demandeur est exposé (5).

(1) Paris, 14e Ch., 5 mars 1966, J.C.P. 1967. IV. 19 ; Nancy, 3e Ch., 19 fév. 1970, D. 1970. 255 ; v. J.-F. BOIRON, préc., v° "Référé commercial", n° 36.

La demande d'instruction est généralement reçue, sauf lorsque l'action en vue de laquelle cette mesure est sollicitée est à l'évidence irrecevable, v. Paris, 1ère Ch., 10 mars 1937, J.C.P. 1937. II. 160 ; rappr. *infra*, p. 179-180.

(2) M.-Cl. RONDEAU-RIVIER, préc., *Gaz. Pal.* 1991. 2. *Doctr.*, 355, spéc. p. 357 ; v. aussi H. CROZE, Ch. MOREL, *op. cit.*, p. 291.

(3) Sous réserve de la compétence exclusive du juge de la mise en état, art. 771 nouv. c. pr. civ.

(4) Cf. J.-P. ROUSSE, préc., *Gaz. Pal.* 1974. 2. *Doctr.*, 837, spéc. p. 838, col. de droite.

(5) J.-F. BOIRON, J. NORMAND, préc., v° "Référé", n° 45, spéc. p. 434-7 ; v. aussi J.-F. BOIRON, préc., v° "Référé commercial", n° 40 ; J. NORMAND, obs. in *Rev. trim. dr. civ.* 1981. 896 ; J.-P. ROUSSE, préc., *Gaz. Pal.* 1974. 2. *Doctr.*, 837, spéc. p. 838, col. de droite.

La Cour de cassation vérifie si la mesure ordonnée est justifiée par le sérieux du différend, v. Cass. Com., 19 mai 1987, Bull. V, n° 122, p. 93 ; A. PERDRIAU, préc., J.C.P. 1988. I. 3365, n° 17 ; rappr. Cass. Civ. 3e, 25 janv. 1989, Bull. III, n° 19, p. 10, J.C.P. 1989. IV. 113 ; Cass. Civ. 2e, 1er fév. 1989, J.C.P. 1989. IV. 120, *Rev. arb.* 1989. 494, 1ère esp., note G. COUCHEZ.

Si l'art. 808, première branche, semble posséder un rôle complémentaire, celui de l'art. 808, seconde branche, apparaît subsidiaire (1).

Cette impression de subsidiarité de ce membre de phrase du texte est renforcée par la présence de dispositions qui, tout en recouvrant les idées contenues dans la notion d'existence d'un différend - ainsi, l'idée de conservation ou de dommage imminent - (2), répondent à des conditions d'application plus souples (3) et sont donc appelées à intervenir plus fréquemment.

L'importance pratique que revêtent les mesures d'instruction et la création de l'art. 145 dans le nouveau Code par l'art. 4 du décret n° 73-1122 du 17 décembre 1973, précité, appelle un développement particulier.

B. L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE :

Il sera peu question ici des mesures d'instruction

(1) Cf. A. BLAISSE, préc., J.C.P. 1982. I. 3083.

(2) V. art. 809, al. 1er, nouv. c. pr. civ. ; v. aussi Paris, 14e Ch., 25 janv. 1975, D. 1975. 412, note D. SCHMIDT : le juge des référés a pu "ordonner une mesure que justifiait tant l'existence d'un différend sur les droits et obligations des parties que l'imminence d'un dommage (...)" ; rappr. T.G.I. Paris, réf., 22 déc. 1976, préc. ; Cass. Com., 2 oct. 1984, Bull. IV, n° 251, p. 206, J.C.P. 1984. IV. 337 : "l'existence d'une contestation sérieuse ne fait pas obstacle à ce que le juge des référés prescrive les mesures conservatoires qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite". Sur ce point, v. infra, p. 245 et s.

(3) V. également R. TENDLER, note sous quatre esp., préc., spéc. p. 669, col. de gauche.

auxquelles le Président peut recourir avant dire droit (1). La matière est en effet dominée par les mesures d'instruction *in futurum*. Autorisées par l'ancien droit, elles furent interdites par l'ordonnance de 1667 (2). Le Code de procédure civile a persisté dans ce mouvement restrictif et la jurisprudence, dans un premier temps, s'est soumise à ce principe de prohibition en estimant qu'une demande d'expertise ou de constat est nécessairement l'accessoire d'une demande principale (3). Les mesures d'instruction étaient alors considérées comme des incidents à un procès déjà né (4).

La nécessité d'un intérêt né et actuel (5) ainsi qu'une certaine conception de la mission du juge, qui n'aurait pas à contribuer à la préparation de nouveaux litiges ni à suppléer la carence d'une partie dans l'administration de la preuve (6), confortaient cette objection de principe à la recevabilité des mesures d'instruction à futur en particulier et des demandes préventives en général (7).

(1) Sur leur régime, v. *infra*, p. 678, spéc. p. 679.

(2) M. JEANTIN, "Les mesures d'instruction "*in futurum*", D. 1980. Chron., 205, n° 3 ; J. VIATTE, note sous Cass. Civ. 3e, 10 déc. 1980, préc., spéc. p. 288.

(3) Cass. Req., 6 fév. 1900, D.P. 1900. I. 167 ; J.-Cl. PEYRE, "Le référendum probatoire de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile", J.C.P. 1984. I. 3158, n° 2 ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. I, n° 236, p. 213 ; E. BLANC, J. VIATTE, op. cit., art. 145, p. 148.

(4) J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit., n° 143, p. 146.

(5) Bien que la formule ne figure pas dans le nouveau Code, elle est admise. Un intérêt seulement éventuel ne saurait suffire, cf. J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit., n° 27, p. 41.

(6) Chambéry, 27 juin 1978, Gaz. Pal. 1979. I. 192, note J. LENEVEU, Rev. trim. dr. civ. 1979. 833, obs. R. PERROT ; solution remise en cause par la suite, cf. *infra*, p. 178, *in fine*.

(7) Ph. THERY, "L'article 145 du nouveau Code de procédure civile", in "La recherche de la preuve", Journée d'étude, C.F.P.A. Bourges, Rev. jur. Centre Ouest 1988, n° 2, spéc. p. 211 ; rappr. M. JEANTIN, préc., D. 1980. Chron., 205, n° 5 et n° 1 : "S'il est un principe dont la justification théorique était des plus délicates, c'était bien celui de la prohibition des mesures d'instruction *in futurum*".

Les intérêts du procédé ont progressivement fait tomber les barrières, - 1 -.

L'extension considérable du domaine d'intervention du Président à laquelle conduit la reconnaissance de ce pouvoir impose néanmoins l'édition de certaines limites, parmi lesquelles il n'est pas intéressant de chercher à déceler celles tenant au caractère provisoire de l'ordonnance de référé, - 2 -.

- 1 - L'importance des mesures d'instruction in futurum :

L'intérêt premier des mesures d'instruction à futur est à rechercher dans la sauvegarde d'éléments de preuve. Illustrant cette proposition, la Cour d'appel de Paris a déclaré le 23 octobre 1953, qu'en égard "aux possibilités de dépérissement de la preuve, les renseignements contenus à un rapport d'expertise, dressé en des temps voisins d'un accident, présentent un caractère plus déterminé que les constatations produites à une enquête édifiée devant le juge du fond, de nombreux mois après" (1).

Si ces mesures permettent également de mieux préparer l'engagement des hostilités (2), elles sont surtout destinées à

- (1) Paris, 14e Ch., 23 oct. 1953, D. 1953. 688 ; J.-Cl. PEYRE, préc., J.C.P. 1984. I. 3158, n° 4. Il relève en effet d'une bonne administration de la Justice que de prescrire "une mesure d'instruction qui, plus tard, risque de se révéler impossible ou inféconde" (H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. I, n° 237, spéc. p. 215). D'où l'intérêt, par exemple, d'une enquête conservatoire.
- (2) Et donc d'assurer une meilleure connaissance des éléments du conflit, par ex. lorsqu'il est demandé au juge de prescrire des constatations qui permettront de dégager ultérieurement des responsabilités, v. J. VIATTE, préc., Gaz. Pal. 1976. 2. Doctr., 709.

éviter ou à prévenir les procès (1). Ainsi, afin de diminuer les causes de litiges en matière de construction immobilière, les promoteurs ont eu l'idée de faire constater par un expert les risques éventuels liés à la fouille des fondations pour les bâtiments voisins. A cette occasion, l'expert indique les moyens de prévenir ce risque particulier (2).

La difficulté à trouver un fondement juridique à cette situation sous l'égide des textes anciens avait fait reculer plus d'un juge des référés. Des magistrats sont toutefois intervenus en utilisant le cadre des référés d'urgence (3). Ils ont estimé que lorsque le plaideur sollicite une mesure d'instruction, cette demande doit être admise chaque fois qu'elle permet de "réunir des éléments de fait pouvant servir de base à un procès futur et sur la valeur desquels le juge du fond statuera seul et en pleine connaissance de cause. Une contestation sérieuse portant sur l'existence du droit à la reconnaissance duquel tend la mesure d'instruction ne saurait nullement y faire obstacle. Elle en est bien au contraire la justification". Le juge des référés ne tranche pas la

-
- (1) Cf. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1986. 799 : l'utilité des mesures d'instruction est telle, que leur exécution "va permettre au plaideur de n'engager un procès qu'à bon escient" ; rappr. Ph. THERY, Rapport de synthèse, in Journée d'étude, C.F.P.A. Bourges, préc., Rev. jur. Centre Ouest 1988, n° 2, spéc. p. 247.
 - (2) V. Ph. BERTIN, préc., v° "Référez civil", n° 208 ; J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1976. 599 ; M. PEISSE, préc., Gaz. Pal. 1975. 2. Doctr., 436 ; R. PERROT, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1976. 628.
 - (3) P. CUCHE, J. VINCENT, op. cit., n° 341, p. 365 ; M. JEANTIN, préc., D. 1980. Chron., 205, n° 5 ; R. PERROT, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1976. 628 ; R. ROUSSEAU, LAISNEY, op. cit., v° "Référez", n° 64, p. 259, n° 76, p. 260 et n° 118, p. 266 ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. I, n° 238, p. 216.

contestation sérieuse, il ordonne la mesure demandée "tous droits et moyens des parties étant expressément réservés" (1). Parfois, c'est l'interdiction de porter préjudice au principal qui avait été invoquée à l'encontre d'une demande d'expertise (2). Là encore, il fallait pourtant admettre que l'ordonnance qui tend à mettre à la disposition des juges des moyens d'information de nature à éclairer leur décision ne pouvait préjudicier au fond, puisque cette mesure, ordonnée tous droits et moyens des parties réservés, n'implique pas une prise de position du magistrat sur le fond (3). Pour que la mesure soit justifiée, il suffisait donc que la prétention au fond ait une apparence de sérieux (4) ; cependant, la condition d'urgence était alors incontournable (5).

Les Présidents ont donc largement ouvert la voie aux mesures d'instruction à futur, tant et si bien que la seule critique sérieuse élevée contre ce procédé consistait pour la doctrine à relever le caractère contradictoire de la solution qui accorde un pouvoir important au Président alors que la jurisprudence "refuse aux tribunaux le droit d'ordonner des

- (1) J.-P. ROUSSE, préc., Gaz. Pal. 1977. 1. Doctr., 249, spéc. p. 251 et Gaz. Pal. 1974. 2. Doctr., 837, spéc. p. 838, col. de droite ; v. aussi Cass. Civ. 2e, 22 fév. 1962, Bull. II, n° 224, p. 156 ; Nancy, 3e Ch., 19 fév. 1970, préc. ; T.G.I. Toulouse, réf., 23 nov. 1971, J.C.P. 1972. IV. 24 ; J.-F. BOIRON, préc., v° "Référez commercial", n° 36-37 ; J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1980. 397.
- (2) V. M. JEANTIN, préc., D. 1980. Chron., 205, n° 5 ; M. OLIVIER, Rép. pr. civ. Dalloz, "Mesures d'instruction confiées à un technicien", n° 29.
- (3) T.G.I. Toulouse, réf., 23 nov. 1971, préc.
- (4) V. Cass. Soc., 22 avr. 1966, Bull. IV, n° 370, p. 315.
- (5) Cf. M. JEANTIN, préc., D. 1980. Chron., 205, n° 5.

mesures d'instruction *in futurum* : il semble bien que le président ne devait pas avoir plus de droits que le tribunal" (1). Néanmoins, les mêmes auteurs ajoutent que les "services considérables rendus à la pratique par cette façon de procéder permettent de faire abstraction de ces difficultés purement théoriques et d'ailleurs un peu excessives" (2).

L'art. 145 nouv. c. pr. civ. reprend une innovation du décret du 17 décembre 1973, précité, et consacre la jurisprudence que les nécessités de la pratique (3) et les intérêts d'une bonne administration de la Justice (4) ont imposée. Le nouveau Code admet désormais expressément la possibilité de recourir à des mesures d'instruction en dehors de tout procès actuel (5).

(1) E. GARSONNET, Ch. CEZAR-BRU, op. cit., n° 1028, p. 746.

(2) E. GARSONNET, Ch. CEZAR-BRU, op. cit., n° 1028, p. 746 ; rappr. Ph. BERTIN, préc., v° "Référe civil", n° 210.

(3) Particulièrement dans le droit de construction, cf. supra, p. 166.

(4) Cf. P. HEBRAUD, "La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge", Ann. Université de Toulouse, t. XXVI, 1978, p. 379, spéc. p. 381 : "l'un des traits du procès doit être de mettre le juge dans la meilleure situation possible pour appréhender la vérité".

(5) Art. 145 : "S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé".

Ces mesures "ne peuvent être ordonnées par voie de requête que lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement", v. Cass. Civ. 2e, 13 mai 1987, Bull. II, n° 112, p. 65. A défaut, c'est la voie du référé qu'il convient d'utiliser, v. H. CROZE, Ch. MOREL, op. cit., p. 295, note (50) et les références ; J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1986. 404 ; R. PERROT, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1981. 209 et 1988. 181 ; v. contra, M. JEANTIN, préc., D. 1980. Chron., 205, n° 23.

La jurisprudence a rapidement dégagé l'autonomie de l'art. 145 du nouveau Code, tant par rapport aux conditions édictées par les textes spéciaux qui régissent l'intervention du Président lorsqu'il statue en référé, que par rapport aux règles relatives aux mesures d'instruction en général (1).

Il n'est d'abord plus besoin de justifier de l'urgence.

L'existence d'une contestation sérieuse, ensuite, importe peu. Lorsque le juge des référés statue en application de l'art. 145 nouv. c. pr. civ., il "n'est pas soumis aux conditions exigées par l'article 808 du même Code" (2). Il s'agit d'une disposition "autonome et se suffisant à elle-même" (3).

- (1) En particulier l'art. 146 et plus précisément la règle suivant laquelle les mesures d'instruction ne peuvent être ordonnées en vue de suppléer la carence d'une partie dans l'administration de la preuve, v. *infra*, p. 178, *in fine*.
En ce qui concerne l'art. 150 et la question de l'appel, v. *infra*, p. 678-679.
- (2) Cass. Civ. 1ère, 9 fév. 1983, Bull. I, n° 56, p. 49 ; v. aussi T.G.I. Toulouse, réf., 10 juin 1975, J.C.P. 1976. II. 18310, obs. E.-J. GUILLOT ; Paris, 1ère Ch. A, 10 janv. 1979, Gaz. Pal. 1979. I. 166, note J. VIATTE ; Paris, 14e Ch. C, 5 fév. 1993, D. 1993. I.R. 99 ; Ph. BERTIN, préc., v° "Référé civil", n° 209 ; E. BLANC, J. VIATTE, op. cit., art. 145, p. 148 ; P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 97, p. 79 ; S. GUINCHARD, note sous Cass. Com., 15 nov. 1983, Gaz. Pal. 1984. I. pan. 79, Bull. IV, n° 307, p. 267 ; M. JEANTIN, préc., D. 1980. Chron., 205, n° 22 à 25 ; J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1980. 395 et 1983. 185 ; R. PERROT, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1982. 786 ; J.-Cl. PEYRE, préc., J.C.P. 1984. I. 3158, n° 8 et s. ; E. PUTMAN, note sous Saint-Denis de la Réunion, 21 avr. 1989, Gaz. Pal. 1991. I. 40 ; Ph. THERY, préc., Rev. jur. Centre Ouest 1988, n° 2, p. 163 et s., spéc. p. 214 et 215 ; v. aussi J.-P. ROUSSE, préc., Gaz. Pal. 1977. I. Doctr., 249, spéc. p. 251, col. de droite.
- (3) Paris, 14e Ch. B, 13 mai 1988, D. 1988. I.R. 181 ; v. également M. JEANTIN, préc., D. 1980. Chron., 205, n° 6. Adde Cass. Civ. 1ère, 12 mai 1993, J.C.P. 1993. IV. 208, n° 1742.

L'art. 145 apparaît d'ailleurs dans le Livre premier du nouveau Code relatif aux dispositions communes à toutes les juridictions, contrairement aux art. 808 et s. qui figurent dans le Livre deuxième qui traite des dispositions particulières à chaque juridiction. On ne peut donc arguer des conditions spécifiques de mise en oeuvre des pouvoirs du juge des référés pour limiter une disposition qui édicte une "règle de compétence générale". "Il n'y a pas lieu d'ajouter à l'art. 145 des conditions qui n'y figurent pas et surtout d'aller en chercher dans des dispositions spéciales" (1).

L'application de l'art. 145 ne suppose donc pas que l'existence d'un différend soit démontrée. Il suffit de vouloir "prévenir un différend en s'assurant de preuves qui incitent les parties à s'abstenir de tout litige" (2).

Mais l'existence de l'art. 145 n'a pas pour effet d'enlever toute utilité à l'art. 808. Le juge des référés peut toujours ordonner des mesures d'instruction sur le fondement de ce texte lorsque ses conditions d'application sont remplies (3).

L'intérêt de la survivance de cette voie parallèle doit

(1) J. VIATTE, note sous Paris, 1ère Ch. A, 10 janv. 1979, préc.

(2) J.-Cl. PEYRE, préc., J.C.P. 1984. I. 3158, n° 17.

(3) V. T.G.I. Lyon, réf., 16 oct. 1973, préc. ; Paris, 14e Ch., 17 fév. 1975, Gaz. Pal. 1975. 2. somm. 238, Rev. trim. dr. civ. 1976. 599, obs. J. NORMAND ; P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 82, p. 68 ; v. également Cass. Com., 8 mars 1988, Bull. IV, n° 98, p. 68, qui reconnaît au Président le pouvoir d'ordonner une expertise sur le fondement de l'art. 872 du nouveau Code. Enfin, il n'est pas à exclure qu'une telle demande soit admise par application de l'art. 809, al. 1er (et art. correspondants) lorsque le demandeur justifie de la menace d'un dommage imminent, v. spéc. M. PEISSE, préc., Gaz. Pal. 1987. 2. Doctr., 657, A 12. Adde et rappr. Cass. Civ. 1ère, 30 juin 1993, D. 5 août 1993, Flash. V. cep. Ph. BERTIN, préc., v° "Référez civil", n° 209.

cependant trouver une explication : pourquoi s'appuyer sur des textes a priori plus restrictifs que l'art. 145 quant à leurs conditions de mise en oeuvre ? La raison se trouve certainement dans la lettre de l'art. 145 qui n'autorise la prescription de mesures d'instruction qu'"avant tout procès". La jurisprudence en déduit que lorsqu'une "instance au fond est engagée, fût-ce devant une juridiction ne comportant pas la mise en état, les dispositions de l'art. 145 nouv. c. pr. civ. sont inapplicables" (1).

Par conséquent, le juge des référés peut ordonner une mesure d'instruction avant tout procès dans les conditions fixées par l'art. 145 nouv. c. pr. civ. Une fois le juge du fond saisi, le juge des référés ne devient pas ipso facto incompétent ; il peut encore ordonner ces mesures, mais sur la base d'un texte spécial (art. 808 ou 809, al. 1, (2)) et seulement tant que le magistrat de la mise en état n'est pas saisi (3).

- (1) Cf. par ex. Cass. Civ. 2e, 24 oct. 1990, Bull. II, n° 216, p. 109, Gaz. Pal. 1991. 1. pan. 44 ; Cass. Civ. 2e, 16 juill. 1992, Gaz. Pal. 1992. 2. pan. 317 ; Cass. Civ. 2e, 21 oct. 1992, Bull. II, n° 246, p. 122 ; v. aussi Nîmes, 3e Ch., 19 fév. 1975, Gaz. Pal. 1975. 2. somm. 293 ; Cass. Com., 15 nov. 1983, préc. ; Paris, 14e Ch. B, 3 mai 1984, D. 1984. I.R. 272, Rev. trim. dr. civ. 1984. 561, obs. R. PERROT. Adde R. PERROT, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1991. 800.
- (2) Cf. P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 82, p. 68. Auquel cas les dispositions procédurales concernant l'administration de la preuve trouvent à nouveau à s'appliquer.
- (3) Dans le même sens, v. Ph. BERTIN, "L'empire Hersant face au maquis de la procédure", Gaz. Pal. 1986. 1. Doctr., 177, spéc. p. 178, col. de droite, in fine et p. 179, col. de gauche. M. BERTIN remarque également que si le juge rapporteur qui existe auprès du T. com. possède aux termes des art. 862 à 869 nouv. c. pr. civ. des pouvoirs similaires à ceux du juge de la mise en état, "on ne trouve pas dans ces articles une disposition analogue à celle de l'art. 771, donnant à ce juge compétence exclusive".

Nous venons de constater que lorsqu'il statue en application de l'art. 145, le juge des référés n'est pas soumis aux conditions édictées par les art. 808 et s. novv. c. pr. civ. L'art. 145 se trouve-t-il pour autant dégagé de toute limite ? Plus généralement, qu'en est-il de la notion de provisoire en matière d'administration de la preuve ?

- 2 - La notion de provisoire et l'administration de la preuve :

Afin de rendre effective l'obligation qui incombe à chacun "d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité" (art. 10 c. civ.) (1), le juge des référés peut recourir à toutes les mesures prévues par le nouveau Code dans le Titre septième du Livre premier (2).

Il pourra certes prescrire une mesure d'instruction en cours d'instance de référé, mais aussi une mesure d'instruction *in futurum*. Si la jurisprudence s'est montrée favorable à l'admission de l'expertise à futur, des doutes ont été élevés à l'encontre des enquêtes. M. BERTIN écrit ainsi que "l'enquête n'apparaît pas une mesure appropriée au référé, dans la mesure où elle tend à apporter la preuve de certains faits". Or, l'ordonnance de référé étant provisoire, le Président doit

- (1) V. aussi Paris, 14e Ch. B, 13 mai 1988, préc. ; E. PUTMAN, note sous Saint-Denis de La Réunion, 21 avr. 1989, préc.
- (2) P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 82, p. 69. Il s'ensuit que les mesures d'instruction "constituent le type des mesures que le juge des référés est amené à ordonner" (A. PERDRIAU, préc., J.C.P. 1988. I. 3365, n° 36).

se contenter de l'apparence des droits invoqués (1).

Un raisonnement identique peut être tenu pour les constatations de l'art. 249 nouv. c. pr. civ., qui peuvent apparaître comme définitives (2). La mesure exécutée "devient un élément intangible du débat qui s'instaurera devant le juge du fond si le différend persiste" (3). Il semble alors que "la nature informative ou probatoire de la décision lui fasse perdre son caractère provisoire" et aura une incidence déterminante sur le principal (4).

En réalité, le référé qui prescrit des mesures d'instruction précède ou accompagne généralement l'instance au fond (5).

"Le juge de l'urgent et du provisoire reçoit mission de

(1) Ph. BERTIN, préc., v° "Référé civil", n° 89.

(2) Par ex. T.G.I. Paris, réf. P.V., 15 juin 1989, inédit, n° 3741/89-16 : désignation d'un huissier de Justice aux fins de constat pour établir notamment les comptes entre les parties dans le cadre d'un litige relatif au paiement des loyers d'un bail d'habitation ; T.G.I. Paris, réf., 16 juin 1989, inédit, n° 6773/89-2 : désignation d'un huissier de Justice aux fins "de se faire remettre, par (une société de télévision) les cassettes d'enregistrement de tous les bulletins d'information diffusés sur" leur antenne un jour déterminé, de procéder à l'audition et d'effectuer la transcription dactylographiée desdites cassettes.

(3) J.-P. ROUSSE, préc., Gaz. Pal. 1977. 1. Doctr., 249, spéc. p. 251, col. de droite.

(4) J.-Cl. PEYRE, préc., J.C.P. 1984. I. 3158, n° 15 ; d'autant plus que le recours simultané au référé-expertise et au référé-provision permet souvent d'éviter l'intervention du juge du fond. Instruit du dommage et de sa gravité, le Président peut mettre un terme définitif au litige en allouant une provision qui correspond au montant intégral du préjudice subi.

(5) J.-P. ROUSSE, préc., Gaz. Pal. 1974. 2. Doctr., 837, spéc. p. 838, col. de droite : ce référé "est un épisode du litige avant la décision définitive".

préparer, à l'intention des juges du fond, la matière qui leur sera soumise pour l'élaboration de leur décision" (1). La "prescription d'une mesure d'instruction ne préjuge pas de la solution que donnerait ultérieurement le juge du fond sur le ou les points contestés" (2). Le fond du droit reste intact et le résultat sur lequel a débouché les mesures prescrites ne s'impose pas au juge du principal (3).

Certes, le rapport d'expertise, à l'instar du témoignage, ne lie jamais la juridiction ordinaire puisque son seul but est de mettre à la disposition du juge les éléments d'information qui lui permettront de prendre sa décision. Mais qui ira contester la validité d'une mesure qui donne au juge la possibilité de statuer en pleine connaissance de cause (4) ? Il faut bien admettre que l'influence que peut exercer une mesure d'instruction sur le juge du principal est réelle. Mais si elle devient un élément intangible du débat, cela n'a rien de criticable au regard des caractères du référé : rien n'empêche le magistrat chargé des référés d'ordonner une mesure qui aura des conséquences irrémédiabes, pour peu que cette mesure soit

- (1) Paris, 1ère Ch. A, 24 janv. 1986, Gaz. Pal. 1986. I. 163 ; Ph. THERY, préc., Rev. jur. Centre Ouest 1988, n° 2, spéc. XVI, p. 219 ; v. aussi J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1980. 397 et 1986. 799. Comp. en matière de revendication dans le cadre de la loi du 25 janv. 1985, Ph. BENEZRA, "Du Bon Usage de la Procédure de Référé en Matière de Revendication", Gaz. Pal. 1989. 2. Doctr., 650.
- (2) J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1983. 784 et 1990. 136.
- (3) V. T.G.I. Toulouse, réf., 23 nov. 1971, préc. ; J.-F. LE CLEC'H, "De l'expertise amiable devant le juge des référés", Sem. jur. 1942. I. 278 ; M. OLIVIER, préc., v° "Mesures d'instruction confiées à un technicien", n° 23.
- (4) Cf. J.-Cl. PEYRE, préc., J.C.P. 1984. I. 3158, n° 15.

légitime (1). Le Président peut ordonner toutes les mesures d'instruction légalement admissibles.

Toutefois, la délation de serment décisoire semble devoir faire l'objet d'une attention particulière.

Ce serment ayant pour effet nécessaire de trancher irrévocablement le litige (2), la jurisprudence refuse généralement qu'il puisse être déféré en instance de référé (3). Le serment semble porter atteinte au caractère provisoire de l'ordonnance dans la mesure où il termine "le litige d'une manière définitive et absolue" (4).

Mais rappelons, au risque de nous répéter, que les conséquences définitives qu'entraîne une telle mesure sont indifférentes, dès que le préjudice qui en découle n'est pas illégitime.

De plus, la délation de serment décisoire ne semble pouvoir se heurter à l'obstacle de la contestation sérieuse. Elle a au contraire pour effet de la supprimer (5).

Cependant, tout libéral que l'on puisse être, une réserve nous semble devoir s'imposer.

Le Président ne doit pouvoir ordonner un serment décisoire

(1) Cf. supra, p. 42, *in fine*, et s.

(2) V. Cass. Civ. 3e, 22 fév. 1978, J.C.P. 1978. IV. 136. V. aussi supra, p. 52.

(3) T. civ. Toulouse, réf., 28 juin 1950, préc. ; v. aussi H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. II, n° 995, spéc. p. 848.

(4) T. civ. Toulouse, réf., 28 juin 1950, préc. ; v. également P. FIESCHI-VIVET, J.-Cl. Civil, art. 1357 à 1369, Fasc. 159, n° 23.

(5) V. P. RAYNAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1951. 554 et 1955. 371 ; adde supra, p. 52.

lorsque ce serment porte sur le fond du procès (1). Non en raison de la nature essentiellement provisoire de la décision de référé (2), mais parce que le juge des référés n'est pas saisi du principal (art. 484 nouv. c. pr. civ.). Or, ordonner le serment décisoire aurait pour effet de trancher le fond du procès.

On a pu écrire que "Déférer le serment sur le fond ce n'est pas juger le fond, c'est permettre la formation d'un accord sur celui-ci (...)" (3). Néanmoins, peut-on réellement parler de "la formation d'un accord" lorsqu'un plaideur est soumis à la question (4) ? D'autant plus que sa réponse ou son attitude décidera de la solution du litige.

On a également rapproché la délation de serment de la constatation de l'accomplissement d'une clause résolutoire expresse (5). Au lieu de constater l'existence d'un titre, le Président, ici, constate un fait.

Néanmoins, l'existence d'une clause résolutoire expresse suppose nécessairement que les parties ont ménagé ce procédé particulier. La délation du serment décisoire, à l'inverse, est une règle de preuve prévue par le nouveau Code et la question qui s'élève est de savoir si le juge des référés peut ou non

(1) En ce sens, Aix-en-Provence, 6e Ch., 7 mai 1951, J.C.P.-A. 1951. IV. 1679, obs. G. MADRAY, Rev. trim. dr. civ. 1951. 554, obs. P. RAYNAUD ; Lyon, 1ère Ch., 8 nov. 1954, préc. ; v. aussi E. RAU, "Le Président du Tribunal de Grande Instance", L.G.D.J., 1965, t. II, n° 22, p. 881.

(2) Le dommage irréparable est possible, cf. supra, p. 41, - A -.

(3) P. RAYNAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1951. 554.

(4) Cf. art. 317, al. 1er et 2 nouv. c. pr. civ.

Le mécanisme est cependant traditionnellement analysé comme "un mode conventionnel de terminaison d'un procès", cf. F. TERRE, op. cit., n° 576, p. 449.

(5) Cf. note non signée sous T. civ. Toulouse, réf., 28 juin 1950, préc.

l'ordonner.

Lorsque le serment porte sur le fond même de la demande, la réponse devrait être négative, le juge des référés n'étant pas le juge du principal (1). Une réponse positive aurait pour conséquence de permettre au Président de trancher définitivement et absolument le fond du droit.

Certes, le juge du fond n'est jamais lié par l'ordonnance de référé et sa liberté d'appréciation est laissée intacte (2). Mais lorsque le serment porte sur le fond du procès, la solution de bon sens serait de ne pas autoriser un plaideur à revenir lors d'une instance au fond sur le serment qu'il a prononcé en référé.

Un choix doit alors être opéré entre les deux solutions envisageables.

Soit on admet la délation du serment décisoire sur le fond devant le Président, mais alors, la logique voudrait que le serment prêté devienne irrévocable et s'impose même au tribunal (3).

(1) Le 13 avr. 1953, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence (6e Ch.) a refusé le serment tout en ordonnant la comparution personnelle en vue de provoquer un aveu (J.C.P.-A. 1953. IV. 2155, obs. G. MADRAY). M. RAYNAUD y voit une contradiction, les deux procédés ayant un même objet (Rev. trim. dr. civ. 1953. 743). Il semble pourtant que la différence qui existe entre l'aveu (que le juge reçoit) et le serment (que le juge ordonne) est de nature à justifier la solution retenue par la Cour.

(2) Cass. Civ., 14 mars 1950, D. 1950. 396 : s'agissant d'un aveu judiciaire passé dans les écritures d'une instance en référé, la Cour déclare que "ces moyens empruntés à une procédure provisoire ne s'imposaient pas au juge du principal" ; v. aussi P. RAYNAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1951. 554, 1953. 743 et 1955. 371.

(3) A la condition que le tribunal adopte l'appréciation du juge "sur la recevabilité et l'opportunité de la mesure qu'il a ordonnée", v. J. NORMAND, op. cit., n° 409, p. 444.

Soit on admet la délation de serment décisoire en référé, mais uniquement à condition qu'il ne porte pas sur le fond même de la demande qui est réservé au tribunal (1). Cette solution semble davantage conforme au caractère provisoire des ordonnances de référé (2).

Le référé à fin de preuve conduit d'une certaine manière à restreindre les limites dans lesquelles sont a priori insérées les ordonnances de référé. Mais il trouve sa justification dans les objectifs qu'il poursuit.

De la même manière, les dispositions de l'art. 145 dérogent au droit commun de la preuve et en particulier à l'art. 146 du nouveau Code (3), qui prévoit en son second alinéa qu'"en aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve". La Cour de cassation a en effet décidé que les dispositions de l'art. 146 "ne s'appliquent pas lorsque le juge est saisi d'une demande fondée sur l'art. 145 (...)" (4).

(1) Dans le même sens, v. E. RAU, op. cit., n° 22, p. 881.

(2) V. en ce sens, Aix-en-Provence, 6e Ch., 13 avr. 1953, préc. ; Rouen, 1ère Ch., 23 fév. 1993, Bull. inf. C. cass. 15 juin 1993, n° 783, p. 40.

(3) Sur l'art. 150, v. infra, p. 678-679.

(4) Cass. Ch. mixte, 7 mai 1982, D. 1982. 541, concl. J. CABANNES, Gaz. Pal. 1982. 2. 571, note J. VIATTE ; v. aussi Cass. Civ. 2e, 17 mars 1982, Bull. II, n° 47, p. 32 ; Cass. Civ. 2e, 1er juin 1992, Bull. II, n° 160, p. 79 ; S. GUINCHARD, note sous Cass. Com., 15 nov. 1983, préc. ; J.-Cl. PEYRE, préc., J.C.P. 1984. I. 3158, n° 20 et s. ; R. PERROT, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1982. 787, spéc. II ; J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1983. 185. Sur l'opinion contraire, v. Chambéry, 27 juin 1978, préc. ; M. JEANTIN, préc., D. 1980. Chron., 205, n° 27 ; rappr. J. HERON, Rapport au XVIIe Coll. des I.E.J., "Le rôle du juge et des parties dans l'administration de la preuve", Grenoble, 1989, Université des Sciences Sociales de Grenoble, n° 15, p. 14.

L'établissement ou la conservation d'une preuve avant tout procès reste néanmoins soumis aux conditions intrinsèques édictées par l'art. 145, à savoir l'existence d'un motif légitime (1), étant entendu que seules les mesures légalement

- (1) Le motif légitime constitue en effet la condition essentielle de l'art. 145, v. notamment P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 99, p. 80 ; M. JEANTIN, préc., D. 1980. Chron., 205, n° 8 et s. ; J.-Cl. PEYRE, préc., J.C.P. 1984. I. 3158 ; R. PERROT, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1984. 561. Mais comme beaucoup de notions en référencé, elle "fait partie de ces concepts dont on appréhende la définition, moins par leur contenu positif que par les limites à ne pas dépasser", v. R. PERROT, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1984. 562.
- Le motif légitime comprend trois idées essentielles : il suppose la démonstration d'**un lien suffisant entre la mesure sollicitée et le procès futur** (par ex. T.G.I. Rodez, réf., 17 fév. 1984, J.C.P. 1985. IV. 217), réclame l'existence d'**un intérêt probatoire à la mesure prescrite** (par ex. Orléans, Ch. civ., 4 mars 1983, D. 1983. 343, note M. JEANTIN, Rev. trim. dr. civ. 1983. 783, obs. J. NORMAND ; Cass. Com., 18 fév. 1986, Gaz. Pal. 1986. 2. somm. 422, note S. GUINCHARD, T. MOUSSA ; T.G.I. Paris, réf., 12 juin 1989, inédit, n° 5014/89 : l'art. 145, disposition "autonome et indépendante de toute autre procédure ne saurait servir de moyen de pression d'une partie sur l'autre, ni permettre de découvrir un fondement juridique pour une demande en justice ultérieure, ni même être utilisée pour obtenir des mesures pouvant être légalement ordonnées au cours de l'instruction d'une autre procédure, fondée sur des mêmes faits" ; adde cep. G. VIRASSAMY, note sous Cass. Com., 5 janv. 1988, D. 1989. 354, n° 9 et s. : lorsque le défendeur a commis une faute qui laisse présumer de la réalité du différend invoqué par le demandeur, la mesure sollicitée sur le fondement de l'art. 145 sera recevable nonobstant l'absence d'un intérêt probatoire stricto sensu (risque de dépérissement d'un élément de preuve - amélioration de la situation probatoire du demandeur)) et **empêche que les intérêts légitimes de la partie adverse soient lésés** (par ex. Paris, 1ère Ch. suppl., 5 nov. 1981, D. 1982. 342, note J. MASSIP : refus d'une demande de constat de concubinage destinée à libérer le mari de la prestation compensatoire, la mesure aurait "constitué une immixtion intolérable dans la vie de l'ancien époux, dégagé de son devoir de fidélité" ; pour d'autres illustrations, v. Cass. Civ. 2e, 14 mars 1984, J.C.P. 1984. IV. 161 ; Cass. Com., 5 janv. 1988, préc. ; Cass. Civ. 1ère, 19 mars 1991, D. 1991. 568, note D. VELARDOCCIO ; Cass. Civ. 1ère, 30 juin 1992, D. 1992. I.R. 216, J.C.P. 1993. II. 22001, note X. DAVERAT).

admissibles peuvent être ordonnées par le Président (1).

(1) C'est ici la seconde condition d'application du texte, v. Cass. Civ. 3e, 10 déc. 1980, préc. ; Ph. BERTIN, "Les avatars de la cohabitation entre le juge des référés et la Cour d'appel", Gaz. Pal. 1987. 1. Doctr., 151 ; P. ESTOUP, obs. sous Versailles, 13e Ch., 8 juil. 1987, J.C.P. 1988. II. 20972, spéc. II ; R. TENDLER, préc., D. 1991. Chron., 139, spéc. p. 141, col. de droite. V. aussi T.G.I. Arras, réf., 9 oct. 1981, J.C.P. 1982. II. 19852, obs. G. RAYMOND ; J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1990. 134.

C O N C L U S I O N D U C H A P I T R E

A l'origine, le caractère provisoire de l'ordonnance de référé accompagnait la règle de l'interdiction de préjudicier au principal. Aujourd'hui, il côtoie la notion de contestation sérieuse. Le développement de cette dernière a considérablement accru les pouvoirs du juge du provisoire.

Si la contestation est sérieuse, le Président prend toutes les mesures conservatoires et préparatoires utiles. Sur ce point, la jurisprudence antérieure au nouveau Code est assurément confirmée.

Si la contestation n'est pas sérieuse, le juge des référés en déduit provisoirement toutes les conséquences (1). Faut-il pour autant estimer que dans ce cas l'absence de contestation sérieuse donne au Président le pouvoir de trancher le fond du droit, au moins à titre provisoire (2) ? La réponse affirmative est tentante : le magistrat chargé des référés peut en effet ordonner des mesures qui auront des conséquences irréparables pour l'un des plaideurs, pour peu que le juge agisse dans le cadre de ses pouvoirs. L'apparence tend alors à s'installer "comme autorisation d'anticiper sur le jugement" et les mesures ordonnées en référé, théoriquement

- (1) Conséquences qui, au regard des textes actuels, peuvent être d'importance, cf. art. 809, al. 2 nouv. c. pr. civ.
 (2) V. par ex. T. par. Châteaudun, réf., 5 oct. 1972, préc. ; J.-P. ROUSSE, préc., Gaz. Pal. 1972. 2. Doctr., 539.

provisoires, risquent fort d'être définitives en pratique (1).

Il semble pourtant qu'il est essentiel et inévitable de ne pas pousser ce raisonnement jusqu'à son point extrême. La notion de provisoire à elle seule ne semble pas en mesure de contenir la course en avant de la juridiction présidentielle. Mais une formule qui figure à l'art. 484 nouv. c. pr. civ. doit retenir l'attention : l'ordonnance de référé est rendue par "un juge qui n'est pas saisi du principal". Certes, la formule n'a pas et de loin la force contraignante dont pouvait disposer la traditionnelle prohibition du préjudice au principal, mais elle existe et son rapprochement avec la notion de provisoire fait apparaître une limite à l'exercice des pouvoirs du juge des référés.

Les conditions de l'intervention du Président ne se limitent cependant pas à cette analyse. Le caractère provisoire de l'ordonnance de référé doit aussi être confronté aux hypothèses pour lesquelles la notion de contestation sérieuse n'a apparemment aucun rôle à tenir et où la mission du juge le conduit avant tout à rétablir la paix sociale.

(1) R. MARTIN, préc., D. 1979. Chron., 158, n° 7.

T I T R E I I

L e j u g e d e s r é f é r é s ,
 j u g e d e p a i x

Le juge des référés "est devenu un facteur essentiel de paix sociale" (1). Cette fonction, qui s'est affirmée et affinée au fil des évolutions jurisprudentielles et législatives, transparaît dans l'art. 809, al. 1er nouv. c. pr. civ. Si, en vertu de ce texte, il appartient au juge des référés de trancher la question qui lui est soumise, il ne s'agit pas là de l'unique vocation de ce magistrat. Le Président apparaît en effet comme l'un des juges les plus aptes à engager les plaideurs dans la voie d'une conciliation, voire d'une réconciliation.

Issu du décret du 22 décembre 1973, le référé qui figure aujourd'hui à l'art. 809, al. 1er du nouveau Code, a été l'occasion de donner au juge du provisoire tous les moyens de ses ambitions. Si des doutes ont pu planer sur certaines mesures (notamment préventives ou de remise en état), le texte lève désormais toute ambiguïté (2).

On a rapidement parlé de "référez au fond" (3), tant ce référez a été perçu, dès son apparition, comme une innovation hardie permettant d'étendre largement la sphère d'intervention

(1) P. DRAI, préc., in Journée d'étude, T.G.I. Paris, 1980, p. 29 et s., troisième proposition.

(2) P. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1288, spéc. p. 1087 ; rappr. P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 91, spéc. p. 76 et "La pratique de la juridiction prud'homale", Litec, 1991, n° 252, p. 213, qui affirme que l'art. 809, al. 1er n'est pas un doublet de l'art. 808, car son objet, ses conditions d'application et les mesures qu'il autorise diffèrent. Sur ce dernier point, v. cep. infra, p. 185 et p. 241, - B -.

(3) V. R. PERROT, préc., Gaz. Pal. 1974. 2. Doctr., 895, n° 22.

du juge des référés (1). L'expression a pu plaire. Elle ne correspond cependant en rien à la réalité du référé. Le juge des référés a en effet toujours pu appréhender le fond et ordonner toutes les mesures nécessaires (2).

L'art. 809, al. 1er, réalise ainsi "une spécification" des mesures que peut prendre le Président sans se heurter à la limite de la contestation sérieuse (3). Il semble donc s'écartier de l'art. 808 du nouveau Code. D'autant plus que le décret du 17 juin 1987 a ajouté que le juge peut ordonner les mesures qui s'imposent "même en présence d'une contestation sérieuse". La formule ne doit pas tromper. Le référé institué par l'art. 809, al. 1er nouv. c. pr. civ., est toujours dominé par la notion de provisoire : car si le juge des référés peut intervenir même en présence d'une contestation sérieuse, c'est bien parce qu'il ne la tranche pas (4).

Le référé de l'art. 809, al. 1er, permet généralement de régler les diverses situations qui peuvent se présenter au juge des référés. Aussi est-il devenu l'article phare de l'institution des référés.

Son étude fera l'objet d'un premier chapitre.

(1) E. BLANC, "La preuve judiciaire", L.J.N.A., 1974, p. 158.

(2) Cf. supra, spéc. p. 54. V. aussi PERROT R., "Droit judiciaire privé", op. cit., p. 455.

(3) R. PERROT, "Droit judiciaire privé", op. cit., p. 455 ; du même auteur, art. préc., Gaz. Pal. 1974. 2. Doctr., 895, n° 24.

(4) Ces modifications textuelles successives n'ont fait en réalité "qu'entériner une évolution rapide que la réforme a précipitée" (E. BLANC, "La preuve judiciaire", op. cit., p. 158) et ne sont que "la concrétisation d'une jurisprudence plus ancienne et logique dans sa progression" (R. TENDLER, préc., D. 1991. Chron., 139, spéc. p. 140, B, 1, a.).

Sans entrer dans le détail des distinctions et similitudes existant entre les nombreux procédés de règlement des différends (1), il convient d'attirer l'attention sur une tendance à recourir à des techniques réputées plus souples et plus rapides que la procédure applicable devant les juridictions étatiques.

Cette tendance se manifeste dans des domaines extrêmement variés. La faculté offerte aux parties de transiger (art. 2044 et s. c. civ.), de se concilier (2), ou de compromettre (art. 2059 et s. c. civ. ; art. 1422 et s. nouv. c. pr. civ.) (3), sont autant de "modes alternatifs de règlement des litiges" (4).

La mise en place de multiples institutions spécifiques est animée par une volonté identique : aboutir à un règlement d'ensemble du litige en recueillant, si possible, l'adhésion

- (1) Pour lesquels nous renvoyons aux art. de M. G. BLANC, "La conciliation comme mode de règlement des différends dans les contrats internationaux", Rev. trim. dr. com. 1987. 173 et de M. B. OPPETIT, "Arbitrage, médiation et conciliation", Rev. arb. 1984. 307.
- (2) Avant tout procès, mais aussi, art. 127 nouv. c. pr. civ., "tout au long de l'instance". Sur l'offre judiciaire de conciliation après clôture des débats, v. P. ESTOUP, "L'offre judiciaire d'amiable composition et de conciliation après clôture des débats", D. 1987. Chron., 269.
- (3) Sur ce dernier point, v. J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit., n° 1343 et s., p. 861 et s. ; Ch. JAROSSON, "La notion d'arbitrage", th. Paris, L.G.D.J., 1987.
- (4) Nous empruntons l'expression à M. P. LEVEL, "A propos de la médiation dans la vie des affaires", J.C.P.-E. 1989. II. 15615, n° 5 et s., p. 643.

des parties à la solution envisagée (1). Cette aspiration n'est pas étrangère au référé.

Il faut signaler que si les procédures élaborées pour résoudre les conflits collectifs du travail sont l'expression d'une préoccupation identique (organiser le traitement pacifique du litige), elles présentent certaines particularités

(1) Ainsi, le Médiateur de la République, autorité administrative indépendante, investi d'une mission d'intercession entre l'administration et ses administrés (loi n° 73-6 du 3 janv. 1973, J.O. du 4 janv., p. 164 ; loi n° 76-1211 du 24 déc. 1976, J.O. du 28 déc., p. 7493), le médiateur créé en matière de cinéma, qui est chargé de mettre en oeuvre la conciliation préalable à laquelle sont soumis les litiges relevant de sa compétence (loi n° 82-652 du 29 juil. 1982, J.O. du 30 juil., p. 2431 ; décret n° 83-686 du 9 fév. 1983, J.O. du 11 fév., p. 524, v. B. OPPETIT, préc., Rev. arb. 1984. 307., n° 5), les conciliateurs médicaux, ayant pour rôle "de favoriser l'information des patients" et de "faciliter le règlement amiable des différends relatifs à la responsabilité médicale" (décret n° 81-582 du 15 mai 1981, J.O. du 19 mai, p. 1556 ; v. Ph. JESTAZ, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1981. 714), le conciliateur dans la procédure de prévention et de règlement amiable des difficultés des entreprises (loi n° 84-148 du 1er mars 1984, art. 35 à 38, J.O. du 2 mars, p. 751 ; décret n° 85-295 du 1er mars 1985, art. 36 à 39, J.O. du 5 mars, p. 2704), inspiré d'une pratique consulaire officieuse, v. J.-P. MARCHI, "Une création originale du tribunal de commerce de Paris (le mandataire ad hoc)", Gaz. Pal. 1983. 1. Doctr., 123), ou encore la commission d'examen des situations de surendettement des particuliers, qui va tenter d'obtenir l'accord des intéressés sur un plan conventionnel de règlement (décret n° 90-175 du 21 fév. 1990, J.O. du 27 fév., p. 2473, relatif à l'application du Titre Ier de la loi n° 89-1010 du 31 déc. 1989, J.O. du 2 janv. 1990, p. 18).

liées au caractère collectif du conflit (1). La matière est régie par les art. L. 522-1 à L. 526-1 c. trav. pour ce qui est des dispositions légales et les art. R. 523-1 à R. 525-18 du même code pour la partie réglementaire. Ces textes ne suscitent pas de question particulière, si ce n'est le constat de l'échec des procédures spécifiques de conciliation, de médiation et d'arbitrage qu'ils mettent en place (2). Cet échec est corroboré par la préférence des partenaires sociaux pour une prévention des conflits élaborée en marge du système légal, en raison d'une méfiance pour ne pas dire d'une défiance à l'égard d'une solution qui risquerait d'être guidée par un tiers (3). On constate ainsi que les parties préfèrent organiser librement la négociation (4), voire user de la

- (1) Pour une approche historique des tentatives de régulation des tensions sociales par l'instauration de procédures de conciliation et d'arbitrage, v. A. NARRITSENS, "Conciliation et arbitrage dans les conflits collectifs du travail : leçons syndicales des expériences françaises (Approche historique)", Dr. ouvr. 1988. 409. Sur l'ensemble de la question, v. G. LYON-CAEN, J. PELISSIER, "Droit du travail", Précis Dalloz, 16e éd., 1992, n° 1001 et s., p. 843 et s. ; J.-C. JAVILLIER, "Manuel de droit du travail", L.G.D.J., 4e éd., 1992, n° 562 et s., p. 507 et s., spéc. n° 612 et s., p. 541 et s. ; B. TEYSSIE, Guide juridique Dalloz, Fasc. 141, v° "Conflits collectifs du travail".
- (2) G. LYON-CAEN, J. PELISSIER, op. cit., n° 1001, p. 843 ; J.-C. JAVILLIER, op. cit., n° 621 et s., p. 546 ; J. RIVERO, J. SAVATIER, "Droit du travail", Thémis, P.U.F., 12e éd., 1991, p. 374 à 379 ; A. RAMIN, "Du rôle et de l'utilité du médiateur au travers d'une grève significative : le conflit SNECMA", Dr. soc. 1989. 839, spéc. p. 841 ; J. SAVATIER, "Le caractère illicite de l'occupation des locaux de travail par les grévistes et le juge compétent pour ordonner l'expulsion", Dr. soc. 1985. 15.
- (3) J.-C. JAVILLIER, op. cit., n° 621, p. 546.
- (4) Le législateur en a d'ailleurs tiré ses conclusions en allant dans un sens similaire avec la loi n° 82-957 du 13 nov. 1982 sur la négociation collective, J.O. du 14 nov., p. 3414.

faculté qui leur est offerte de recourir aux services du juge judiciaire (1) et plus particulièrement du juge des référés.

En réalité, la solution réside dans le développement d'échanges entre les parties. Un dénouement apaisant obtenu à l'issue d'une confrontation et d'un rapprochement des points de vue sera évidemment toujours plus adéquat qu'une solution imposée par une autorité.

Cette idée, déjà ancienne, a d'ailleurs servi de fondement à l'innovation la plus marquante en matière de règlement non juridictionnel des litiges, à savoir la création de conciliateurs bénévoles par le décret n° 78-381 du 20 mars 1978 (2).

Le point commun à toutes ces procédures peut donc se résumer en un dessein : traiter amiablement la difficulté rencontrée afin d'éviter que la situation soit dénouée par le seul "tranchant" du droit.

- (1) V. T.G.I. Privas, réf., 13 oct. 1989, Dr. soc. 1990. 176 ; J. SAVATTIER, préc., Dr. soc. 1985. 15 ; Ph. LANGLOIS, obs. sous Paris, 1ère Ch. A, 16 mai 1988, D. 1988. somm. 328 ; A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, "La grève, le juge et la négociation", Dr. soc. 1990. 167, spéc. p. 171.
- (2) Modifié et complété par les décrets n° 81-583 du 18 mai 1981, J.O. du 19 mai, p. 1556 et n° 93-254 du 25 fév. 1993, J.O. du 27 fév., p. 3148. Ces conciliateurs ont pour mission de "faciliter, en dehors de toute procédure judiciaire, le règlement amiable des différends portant sur des droits dont les intéressés ont la libre disposition", v. "Les conciliateurs. La conciliation. Une étude comparative", Coll. Pau, 1981, Economica, 1983 ; G. COUCHEZ, op. cit., n° 148, p. 104 ; Ph. BONNET, "Du suppléant du juge de paix au conciliateur", J.C.P. 1979. I. 2949 ; F. RUELLAN, "Le conciliateur civil : entre utopie et réalités", J.C.P. 1990. I. 3431.

Les exemples cités précédemment ne doivent cependant pas conduire à penser que la recherche d'un terrain d'entente permettant aux plaideurs de s'accorder n'est que le fait d'autorités ou d'organismes extra-judiciaires agissant selon un processus propre.

C'est en effet le rôle majeur du juge que d'inviter des gens qu'un conflit sépare (ou a séparé depuis des mois et des années) à se réunir autour d'une table afin de favoriser le dialogue, de permettre la discussion (1). Ce rôle appartient de toute évidence également (et peut-être encore davantage) au juge du provisoire. Cet aspect de l'intervention du juge des référés sera mis en évidence dans un second chapitre.

C H A P I T R E 1 : Le référé de l'article 809, alinéa 1er du nouveau Code de procédure civile.

C H A P I T R E 2 : La recherche de l'accord des parties : conciliation et médiation judiciaire.

(1) V. G. PAISANT, "La loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des ménages", J.C.P. 1990. I. 3457, n° 25 et s., spéc. n° 28, où l'auteur rappelle les prérogatives du juge judiciaire au regard de l'art. 21 nouv. c. pr. civ.

C H A P I T R E 1

Le référé de l'article 809, alinéa 1er
du nouveau Code de procédure civile

L'art. 809, al. 1er nouv. c. pr. civ., met l'accent sur la fonction qui consiste, pour le juge des référés, à apprécier la licéité d'un acte ou d'un comportement au regard de la protection que chacun peut attendre de la loi. Le Président peut intervenir, soit pour mettre en place les mesures propres à préserver la situation dans l'attente de la décision au fond, soit pour faire cesser l'acte ou le comportement critiqué.

Ses pouvoirs semblent alors se diviser en deux volets, l'un préventif, l'autre curatif. Ils se retrouvent dans un même texte, animés en réalité d'une ambition identique, placés en quelque sorte sous une même bannière : chacun de ces deux volets répond à la vocation de paix sociale du juge des référés en lui permettant de sauvegarder, pour l'avenir, tout intérêt légitime menacé ou troublé. C'est pourquoi ce référé a été qualifié de "préventif" (1).

Les principes d'intervention du juge des référés sur le fondement de l'art. 809, al. 1er du nouveau Code, - Section 1 -, ainsi que le domaine et la finalité de ce texte, - Section 2 -, constitueront l'ossature de ce développement.

(1) V. H. CROZE, Ch. MOREL, op. cit., n° 310, 2, spéc. p. 292 ; v. aussi M. CHARTIER, A. MARON, "Le Référent-Préventif", in "La pratique du référé", P.U.F., 1979, p. 27.

S E C T I O N 1

Les principes d'intervention du juge des référés
sur le fondement de l'article 809, alinéa 1er du
nouveau Code de procédure civile

L'intervention du juge des référés au titre de l'art. 809, al. 1er, suppose l'existence d'un trouble manifestement illicite ou d'un dommage imminent, notions qu'il importe de préciser, - § 1 -.

Pour être pris en considération par le Président, les faits ayant déterminé sa saisine devront entrer dans le cadre des notions ainsi définies. C'est la question de l'appréciation du trouble manifestement illicite et du dommage imminent par le juge des référés, - § 2 -.

§ 1. Les notions de trouble manifestement illicite et de dommage imminent.

Le trouble manifestement illicite suppose un préjudice actuel auquel il est demandé au juge des référés de mettre fin.

L'imminence du dommage, à l'inverse, fait présumer qu'il n'est

pas encore réalisé (1). Néanmoins, la proximité du risque encouru tend à en démontrer la réalité : en l'absence d'intervention du Président, le dommage, pour l'instant virtuel, se produira sûrement (2).

Cette succession dans le temps de l'action du juge des référés, semble créer une alternative dont chacune des notions constituerait l'une des deux branches. Elle met cependant aussi en relief la complémentarité des deux formules. La pratique l'a bien compris, elle qui invoque fréquemment ces notions conjointement (3). Car il arrive souvent que le trouble manifestement illicite et le dommage imminent résultent d'un même fait (4).

- (1) V. L. R., obs. sous T.G.I. Paris, réf., 26 déc. 1975, J.C.P. 1976. II. 18385 ; J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1988. 168 ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1289, p. 1088.
- (2) H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1289, p. 1088.
- (3) Rappr. T. BRILL-VENKATASAMY, "La responsabilité civile des syndicats et de leurs représentants en cas de conflits collectifs du travail", th. Strasbourg, 1991, p. 422 ; P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 86, p. 71.
- (4) Parmi les nombreux ex. : la livraison d'un appartement non conforme aux normes de sécurité incendie, v. T.G.I. Paris, réf., 2 oct. 1975, Gaz. Pal. 1976. 1. somm. 179, deux esp. ; l'occupation d'une usine par les grévistes, qui peut constituer à la fois un trouble manifestement illicite et un dommage imminent, v. T.G.I. Nanterre, réf., 2 avr. 1976, Gaz. Pal. 1976. 2. 527 (la perte de rémunération par les non-grévistes), v. aussi Cass. Soc., 26 fév. 1992, Bull. V, n° 125, p. 77 (la grève déclenchée par douze salariés d'une usine d'incinération des résidus urbains entraînant un fonctionnement au ralenti de l'établissement engendre des risques de pollution préjudiciables à la sécurité et à la salubrité publique : leur expulsion a été ordonnée par la Cour d'appel qui a retenu à bon droit l'existence d'un trouble manifestement illicite) ; la divulgation par voie de presse de données techniques permettant la mise au point d'un décodeur pirate qui "causerait à la société Canal Plus un préjudice commercial manifestement illicite", v. Paris, 1ère Ch., 29 nov. 1984, préc., Cass. Com., 26 mai 1987, inédit, n° 84-17777 ; la contrefaçon de marques, v. T.G.I. Paris, réf., 26 mai 1989, inédit, n° 5862/89-1 ; v. aussi A. BLAISSE, préc., J.C.P. 1982. I. 3083 ; M. CHARTIER, A. MARON, préc., in "La pratique du référé", P.U.F., 1979, p. 27, n° 5 et n° 12 à 15 ; J.-F. ZAPATA, "L'inspection du travail et le juge des référés", Dr. soc. 1975. 434, spéc. p. 436, 3.

Le recours à ces deux notions empêche l'illicite de s'installer et de perdurer "par le seul effet du temps qui s'écoule ou de la procédure qui s'éternise" (1).

L'accent semble donc mis sur l'illicéité du comportement qui est à l'origine du trouble, et même du dommage, - A -.

Cette observation est d'autant plus importante que la jurisprudence (et parfois le législateur) a affirmé l'autonomie du référé de l'art. 809, al. 1er nouv. c. pr. civ., au regard des conditions générales du référé, - B -.

A. LE CONCEPT D'ILLICITE ET L'ARTICLE 809, ALINEA 1er DU NOUVEAU CODE :

L'art. 809, al. 1er, poursuit la protection de la victime du trouble ou du dommage (2). A ce titre, il paraît légitime d'exiger que l'auteur de l'acte ait eu un comportement reprochable. Cette idée est à l'origine d'un parallèle fréquemment réalisé entre les notions de dommage imminent ou de trouble manifestement illicite et la voie de fait.

Le dommage imminent serait "la voie de fait en passe

(1) P. DRAI, "Pour un juge qui toujours décide ...", Gaz. Pal. 1987. 2. Doctr., 512.

(2) Ce qui apparaît dans ses dispositions aux actions possessoires, v. G. COUCHEZ, op. cit., p. 40, note (3) ; P. DRAI, préc., Gaz. Pal. 1987. 2. Doctr., 512 ; P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1957. 168 ; J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1981. 439 ; R. PERROT, préc., in Mél. P. HEBRAUD, Toulouse, 1981, p. 645, n° 9 ; A. ROBERT, obs. sous Cass. Civ. 1ère, 11 juil. 1984, D. 1984. I.R. 423 ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1288, spéc. p. 1087 et les références ; adde ibid, n° 1289, p. 1090.

de se réaliser et qu'il convient de prévenir" (1), alors que le trouble manifestement illicite concernerait la "voie de fait déjà réalisée, à laquelle il est demandé au juge de mettre fin" (2). Le concept de "voie de fait" se trouve toutefois le plus souvent comparé, voire assimilé au trouble manifestement illicite (3).

Il semble donc indispensable de préciser en quoi la notion de voie de fait diffère de la formule retenue par l'art. 809, al. 1er du nouveau Code, - 1 -, avant d'analyser le concept d'illicéité propre à la matière, - 2 -.

- 1 - L'article 809, alinéa 1er du nouveau Code de procédure civile et la voie de fait :

La notion de voie de fait existe dans diverses

- (1) P. ESTOUP, "La pratique de la juridiction prud'homale", op. cit., n° 252, p. 213 ; rappr. R. CHAPUS, "Droit administratif général", Montchrestien, 6e éd., 1992, n° 939, spéc. p. 639 : les tribunaux judiciaires ont "le pouvoir d'adresser à l'administration les injonctions propres à prévenir la commission de la voie de fait : pratiquement, le juge judiciaire des référés interdira à l'administration des comportements imminents qui seraient constitutifs de voie de fait" ; v. aussi T. conflits, 17 déc. 1962, Rev. dr. publ. 1963. 317 ; G. MALEVILLE, J.-Cl. pr. civ., Fasc. 202, v° "Compétence administrative et judiciaire", n° 198.
- (2) P. ESTOUP, "La pratique de la juridiction prud'homale", op. cit., n° 252, p. 213.
- (3) Cf. P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 87, spéc. p. 72 ; F. KESSLER, "Le référé prud'homal", Les Affiches-Moniteur, n° 100, déc. 1990, spéc. p. 3 ; R. MARTIN, préc., D. 1979. Chron., 158, spéc. p. 159 ; R. PERROT, "Droit judiciaire privé", op. cit., p. 456 ; J. ROCHE, préc., v° "Référé", n° 8-9 ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1289, spéc. p. 1089.

matières et est susceptible d'acceptations différentes. En droit pénal, elle se caractérise par un acte d'agression de peu de gravité intrinsèque, en ce sens que son auteur n'a ni blessé ni frappé la victime. Néanmoins, le comportement répréhensible réalise une atteinte à l'intégrité corporelle (1). Le droit pénal donne donc à la notion un sens particulier qui ne correspond pas à celui que lui attribue la jurisprudence administrative (2). En effet, cette dernière conçoit la voie de fait comme une irrégularité manifeste portant atteinte au droit de propriété ou à une liberté publique commise par l'administration dans l'accomplissement d'une activité matérielle d'exécution (3). Il en résulte une dénaturation de l'action administrative qui devient un fait de droit commun préjudiciable, dont l'autorité judiciaire, "gardienne de la liberté individuelle" (art. 66 de la Constitution) (4), peut

- (1) G. CORNU, "Vocabulaire juridique", op. cit., v° "Voie de fait", n° 3 ; G. LEVASSEUR, Rép. pénal Dalloz, v° "Voies de fait", n° 6.
- (2) Comp. G. DEREUX, "La voie de fait est-elle toujours un acte de violence ?", Gaz. Pal. 1951. 1. Doctr., 49.
- (3) G. CORNU, "Vocabulaire juridique", op. cit., v° "Voie de fait", n° 2 ; A. DE LAUBADERE, J.-Cl. VENEZIA, Y. GAUDEMÉT, "Traité de droit administratif", L.G.D.J., 12e éd., 1992, t. I, n° 563, p. 360 ; v. aussi, par ex., Cass. Civ. 1ère, 14 mai 1992, Bull. I, n° 139, p. 94. Sur la voie de fait qui résulte de l'exécution forcée irrégulière d'une décision administrative, v. infra, p. 202 ("Ce dernier...").
- (4) Ceci a été rappelé récemment par le Conseil Constitutionnel dans une décision du 25 fév. 1992, à propos des conditions d'entrée des étrangers en France, v. "Le Monde", 27 fév. 1992, p. 1 et 9. V. aussi art. 136, al. 3 c. pr. pén.

connaître (1).

C'est le juge des référés qui, en raison de la rapidité et de la souplesse de son intervention, profite de la voie de fait. Cette dernière a donc pour conséquence de retirer la connaissance de l'acte en cause à son juge naturel pour le soumettre à un autre juge (2). Pour être suffisamment caractérisée, la voie de fait administrative suppose la réunion des trois éléments cités plus haut en guise de définition. Seul le premier critère, l'irrégularité manifeste, nous retiendra ici (3).

L'évolution de l'appréciation de l'irrégularité manifeste, élément constitutif de la voie de fait administrative, est particulièrement éclairante quant au rapprochement actuel des concepts de voie de fait et de trouble manifestement illicite devant le juge des référés civil.

Après avoir précisé que l'irrégularité manifeste

- (1) Rappr. P. AMSELEK, "Les vicissitudes de la compétence juridictionnelle en matière d'atteintes administratives à la liberté individuelle", Rev. dr. publ. 1965. 801, spéc. p. 827, note (69) et (70) ; R. CHAPUS, op. cit., n° 939, spéc. p. 639 ; Rev. trim. dr. civ. 1970. 217, obs. P. HEBRAUD ; v. aussi T. conflits, 8 avr. 1935, G.A.J.A., n° 54, p. 297 ; T. conflits, 30 oct. 1947, D. 1947. 476, note P.-L. J. ; T.G.I. Paris, réf., 24 avr. 1989, J.C.P. 1989. II. 21376, obs. J.Y.P.
- (2) Rappr. E. BLOCH, obs. sous trois esp., J.C.P. 1971. III. 16805.
- (3) Sur l'exécution matérielle, v. A. DE LAUBADERE, J.-Cl. VENEZIA, Y. GAUDEMÉT, op. cit., n° 564, p. 360. Sur l'atteinte à une liberté fondamentale, v. ibid., n° 566, p. 336 ; G. MALEVILLE, préc., v° "Compétence administrative et judiciaire", n° 147 à 187 ; adde T.G.I. Toulon, réf., 30 août 1983, D. 1985. 146, note J.-P. NEGRIN.

s'entend d'une "mesure manifestement insusceptible de se rattacher à l'application d'un texte légal ou réglementaire" (1), la jurisprudence s'est orientée vers l'expression, plus large, de "mesure manifestement insusceptible d'être rattachée à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration" (2).

Au courant de ces dernières années, le Tribunal des conflits a opté, à la suite de la Cour de cassation (3), pour une conception encore plus extensive de la notion de voie de fait.

L'affaire qui est à l'origine de cette extension a pris naissance avec la diffusion par le trésorier-payeur général du

- (1) T. conflits, 4 juin 1940, Rec. Cons. d'Etat, p. 248 ; T. conflits, 17 fév. 1947, D. 1947. 134, note P.-L. J. ; rappr. T.G.I. Nanterre, réf., 4 juin 1982, J.C.P. 1983. II. 20116, obs. P. CHAMBON.
- (2) Cons. d'Etat Ass., 18 nov. 1949, J.C.P. 1950. II. 5535, obs. G. VEDEL ; T. conflits, 13 juin 1955, Rec. Cons. d'Etat, p. 621 ; T. conflits, 27 juin 1966, D. 1968. 7, note J.-C. DOUENCE ; Cons. d'Etat Sect., 10 oct. 1969 et Cons. d'Etat, 4e et 11e Sous-sect., 13 juil. 1966, D. 1969. 669, note F.-G. BERTRAND ; Cass. Civ. 1ère, 15 janv. 1975, D. 1975. 671, note R. DRAGO ; rappr. T.G.I. Paris, réf., 23 sept. 1988, inédit, n° 9395/88-2 : "les dispositions réglementaires sportives dont la légalité ne peut être appréciée par le juge des référés et qui sont manifestement insusceptibles d'être rattachées à l'exécution d'un texte législatif ou réglementaire ou plus généralement à un pouvoir appartenant à ladite Fédération, dans le cadre de prérogative de puissance publique, constituent une voie de fait qu'il appartient au juge des référés de faire cesser" ; v. aussi J.-Y. PLOUVIN, préc., Gaz. Pal. 1989. 1. Doctr., 102, spéc. p. 104, col. de gauche.
- (3) Cass. Civ. 1ère, 28 nov. 1984, D. 1985. 313, trois arrêts, note Ch. GAVALDA.

Bas-Rhin, d'une demande de retrait de passeport à l'encontre d'un contribuable, débiteur d'une importante somme au titre d'arriérés d'impôts sur le revenu des personnes physiques. Ce retrait, effectué par la police de l'air et des frontières à l'aéroport de Paris, a été contesté par le titulaire du passeport devant le juge des référés du T.G.I. de Strasbourg, qui a retenu la voie de fait. Cette ordonnance a été confirmée en appel, malgré le déclinatoire de compétence présenté par le Préfet devant la Cour de Colmar. Le 9 juin 1986, le Tribunal des conflits estime à son tour que la mesure exécutée constitue une voie de fait, car elle "est manifestement insusceptible de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi à l'administration pour assurer le recouvrement d'impôts directs" (1).

La voie de fait ne se caractérise donc plus par "un acte manifestement insusceptible de se rattacher à un quelconque pouvoir de l'administration, quels que soient le pouvoir et le domaine qu'il concerne. Il suffit que l'acte qui a porté atteinte à une liberté fondamentale soit manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir conféré à l'administration dans l'exercice de fonctions données" (2). L'acte matériel d'exécution est désormais apprécié par rapport

(1) T. conflits, 9 juin 1986, D. 1986. 493, note Ch. GAVALDA.

(2) M. AZIBERT, M. DE BOISDEFFRE, Chron. gén. de jurisp. adm. fr., A.J.D.A. 1986, spéc. p. 430 ; A. DE LAUBADERE, J.-Cl. VENEZIA, Y. GAUDEMÉT, op. cit., n° 565, p. 361 ; G. MALEVILLE, préc., v° "Compétence administrative et judiciaire", n° 79.

Cette nouvelle conception a été confirmée depuis, v. T. conflits, 12 janv. 1987, Rev. dr. publ. 1988. 1396 ; T. conflits, 2 mars 1987, Rev. dr. publ. 1988. 1395.

à un pouvoir déterminé de l'administration. La voie de fait semble alors pouvoir procéder d'une simple illégalité ! Or, "accepter qu'une illégalité simple puisse être à l'origine d'une voie de fait (continuant à relever du juge judiciaire)", apparaît comme une remise "en cause (de) la légitimité et, par suite, (de) la raison d'être de la justice administrative" (1). Il en résulte une certaine crainte qui est accentuée par le constat de l'efficacité plus grande du recours au juge judiciaire des référés qui, contrairement à son homologue du Tribunal administratif, peut prévenir ou faire cesser la voie de fait en adressant des injonctions à l'administration. Il est d'ailleurs seul compétent pour le faire (2).

Cette crainte doit cependant être relativisée. Le Tribunal des conflits a en effet récemment précisé que la mutation d'office dans l'intérêt du service d'un fonctionnaire de police n'était pas "une décision manifestement insusceptible de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration". La mutation est une mesure que prévoit le statut général des

(1) V. R. CHAPUS, op. cit., n° 941, spéc. p. 645.

(2) Cf. A. DE LAUBADERE, J.-Cl. VENEZIA, Y. GAUDEMÉT, op. cit., n° 569, p. 366 ; J.-Y. PLOUVIN, "La suspension d'une mesure de mutation dans l'intérêt du service d'un fonctionnaire de police par le juge civil des référés", Gaz. Pal. 1991. 2. Doctr., 497, spéc. p. 498, col. de droite. Sur les voeux de la doctrine qui souhaite la reconnaissance d'un pouvoir concurrent aux deux jurisdictions, v. A. BOCKEL, "La voie de fait : Mort et résurrection d'une notion discutable", D. 1970. Chron., 29 ; V. TURCEY, "De l'astreinte à l'injonction ?", Gaz. Pal. 1992. 1. Doctr., 131 ; M. WALINE, note sous Cons. d'Etat Sect., 10 oct. 1969, consorts Muselier, Rev. dr. publ. 1970. 774, spéc. p. 782. Rappr. D. CHABANOL, préc., Gaz. Pal. 1989. 1. Doctr., 294 ; J.-Y. PLOUVIN, préc., Gaz. Pal. 1989. 1. Doctr., 102.

fonctionnaires (1).

Conservons toutefois la quintessence de l'évolution qui s'est réalisée, en ce qu'elle conditionne une extension du domaine d'intervention du juge judiciaire des référés.

Ce dernier peut également connaître de la décision administrative contestée lorsque la manière dont elle a été exécutée était à l'évidence irrégulière (2). L'administration ne peut en effet faire exécuter de force ses propres décisions, même prises régulièrement (3).

Ainsi, suite à l'expulsion forcée des frères G. par l'administration, le Président du Tribunal civil de la Seine a affirmé qu'il appartenait au juge des référés de "vérifier si l'acte de violence que l'on a commis est autorisé par la loi", faute de quoi l'expulsion réalisée "constitue une voie de fait que le juge des référés est compétent pour apprécier" (4).

- (1) T. conflits, 4 juil. 1991, A.J.D.A. 1991. 697, "Chron. gén. de jurisp. adm. fr.", par Ch. MAUGUE, R. SCHWARTZ ; v. aussi E. PICARD, "Chron. de Droit adm.", J.C.P. 1992. I. 3558, n° 55 ; J.-Y. PLOUVIN, préc., Gaz. Pal. 1991. 2. Doctr., 497 ; T.G.I. Marseille, réf., 4 mars 1991, Gaz. Pal. 1991. 2. 536. Adde et rappr. depuis T. conflits, 25 janv. 1993, Bull. n° 2, p. 1 ; T. conflits, 1er mars 1993, Bull. inf. C. cass. 1er mai 1993, n° 521, p. 2 ; v. aussi Cass. Civ. 1ère, 25 mai 1992, Bull. I, n° 163, p. 112 ; Rennes, 1ère Ch. A, 7 juil. 1992, J.C.P. 1993. IV. 179, n° 1518.
- (2) V. aussi Ph. BERTIN, note sous T.G.I. Paris, réf., 9 fév. 1988, Gaz. Pal. 1988. I. 343, spéc. p. 345, col. de gauche.
- (3) G. MALEVILLE, préc., v° "Compétence administrative et judiciaire", n° 103 et s.
- (4) T. civ. Seine, réf., 7 nov. 1947, J.C.P. 1947. II. 3967 ; A. COSSA, préc., Gaz. Pal. 1955. 2. Doctr., 45, spéc. p. 49-50 ; rappr. Cass. Civ., 5 juin 1935, Gaz. Pal. 1935. 2. 228 ; T. conflits, 4 nov. 1991, Quot. jur., 7 janv. 1991, p. 4 (destruction, le jour même de l'enlèvement, d'un véhicule placé en fourrière). On retrouve toutefois ici aussi la limite tenant à l'exigence d'une atteinte au droit de propriété ou à une liberté fondamentale : cf. Cons. d'Etat, 8 avr. 1961, D. 1961. 587, concl. J.-F. HENRY ; G. MALEVILLE, préc., v° "Compétence administrative et judiciaire", n° 114-115.

Cette idée n'est étrangère ni au droit civil, ni au droit social (1). Elle rejoint le principe général de l'interdiction de la justice privée.

La construction jurisprudentielle s'est appuyée à l'origine sur la protection du droit de propriété et de l'inviolabilité du domicile (2). L'objectif poursuivi étant de sanctionner celui qui occasionne un trouble au titulaire du droit concerné ou, plus précisément, le procédé utilisé par l'auteur de l'acte en cause (3).

La voie de fait réside alors dans le procédé utilisé et souligne l'irrégularité du comportement de l'auteur du trouble (4). Cet acte de justice privée, en ce qu'il porte atteinte aux bases même d'un régime de droit (5), appelle une réaction immédiate (6).

L'existence d'une voie de fait avait un autre effet qu'il n'est peut-être pas inutile de signaler ici : en

- (1) V. A. SUPIOT, "Le juge et le droit du travail", th. Bordeaux, Mf., 1979, p. 650 et s.
- (2) V. A. COSSA, préc., Gaz. Pal. 1955. 2. Doctr., 45, spéc. p. 49, col. de droite.
- (3) J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1981. 438-439 et 1988. 169 ; M.-CL. RONDEAU RIVIER, préc., Gaz. Pal. 1991. 2. Doctr., 355, spéc. p. 357, col. gauche.
- (4) Cass. Civ. 3e, 7 juil. 1976, J.C.P. 1977. II. 18529, obs. P. M. et M. T. ; T.G.I. Paris, réf., 26 fév. 1981, Rev. trim. dr. civ. 1981. 437-438, obs. J. NORMAND ; Paris, 15e Ch. B, 27 sept. 1985, D. 1986. I.R. 80 ; v. aussi G. COUCHEZ, op. cit., p. 40, note (3) et p. 41, note (2) ; P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1970. 407.
- (5) G. LYON-CAEN, obs. sous Cass. Soc., 14 juin 1972, J.C.P. 1972. II. 17275.
- (6) P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1957. 168.

l'absence de référé prud'homal, donc avant 1974, la voie de fait attribuait compétence au Président du T.G.I.

En réalité, il a fallu attendre le décret n° 79-1022 du 23 novembre 1979 (1), pour que le référé prud'homal dispose de pouvoirs équivalents à ceux conférés au Président du T.G.I. par les art. 808 et 809 nouv. c. pr. civ. (2).

La notion d'irrégularité du comportement de l'auteur du trouble s'est rapidement étendue à toute irrégularité procédurale jugée substantielle au point d'affecter la validité d'un acte juridique (3).

Il doit cependant s'agir d'une violation caractérisée de la règle de droit (4), qui porte atteinte à un droit individuel ou à une liberté fondamentale (5). L'auteur du trouble agit "en

(1) J.O. du 2 déc. 1979, p. 2999.

(2) B. BOUBLI, J.-Cl. Travail, Fasc. 80-10, v° "Juridictions du travail", n° 71 et s. ; L. BOYER, note sous Bordeaux, 4e Ch., 24 mai 1973, D. 1973. 666 ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1264, p. 1066, b ; v. cep. N. CATALA, note sous Cass. Soc., 14 juin 1972, D. 1973. 114, spéc. p. 116, B ; J. SAVATIER, note sous Cass. Soc., 14 juin 1972, Dr. soc. 1972. 465 : la Chambre sociale semble hésiter "à tirer, de la voie de fait commise par l'employeur, une exception aux règles normales de compétence qui attribuent au conseil de prud'hommes la connaissance exclusive des litiges s'élevant à l'occasion du contrat de travail".

(3) V. Lyon, 1ère Ch., 8 oct. 1981, D. 1983. 77, note F. ZENATI, spéc. p. 79, col. de droite.

(4) Ce qui suppose une appréciation qu'il n'est pas toujours aisée de réaliser, cf. N. CATALA, note sous Cass. Soc., 14 juin 1972, préc., spéc. p. 117, col. de gauche.

(5) T.G.I. Montpellier, réf., 17 nov. 1969, D. 1970. 238, note J. PELISSIER ; Paris, 14e Ch., 5 juil. 1971, D. 1971. somm. 220 ; rappr. Cass. Soc., 29 juin 1978, J.C.P. 1979. II. 19136, obs. B. TEYSSIE. V. aussi T.G.I. Lyon, réf., 21 nov. 1980, rapporté par F. ZENATI dans sa note sous l'arrêt confirmatif de la Cour d'appel de Lyon, 1ère Ch., 8 oct. 1981, préc. : le trouble résulte d'une "modification atteignant un élément essentiel (du) contrat de travail (du salarié protégé), sans qu'aient été respectées les formalités protectrices".

niant l'autorité de la règle de droit : il agit contre le droit" (1), ce qui distingue la voie de fait de l'abus de droit (2).

Partant de là, il est tentant d'aller au-delà de la notion de voie de fait calquée sur celle qui a cours en droit administratif.

Serait alors constitutif d'une voie de fait "tout comportement s'écartant si ouvertement des règles légales, qu'il justifie de la part de celui qui en est victime le recours immédiat à une procédure d'urgence (...)" (3).

Il en résulterait une théorie nouvelle de la voie de fait, affranchie de la conception administrative (4), composée de deux séries d'hypothèses : soit le défendeur au référé "résiste à un adversaire dont la prétention est, d'évidence, fondée ou, ce qui revient au même, prétend exercer un droit qu'il n'a manifestement pas", soit cette même personne recourt à un acte de justice privé et l'illicéité résidera dans le procédé utilisé (5).

(1) J. PELISSIER, note sous T.G.I. Montpellier, réf., 17 nov. 1969, préc.

(2) On est en présence d'un abus de droit lorsque l'auteur du trouble, tout en se prévalant d'une liberté qui lui est reconnue par la loi elle-même, n'avait pas de motifs suffisants pour rendre son attitude légitime, v. A. SERIAUX, "Droit des obligations", P.U.F., 1992, n° 103, p. 328 et s. ; rappr. Y. SAINT-JOURS, "Le juge des référés en droit du travail", J.C.P. 1974. I. 2648, n° 9-10 ; E. BLOCH, obs. sous trois esp., préc.

(3) G. CORNU, "Vocabulaire juridique", op. cit., v° "Voie de fait", n° 1.

(4) Rappr. par rapport au contrat de concession commerciale, J.-J. BURST, obs. sous Colmar, aud. sol., 18 oct. 1972, préc.

(5) J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1981. 439.

On peut tout de même préciser relativement à cette dernière hypothèse, que tout acte de justice privée n'est pas nécessairement constitutif d'une voie de fait (1).

Et même si le comportement en cause réalise la voie de fait, celle-ci n'est pas automatiquement sanctionnée par une mesure de remise en état (2). La jurisprudence refuse généralement cette mesure lorsque la personne qui sollicite la protection du Président en invoquant l'existence d'une voie de fait est

(1) V. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1981. 440.

Ceci est particulièrement vrai en droit du travail qui réserve une certaine place au jeu de la force, v. P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1970. 407 ; rappr. J. DEPREZ, "Suspension du préavis de grève par le juge des référés", R.J.S. 1990. Chron., 559, n° 4 ; P.-D. OLLIER, "Réflexions sur le droit de se faire justice à soi-même dans les rapports de travail", Dr. soc. 1967. 496.

V. aussi T.G.I. Paris, réf., 23 janv. 1990, inédit, n° 463/90 : un copropriétaire a fait ouvrir, sans l'autorisation de la copropriété, une porte dans le mur mitoyen séparant son appartement du hall de l'immeuble. Le seul accès sur l'extérieur (une porte ouverte sur le parking) ne constituait pas une issue normale lui permettant de jouir paisiblement de son lot privatif. En outre, les conditions de sécurité n'étaient pas suffisamment assurées par le passage existant. Le syndicat des copropriétaires qui sollicitait la remise des lieux en l'état d'origine s'est vu débouté de sa demande. Le juge des référés a en effet estimé que l'existence de la voie de fait n'était pas démontrée.

(2) V. Caen, 1ère Ch. A, 2 mars 1984, n° 782/82, J.C.P. 1985. IV. 217 : l'administrateur d'une société anonyme ne peut obtenir du juge des référés d'être réintégré lorsque les délibérations du Conseil d'Administration étaient apparemment régulières. Au surplus, à supposer qu'il en ait été exclu par voie de fait, le juge des référés ne peut ordonner sa réintégration alors que son mandat avait pris fin de plein droit.

elle-même dans une situation illicite (1). On considère dans une telle hypothèse que "l'existence d'une voie de fait (...) n'apparaît pas établie avec l'évidence et l'incontestabilité qui s'impose au juge des référés pour prescrire les mesures de remise en état" (2). Cela ne signifie pas que les parties sont obligatoirement renvoyées dos à dos. Il est fréquemment envisageable d'ordonner des mesures conservatoires qui permettront d'attendre une solution judiciaire ou amiable du différend (3).

Le décret du 17 décembre 1973 modifiant l'art. 73 du décret du 9 septembre 1971, semble avoir franchi le pas en

- (1) Par ex. T.G.I. Strasbourg, réf., 3 nov. 1977, in B. TEYSSIE, R. DESCOTTES, "Chronique de Droit social", J.C.P.-C.I. 1978. I. 6951, n° 37, p. 135 : l'employeur qui refuse de réintégrer un salarié protégé commet, habituellement, une voie de fait. Il en est autrement lorsque la demande en réintégration émane d'un délégué syndical mis à pied à la suite des violences dont il s'était rendu coupable ; rappr. Cons. d'Etat, 20 juin 1980, Rev. dr. publ. 1980. 1726, concl. ROUGEVIN-BAVILLE : il n'y a pas voie de fait si l'exécution d'office, fût-elle irrégulière, concerne une implantation sans autorisation sur le domaine public. Adde et rappr. Cass. Com., 25 mars 1991, Gaz. Pal. 1992. 2. 226, note B. CUKIER, J.C.P. 1992. II. 21887, note G. VIRASSAMY.
- (2) T.G.I. Paris, réf., 23 janv. 1990, préc.
- (3) Cf. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1981. 440. Dans l'ordonnance précitée du 23 janv. 1990, le vice-Président du T.G.I. de Paris a refusé d'ordonner les mesures de remise en état sollicitées, faute de caractérisation suffisante de la voie de fait. Une autre mesure étant inconcevable au regard des circonstances de fait (cf. supra, p. 206, note (1)), le juge a tout de même souhaité éviter de renvoyer purement et simplement les plaideurs sans donner plus raison à l'un qu'à l'autre, en soulignant "qu'une solution amiable et dans un esprit de bonne foi peut et doit être recherchée" et en précisant que toute partie diligente pourra le "saisir à nouveau aux fins de désignation d'un médiateur judiciaire, pour faciliter le règlement du présent litige, s'il y a lieu". Sur ce rôle d'apaisement du juge des référés, v. infra, p. 343.

précisant que le juge des référés "peut toujours prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite". La notion de voie de fait se révèle alors superfétatoire (1), les termes de "trouble manifestement illicite", plus souples, apparaissant comme une justification équivalente des mesures nécessaires (2).

Un exemple significatif peut être trouvé dans les litiges entre employeur et grévistes, en cas d'occupation des lieux de travail.

A l'origine, les magistrats n'ont pas voulu souscrire aux dites occupations (3). Se fondant sur des atteintes, soit au droit de propriété de l'employeur, soit à la liberté de travail des non-grévistes, les décisions rendues se prononçaient en faveur

- (1) G. LYON-CAEN, J. PELISSIER, "Droit du travail", Précis Dalloz, 16e éd., 1992, n° 702, spéc. p. 626 ; A. SUPIOT, op. cit., p. 693.
- (2) Bien que l'on ait estimé que la notion de voie de fait n'avait plus d'intérêt à partir du moment où le Président du T.G.I. s'est vu conféré une "compétence de droit commun" en matière de référé (v. L. BOYER, note sous Bordeaux, 4e Ch., 24 mai 1973, préc.), il était difficile d'admettre un effacement absolu de cette notion avant le décret de 1973. Si son intérêt était certainement moindre concernant la question de la compétence du juge des référés, il subsistait quant à la justification des mesures ordonnées, v. Y. SAINT-JOURS, préc., J.C.P. 1974. I. 2648, n° 12 et s.
- (3) Par ex. Aix, 6e Ch., 31 janv. 1952, J.C.P. 1952. III. 6860, 1ère esp., obs. E. PONSET et les références citées : "le droit de recourir à la grève peut s'exercer dans toute sa plénitude à l'exclusion de l'occupation des lieux de travail qu'aucun texte de loi n'autorise ni expressément, ni tacitement". Dans le même sens, v. Nîmes, 1ère Ch., 12 fév. 1952, J.C.P. 1952. II. 6860, 2e esp., obs. E. PONSET ; T.G.I. Bordeaux, réf., 26 juin 1968, J.C.P. 1968. II. 15599.

d'une expulsion immédiate des occupants (1).

Mais conscients de la nécessité de concilier des intérêts antagonistes de valeur égale (2), les juges des référés ont progressivement admis qu'occuper, c'est aussi exercer le droit de grève (3). Il convient alors de déterminer le stade à partir duquel l'occupation devient illicite.

Les juridictions des référés se sont certes appuyées longtemps sur la notion de voie de fait pour justifier ou exclure leur intervention (4). Selon qu'ils estimaient que la

- (1) T.G.I. Lyon, réf., 22 oct. 1970, Dr. soc. 1971. 663 ; T.G.I. Nevers, réf., 21 mars 1975, D. 1976. 266, note J.-P. KARAQUILLO ; Cass. Soc., 21 juin 1984, Dr. soc. 1985. 18.
- (2) Par ex. T.G.I. Grasse, réf., 24 oct. 1979 et T.G.I. Grenoble, réf., 26 oct. 1979, Dr. ouvr. 1980. 30-31, note M. HENRY.
- (3) H. SINAY, "La neutralisation du droit de grève?", Dr. soc. 1980. 250 ; v. T.G.I. Evry, réf., 1er déc. 1978, Dr. ouvr. 1979. 106 ; Chambéry, 20 janv. 1981, Dr. ouvr. 1981. 422 ; T.G.I. Dunkerque, réf., 5 fév. 1981, Dr. ouvr. 1981. 422 ; Paris, 1ère Ch. A, 27 janv. 1988, D. 1988. 351, note J.-Cl. JAVILLIER, Dr. soc. 1988. 246, deux esp., Gaz. Pal. 1988. 1. 131, concl. LUPI, J.C.P. 1988. II. 20978, 3e et 4e esp., obs. B. TEYSSIE, "Le Monde", 29 janv. 1988, p. 29 ; Paris, 1ère Ch. A, 16 mai 1988, préc. ; v. également T. BRILL-VENKATASAMY, op. cit., p. 465 et s. ; M. CHOISEY, "La grève avec occupation des lieux de travail", Dr. soc. 1975. 367 ; rappr. Paris, 21e Ch. A, 22 oct. 1991, J.C.P.-E. 1992. pan. 29, n° 95 : en raison des moyens utilisés durant la conduite de la grève, l'occupation non pacifique des lieux a constitué une faute lourde. Le mouvement de grève déclenché ne pouvait donc être considéré comme licite par le premier juge.
- (4) T. civ. Pau, réf., 9 juil. 1936, Gaz. Pal. 1936. 2. 237 (expulsion) ; T. civ. Evreux, réf., 19 sept. 1955, Dr. ouvr. 1955. 480 (refuse l'expulsion) ; T.G.I. Lyon, réf., 21 mai 1971, Dr. soc. 1971. 663 (expulsion) ; T.G.I. Beauvais, réf., 24 oct. 1972, Dr. ouvr. 1973. 162 (incompétence) ; Amiens, 29 fév. 1975, Dr. ouvr. 1975. 211 (expulsion) ; T.G.I. Lure, réf., 29 mars 1975, Dr. ouvr. 1975. 212 (incompétence) ; T.G.I. Grenoble, réf., 26 nov. 1979, Dr. ouvr. 1980. 31 (incompétence) ; v. F. SIGNORETTO, "Les grèves avec occupation et la jurisprudence des référés", Dr. ouvr. 1982. 47.

voie de fait invoquée à l'appui de la demande d'expulsion était suffisamment caractérisée ou non, les juges des référés rendaient une ordonnance d'évacuation ou à l'inverse disaient "n'y avoir lieu à référé" (1).

Il arrivait également qu'une demande d'expulsion soit rejetée pour des motifs tirés de l'existence d'une contestation sérieuse (2) ou du défaut de la condition d'urgence (3). Ce qui en réalité se ramène à l'absence de caractérisation suffisante de la voie de fait alléguée (4).

Il semble pourtant qu'aujourd'hui les juges des référés aient opté pour l'application de la notion de "trouble manifestement illicite" lorsqu'ils sont amenés à apprécier le bien-fondé d'une demande qui poursuit l'évacuation de locaux (5). Un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation en

(1) V. B. TEYSSIE, préc., J.C.P. 1980. I. 8488, spéc. n° 9 ; du même auteur, J.-Cl. Travail, Fasc. 70-10, v° "Grève dans le secteur privé", n° 116.

(2) T.G.I. Arras, réf., 28 déc. 1965, Dr. ouvr. 1966. 126 ; T.G.I. Paris, réf., 29 mai 1968, Gaz. Pal. 1968. 2. 104 ; T.G.I. Fontainebleau, réf., 20 nov. 1972, Gaz. Pal. 1973. 1. 133.

(3) T.G.I. Beauvais, réf., 24 oct. 1972, préc.

(4) En ce sens, v. T.G.I. Châteauroux, réf., 26 avr. 1976, Dr. ouvr. 1976. 434 ; Nîmes, 1ère Ch. réf., 2 déc. 1987, Dr. ouvr. 1988. 244, 2e esp., note P. B.

Concernant l'urgence comme condition de l'ordonnance d'expulsion, il est significatif que le Président du T.G.I. de Lure ait estimé le 29 mars 1975, préc., "que l'urgence véritable réside, pour le moment, dans la nécessité de négociations".

De toute manière, "il y a toujours urgence à mettre fin à la voie de fait que constitue l'occupation illégale d'une usine par son personnel en grève", v. Besançon, Ch. civ., 31 oct. 1979, Dr. ouvr. 1980. 28. Encore faut-il déterminer le moyen le plus efficace pour parvenir à cette fin.

(5) H. SINAY, "Heurs et malheurs du droit de grève", D. 1989. Chron., 297 ; J. SAVATIER, préc., Dr. soc. 1985. 15 ; Y. SAINT-JOURS, "L'occupation des lieux de travail accessoirement à la grève", D. 1974. Chron., 135, spéc. p. 137.

date du 21 juin 1984 illustre pleinement cette évolution : au moyen qui reproche à la Cour d'appel de ne pas avoir excipé "d'une voie de fait constitutive d'une atteinte" au droit de propriété de l'employeur, la Cour de cassation répond que les modalités d'occupation de l'usine caractérisent l'illicéité manifeste du trouble invoqué (1). Confortant l'appréciation de la Cour d'appel, c'est bien sur le terrain du "trouble manifestement illicite" et non sur celui de la "voie de fait" que se place la Cour de cassation.

La solution est logique : s'agissant de droits de même valeur, le Président n'a pas à privilégier l'un d'entre eux par rapport à tel autre. Il a seulement à rechercher si l'exercice de l'un d'eux entraîne, par des abus, un trouble manifestement illicite (2).

On peut ainsi penser que si la notion de voie de fait apparaît encore dans des décisions en dehors de toute question liée à la compétence juridictionnelle, elle a pour intérêt essentiel de marquer la volonté du juge d'insister sur le caractère insupportable de l'acte commis.

Par suite, la notion semble devoir être réservée aux atteintes portées à un droit individuel ou à une liberté

(1) Cass. Soc., 21 juin 1984, préc. ; rappr. J.-E. RAY, "Les pouvoirs de l'employeur à l'occasion de la grève", Dr. soc. 1991. 768, spéc. p. 776, col. de droite.

(2) V. la formulation particulièrement nette de l'ordonnance rendue le 21 nov. 1983 par le Président du T.G.I. de Lyon, Dr. ouvr. 1984. 44.

fondamentale (1).

Si la voie de fait est toujours constitutive d'un trouble manifestement illicite (2), l'inverse n'est pas vrai. La nuance entre ces notions tient donc davantage à une différence de degré que de nature (3).

Cette distinction étant précisée, il faut à présent circonscrire la notion d'illicéité propre aux notions visées à l'art. 809, al 1er nouv. c. pr. civ.

- (1) V. T.G.I. Paris, réf., 23 oct. 1984, D. 1985. 31, note R. LINDON : le Tribunal, en formation collégiale, a estimé qu'un affichage publicitaire précédant la sortie, sur les écrans cinématographiques, du film "Ave Maria", était constitutif d'un trouble manifestement illicite. Le Tribunal poursuit sa motivation en rappelant que les droits individuels et collectifs doivent être consacrés par "(...)" le juge des référés - juge de la voie de fait -." V. aussi Paris, 14e Ch. B, 30 oct. 1987, D. 1987. I.R. 262, s'agissant d'un bailleur qui a disposé du mobilier de son locataire et l'a fait transporter dans un garde-meubles en l'absence de toute autorisation de justice ; T.G.I. Paris, réf., 3 nov. 1989, inédit, n° 11010/89-1, qui fait application de l'art. 809, al. 1er du nouveau Code, "afin de faire cesser le trouble manifestement illicite provoqué par (une) action insusceptible de se rattacher à une disposition légale", (cette ordonnance a cependant été infirmée par un arrêt de la 1ère Ch. B de la Cour d'appel de Paris, le 12 janv. 1990, inédit, n° 22038/89, en raison de l'existence d'un texte fondant l'action critiquée par l'intimé et donc de l'absence d'un trouble manifestement illicite) ; Chambéry, Ch. civ., 19 mars 1993, Bull. inf. C. cass. 1er juil. 1993, n° 840, p. 34.
- (2) Cf. Cass. Civ. 3e, 22 mars 1983, Bull. III, n° 83, p. 66 : "l'atteinte au droit de propriété constitue, par elle-même, une voie de fait et cause un trouble manifestement illicite (...)".
- (3) Rappr. Cass. Civ. 2e, 6 nov. 1991, J.C.P. 1992. IV. 11, n° 109 : a violé l'art. 809, al. 1er nouv. c. pr. civ., la Cour d'appel "qui, pour écarter l'application de ce texte, s'est fondée exclusivement sur l'absence d'une voie de fait, alors que la notion de dommage imminent était dans la cause".

- 2 - Dommage imminent et trouble manifestement illicite : la mesure de l'illicéité :

Si la notion d'illicéité figure expressément dans le second terme de l'art. 809, al. 1er, - a -, il en va différemment du dommage imminent, - b -.

Cet apparent partage entre les deux notions ne constitue cependant pas une réalité certaine.

- a - L'illicéité manifeste du trouble :

Afin d'apprécier le concept d'illicéité propre au trouble visé à l'art. 809, al. 1er du nouveau Code, la démarche la plus satisfaisante est d'analyser chacun des termes de la notion, leur enchaînement et ses effets sur l'intervention du juge des référés (1). Ainsi, avant de rechercher quelle peut être l'utilité de l'adjonction du mot "manifestement" au terme "illicite", il convient de cerner non seulement la notion de trouble, mais encore celle de trouble illicite.

On peut conserver la définition donnée par le Petit Robert, qui entend le trouble comme une "atteinte à l'exercice d'un droit sur une chose" (ce qui n'est pas sans rappeler la protection de la possession réalisée par les art. 1264 et s. du nouveau Code (2)). Mais plus largement, on peut considérer que le trouble résulte d'un acte perturbateur commis par le

(1) V. également Ph. BERTIN, "Un trouble manifestement illicite : la lutte contre la vie chère", Gaz. Pal. 1983. 2. Doctr., 419.

(2) Rappr. Ph. BERTIN, préc., Gaz. Pal. 1983. 2. Doctr., 419 ; v. J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit., n° 55, p. 70.

défendeur et d'un dommage corréléatif subi par le demandeur (1).

S'ajoute alors la notion d'illicéité qui comprend tout ce "qui est défendu par la morale ou par la loi" (2). Ce dernier mot doit être entendu dans son sens le plus large (3). Ainsi, le trouble illicite se comprend non seulement de l'exclusion de tout fondement légal, mais aussi et la précision est d'importance, de tout fondement légitime (4). La notion d'illicéité du trouble concerne donc tant le manquement aux règles de droit stricto sensu que l'acte qui est contraire à une obligation conventionnelle, à un usage établi (5), ou encore à la morale (6).

- (1) Ph. BERTIN, préc., Gaz. Pal. 1983. 2. Doctr., 419, spéc. p. 420 ; P. BONDUAIRE, Formulaire analytique pr. civ. et com., Fasc. A, v° "Référés", n° 118.
- (2) Petit Robert, v° "Illicite".
- (3) H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1289, p. 1088.
- (4) Ainsi, par ex., une Société qui exerce l'activité de soldeur s'est vu interdire de mettre en vente dans son entrepôt des parfums de marque acquis dans une vente judiciaire, en raison de l'impression de déballage ou de braderie particulièrement préjudiciable à la marque qui en résulterait, v. Cass. Com., 22 nov. 1982, Gaz. Pal. 1983. 1. pan. 105. Rappr. R. MARTIN, préc., D. 1979. Chron., 158, n° 3 ; v. aussi S.G. BOUZAMEL, préc., AL-ADL, Rev. du barreau des avocats de Beyrouth, 1967. 11, spéc. p. 17.
- (5) Ph. BERTIN, préc., Gaz. Pal. 1983. 2. Doctr., 419, spéc. p. 420 et les références ; R. MARTIN, préc., D. 1979. Chron., 158, n° 3. La reconnaissance d'un usage commercial suppose la preuve d'une pratique habituellement suivie par une catégorie de professionnels, v. Cass. Com., 22 juil. 1986, inédit, n° 84-17521 ; Cass. Com., 12 mai 1987, inédit, n° 85-17362 ; Cass. Com., 27 fév. 1990, D. 1990. 521, note Ph. MALAURIE. L'existence d'accords réciproques ou de simples tolérances acceptées par certaines entreprises ne saurait constituer un tel usage, v. Cass. Com., 16 juil. 1991, inédit, n° 90-15242.
- (6) H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1289, p. 1088 ; P. BONDUAIRE, préc., Fasc. A, v° "Référés", n° 119 ; rappr. Cass. Com., 22 juil. 1986, préc., inédit, n° 84-17521 : il s'agit "d'une atteinte à ce qui est défendu ou protégé non seulement par la loi, mais également par la morale ou par les usages". Sur les rapports liant le droit et la morale, v. F. TERRE, op. cit., n° 11, p. 10.

De la sorte, le juge des référés peut appréhender, pour ainsi dire, "tous les troubles imaginables de la vie en société" (1).

Si l'existence d'un texte sanctionnant expressément le comportement qui est à l'origine du trouble invoqué par le demandeur au référé n'est pas absolument indispensable, la condition tenant au caractère manifeste de l'illicéité du trouble allégué est incontournable (2). L'art. 809, al. 1er, impose en effet que le trouble soit "manifestement" illicite. On rejoint ici la notion d'évidence : toutes les apparences doivent être contraires au défendeur (3). La formule de M. le Premier Président DRAI se vérifie à nouveau : le juge des référés est le juge de l'évident et de l'incontestable (4).

- b - Illicéité et dommage imminent :

A priori, la notion de dommage imminent "ne se réfère pas au caractère licite ou non du fait critiqué, mais au (seul) préjudice que le demandeur a subi ou va nécessairement subir

- (1) Ph. BERTIN, "Le juge des référés, protecteur des croyants", Gaz. Pal. 1984. 2. Doctr., 534.
- (2) Rappr. T.G.I. Nanterre, réf., 23 sept. 1987, préc. et Ph. BERTIN, préc., Gaz. Pal. 1987. 2. Doctr., 685.
- (3) J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1981. 438 et 1988. 168-170 ; Ph. BERTIN, préc., Gaz. Pal. 1983. 2. Doctr., 419, spéc. p. 420 : il "doit sauter aux yeux que le comportement du défendeur est contraire à la morale, à la loi, au règlement, à la convention (...). Si cela ne saute pas aux yeux, le trouble est peut-être illicite, il ne l'est pas "manifestement"".
- (4) V. T.G.I. Paris, réf., 6 nov. 1980, préc.

dans un bref délai" (1).

Néanmoins, l'exécution d'une mesure conservatoire semble imposer la preuve d'une situation conflictuelle sérieuse en plus de l'imminence du risque qu'elle recèle (2). L'exercice d'un droit est évidemment susceptible d'engendrer un dommage pour autrui. Dans une telle hypothèse, le juge des référés, s'il est saisi, va vérifier si le droit de celui qui est à l'origine de l'acte dommageable est ou non apparemment légitime. S'il est manifeste que le droit du défendeur au référé est incontestable, le Président ne devrait pas ordonner de mesures conservatoires (3).

Bien sûr, ces mesures comportent a priori moins de risques que des mesures d'exécution forcée. Mais elles doivent trouver une justification. Le préjudice à lui seul peut-il réellement suffire ? Il semble que lorsque le dommage imminent est légitime, la réponse doive être non. D'autant que même une mesure conservatoire peut avoir d'importantes conséquences pour

-
- (1) P. BONDUAIRE, préc., Fasc. A, v° "Référés", n° 116 ; rappr. Ph. BERTIN, préc., v° "Référé civil", n° 179 (comp. du même auteur, art. préc., Gaz. Pal. 1984. 2. Doctr., 534, spéc. p. 535, col. du centre) ; J. VIATTE, préc., Gaz. Pal. 1976. 2. Doctr., 709, spéc. p. 710, B.
- (2) Rappr. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1988. 168.
- (3) Rappr. et comp. J.-P. ROUSSE, préc., Gaz. Pal. 1977. 1. Doctr., 249, spéc. p. 251, col. de droite.

celui contre lequel elle est exécutée (1).

On a écrit que le dommage imminent se suffisait à lui-même, indépendamment de "la légitimité apparente de l'action de celui qui s'apprête à (le) créer, cette légitimité ne pouvant être appréciée que par le juge du fond" (2).

Mais le nouveau Code précise que la mesure prescrite doit s'imposer (3), ce qui signifie que le Président va être amené à s'interroger sur l'opportunité des mesures sollicitées. Partant de là, il vérifiera inévitablement la régularité de l'agissement dommageable.

Un autre auteur paraît cependant rejoindre l'opinion exprimée par M. VIATTE, en distinguant "l'atteinte à un élément patrimonial ou extra-patrimonial" de "l'atteinte à un droit subjectif", seule la première situation correspondant au dommage imminent (la seconde caractérisant le trouble

- (1) On peut songer à l'ordonnance qui suspend un chantier, mais il existe d'autres illustrations : ainsi, dans une affaire concernant la mise en vente de lettres, articles et notes de ZOLA sur l'affaire DREYFUS dont le manuscrit original d'Emile ZOLA "J'accuse" prévue pour le 8 déc. 1987, la société défenderesse a demandé le rejet de la demande visant à obtenir le sursis à la vente en invoquant notamment le préjudice qui lui serait causé à la suite des frais importants par elle exposés et les conséquences irréparables qu'aurait un report de la vente dans la mesure où un risque de dépréciation des manuscrits serait encouru. Le sursis à la vente a toutefois été ordonné dans l'état du doute sur la propriété des documents, v. T.G.I. Paris, réf., 20 nov. 1987, inédit, n° REF 11023/87-1. Adde et rappr. B. LYONNET, préc., Rev. jurisp. com. 1975. 3, spéc. p. 5 ; J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1980. 603-604.
- (2) J. VIATTE, préc., Gaz. Pal. 1976. 2. Doctr., 709, spéc. p. 710, B.
- (3) V. art. 809, al. 1er : le Président peut toujours prescrire "les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent (...)".

manifestement illicite) (1). Cette distinction est-elle opérante ?

Concernant l'atteinte à un élément extra-patrimonial, supposons qu'un livre qui est sur le point de paraître jette le discrédit sur une personne. L'atteinte à l'honorabilité de celui dont l'ouvrage médit est certes constitutif d'un dommage imminent, mais relève tout de même de l'atteinte à un droit subjectif (2).

On peut également se demander si la distinction proposée est fondée s'agissant des atteintes à des éléments patrimoniaux, dans la mesure où lorsque le dommage imminent vise effectivement une atteinte à un élément patrimonial, ce qui justifie et explique la mise en oeuvre d'une mesure conservatoire c'est l'existence d'un doute quant au bien-fondé de l'action de celui qui est à l'origine de la menace.

Car si la notion d'illicéité n'apparaît pas expressément dans la notion de dommage imminent visé par l'art. 809, al. 1er nouv. c. pr. civ., elle y est sous-jacente (3).

C'est pourquoi il n'appartient pas au pouvoir du juge des référés de suspendre l'application d'une clause résolutoire

- (1) J.-R. MIRBEAU-GAUVIN, "Réflexions sur les mesures conservatoires", D. 1989. Chron., 39, n° 10-11.
- (2) V. aussi R. LINDON, note sous Paris, 4e Ch., 20 déc. 1974, D. 1975. 312, spéc. p. 318 : la seule "considération (du dommage) ne suffit pas".
- (3) Rappr. P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 87, p. 72.

expresse insérée dans un bail (1), sauf si la clause, invoquée de mauvaise foi par le bailleur, entraînerait un dommage injuste (2).

Un autre exemple, peut-être plus significatif, se déduit de l'exercice du droit de grève.

La grève est un acte licite qui porte préjudice (3). C'est donc un "droit de nuire" (4), puisqu'elle rend illusoire la poursuite du fonctionnement normal de l'entreprise.

La grève peut cependant dégénérer en abus insusceptible de protection (5) lorsqu'elle constitue un trouble manifestement illicite (6) ou crée la menace d'un dommage imminent. Cette dernière situation suppose que l'exercice du droit de grève engendre des conséquences exceptionnellement graves (7). Encore faut-il qu'il y ait abus

(1) V. Versailles, 1ère Ch., 9 oct. 1978, préc. ; Cass. Com., 17 déc. 1991, Contrats - Concurrence - Consommation, fév. 1992, n° 23, Fasc. 175. V. aussi infra, p. 441.

(2) T.G.I. Paris, réf., 23 oct. 1974, Gaz. Pal. 1974. 2. 911 : "la suspension de la clause résolutoire s'impose en raison du caractère anormal de la réclamation des bailleurs" ; v. aussi Cass. Civ. 3e, 17 juil. 1992, Bull. III, n° 254, p. 156 ; Ph. BERTIN, préc., v° "Référez civil", n° 260 ; Y. PICOD, "La clause résolutoire et la règle morale", J.C.P. 1990. I. 3447, n° 4 et s.

(3) Par ex. J.-E. RAY, "Affaire Air Inter (suite), le retour à la raison", Dr. soc. 1988. 242, spéc. p. 243, note (13).

(4) V. par ex. M. VERICEL, "L'exercice normal du droit de grève", Dr. soc. 1988. 672. V. aussi G. LYON-CAEN, "La jurisprudence du Conseil constitutionnel intéressant le droit du travail", D. 1989. Chron., 289, spéc. p. 292, 3, in fine.

(5) Paris, 1ère Ch. A, 27 janv. 1988, deux esp., préc. ; Paris, 1ère Ch. A, 16 mai 1988, préc.

(6) Cf. supra, p. 208 ("Un exemple significatif ...").

(7) M. VERICEL, préc., Dr. soc. 1988. 672, spéc. p. 673.

manifeste dans l'exercice de ce droit (1).

Exige-t-on toujours un tel abus ? Ne peut-on, dans certaines circonstances, se contenter du seul dommage imminent ? Et notamment lorsqu'il est demandé au juge de suspendre un préavis de grève (2) ?

Le dépôt d'un préavis n'est pas une formalité indispensable au déclenchement d'une grève dans les entreprises privées, sauf dispositions conventionnelles expresses. Il s'agit en revanche d'une procédure obligatoire dans les services publics (3).

Le dépôt d'un préavis de grève ne saurait être en lui-même constitutif d'un trouble manifestement illicite, puisque cet acte est la condition du déclenchement du mouvement collectif. Mais "les circonstances de temps et de fait" qui entourent ce dépôt peuvent créer "un grave et imminent préjudice" qu'il appartient au juge des référés de prévenir (4).

L'appréciation de l'opportunité du choix de la date (car c'est bien de cela dont il s'agit) est particulièrement

(1) Par ex. lorsque des débrayages répétés effectués selon certaines modalités permettent de paralyser toute la production, v. Cass. Soc., 9 nov. 1978, Bull. V, n° 754, p. 568 ; rappr. T. BRILL-VENKATASAMY, op. cit., p. 495-496.

(2) Sur la mesure de suspension par préférence à l'annulation du préavis, v. infra, p. 520, - 1 -.

(3) Art. L. 521-3 c. trav. : "Lorsque les personnels (des Services Publics Industriels et Commerciaux ou des Services Publics Administratifs) font usage du droit de grève, la cessation concertée du travail doit être précédée d'un avis" ; v. aussi Ph. TERNEYRE, "La grève dans les services publics", coll. Droit Public, Sirey, 1991, n° 113 et 145.

(4) Paris, 1ère Ch. A, 27 janv. 1988, deux esp., préc.

délicate à effectuer. Pour assurer un succès rapide du mouvement revendicatif, les grévistes sont amenés à choisir la période la plus gênante, à la fois pour le chef d'entreprise et pour le public (1).

A partir de quel moment ce choix devient-il déraisonnable ?

La Cour de Paris, statuant le 27 janvier 1988 (2) sur l'appel interjeté contre un jugement rendu en état de référé par le T.G.I. de Bobigny, avait à connaître d'un préavis de grève, pour une durée de 24 heures, à compter du 24 novembre 1987 à 00 heure 01. Dans son arrêt, la Cour constate qu'aucun "indice susceptible de détacher le mouvement collectif envisagé de l'expression d'une revendication exclusivement professionnelle", n'a été relevé dans les circonstances de temps et de fait qui ont entouré le dépôt du préavis. On peut penser que la date choisie, calme sur le plan touristique, ne met pas l'employeur dans l'impossibilité de prendre "les dispositions assurant la continuité du service et l'atténuation des désagréments d'une grève pour les usagers" (3).

- (1) Cf. G. LYON CAEN, "Droit de grève des fonctionnaires", Dr. ouvr. 1952. 1 : la seule grève efficace est la grève gênante pour le public ; v. aussi J.-E. RAY, préc., Dr. soc. 1988. 242, spéc. p. 245, col. de droite. V. contra, J. DEPREZ, préc., R.J.S. 1990. Chron., 559, spéc. p. 560, note (4) : cet argument relève "très largement de l'utopie", "le soutien d'une partie de l'opinion suffit rarement" à obtenir satisfaction, sans compter "le risque d'impopularité de la grève".
- (2) Paris, 1ère Ch. A, 27 janv. 1988, 2e esp., préc.
- (3) Paris, 1ère Ch. A, 27 janv. 1988, 2e esp., préc ; rappr. J.-E. RAY, "De moins en moins de conflits du travail De plus en plus de litiges L'irruption du juge des référés", Rev. trim. Versailles 1988, n° 1, p. 85 ; M. VERICEL, préc., Dr. soc. 1988. 672, spéc. p. 676.

A l'inverse, le choix des 1er et 2 août 1987 "pour un arrêt total du service, inspiré par une évidente volonté de créer un violent impact, devait être pris en compte par les premiers juges pour prévenir la réalisation d'un grave dommage (...) dans l'importante catégorie des usagers du moment (...)" (1).

Le choix de la date peut ainsi constituer un élément déterminant dans l'élaboration de la décision du Président. On aurait pu croire que cet élément pris isolément, ne pouvait suffire à caractériser le dommage imminent (2). Pourtant, les circonstances de temps peuvent être au centre des appréhensions (3) et justifier la solution (4). Le choix de certaines dates excède l'exercice normal du droit de grève (5) en raison, nous dit en substance la Cour d'appel de Paris (6), du grave dommage qui allait en résulter pour "l'importante catégorie des usagers du moment, dont les intérêts matériels et moraux méritaient considération". Il découle de cette considération que le juge

(1) Paris, 1ère Ch. A, 27 janv. 1988, 1ère esp., préc.

(2) V. T.G.I. Evry, réf., 26 juil. 1990, R.J.S. 1990. 612 ; rappr. Cass. Soc., 20 janv. 1956, Dr. soc. 1956. 287 : la grève est licite, même lorsqu'elle est déclenchée à une date susceptible de frapper particulièrement l'opinion publique.

(3) Cf. Paris, 1ère Ch. A, 27 janv. 1988, 1ère esp., préc.

(4) V. contra, T.G.I. Evry, réf., 26 juil. 1990, préc. La date choisie, qui correspondait au retour des vacanciers de juillet (26-28 juil.), apparaissait pourtant de nature à motiver une mesure conservatoire (dans le même sens, rappr. J. DEPREZ, préc., R.J.S. 1990. Chron., 559, spéc. p. 562).

(5) V. A. JEAMMAUD, M.-Cl. RONDEAU-RIVIER, "Vers une nouvelle géométrie de l'intervention judiciaire dans les conflits du travail", D. 1988. Chron., 229, spéc. p. 232.

(6) Paris, 1ère Ch. A, 27 janv. 1988, 1ère esp., préc.

des référés a le pouvoir de suspendre un préavis de grève (1).

Est donc mise en avant la gêne importante éprouvée par les usagers du service public.

Pourtant, il est délicat de faire pression sur l'Etat sans nuire aux usagers (2). Limiter le droit de grève en se fondant sur le dommage qui découlera de son exercice risque non seulement de neutraliser ce droit (3), mais encore de supprimer l'une des raisons d'être de l'exigence du respect d'un préavis, à savoir un moyen de pression destiné à favoriser le dialogue (4). Le dommage aux usagers ne saurait à lui seul justifier une telle dégradation du droit de grève.

La suspension du préavis par le juge des référés est néanmoins admise lorsque les conséquences de la grève seraient par trop considérables (5). La difficulté d'appréciation de ce critère tiré de l'intérêt des usagers (6) suppose toutefois une justification plus objective de cette protection accrue de l'utilisateur au détriment de l'exercice d'un droit

- (1) Rappr. B. TEYSSIE, "La raison, la grève et le juge", Dr. soc. 1988. 562.
- (2) V. A. RAMIN, "La grève dans les services publics en France : quelques réflexions sur la situation de l'usager", Dr. soc. 1985. 33, spéc. p. 34 ; v. aussi J. ROCHE, "Regards sur le droit de grève dans les services publics trente ans après", in Mél. R.-E. CHARLIER, éd. de l'Université, 1981, spéc. p. 886.
- (3) H. SINAY, "Les méandres du droit de grève", in Mél. M. DAVID, Calligrammes, 1991, spéc. p. 410 ; rappr. D. LOSCHAK, "La dégradation du droit de grève dans le secteur public", Dr. soc. 1976. 56.
- (4) H. SINAY, préc., in Mél. M. DAVID, Calligrammes, 1991, p. 407.
- (5) Cf. supra, p. 222 ; adde M. VERICEL, préc., Dr. soc. 1988. 672, spéc. p. 676 ; J. DEPREZ, préc., R.J.S. 1990. Chron., 559, spéc. p. 561.
- (6) Ce qui explique que le Président doive se montrer particulièrement prudent lorsqu'il intervient sur ce fondement ; rappr. Ph. BERTIN, "Grève Licite, Trouble Illicite et Service Minimum", Gaz. Pal. 1989. 1. Doctr., 54.

constitutionnel.

Cette justification peut et doit être recherchée dans l'atteinte à l'autorité de l'état et à l'ordre public, "intimement liés l'un et l'autre à la continuité des services publics" (1), que cause ici la grève. Et c'est au juge, à défaut du législateur (2), qu'il appartient de concilier "la défense des intérêts professionnels dont la grève constitue une modalité et la sauvegarde de l'intérêt général auquel elle peut être de nature à porter atteinte" (3).

Il est en effet essentiel d'assurer "la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle" (4).

Partant de là, l'élément déterminant dans la pensée du juge sera nécessairement la gravité du dommage imminent.

- (1) J. ROCHE, préc., in Mél. R.-E. CHARLIER, éd. de l'Université, 1981, p. 873.
- (2) On sait combien la réglementation de l'usage du droit de grève dans les services publics est une question délicate et controversée, v. BLONDEL, in "Le Monde", 6 avr. 1993, p. 17 ; J. ROCHE, préc., in Mél. R.-E. CHARLIER, éd. de l'Université, 1981, spéc. p. 889 ; "Les Echos", 19 nov. 1992, p. 2, "Matignon : pas de service minimum" (R.A.T.P.) ; rappr. les interventions de M. ROCARD suite au mouvement collectif lancé à la R.A.T.P. en nov. 1988, v. "Le Monde", 4-5 déc. 1988, p. 13, 8 déc., p. 1, 11-12 déc., p. 1 et 13, où est annoncé un plan visant à instaurer un service minimum, qui n'a pas été concrétisé depuis. V. aussi J.-M. NORMAND, "Trop de grève tue la grève", in "Le Monde", 17 avr. 1992, p. 17 ; "Dernières nouvelles d'Alsace", p. 3, I, 8 avr. 1993, "Transports : le Sénat veut réviser le droit de grève".
- (3) Cons. d'Etat Ass., 7 juil. 1950, Dehaene, G.A.J.A., n° 78, p. 437 ; rappr. Cons. d'Etat Ass., 4 avr. 1952, Syndicat régional des quotidiens d'Algérie, G.A.J.A., n° 85, p. 489.
- (4) Cons. Const., 25 juil. 1979, in L. FAVOREU, L. PHILIP, "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", Sirey, 6e éd., 1991, n° 29, p. 391.

On pourrait être tenté d'affirmer que la seule importance du dommage suffit à autoriser une mesure conservatoire, mais on sent bien que l'idée réellement déterminante réside dans la notion de continuité du service public liée à la nécessaire protection de l'intérêt de l'usager de ce service. Ce qui est exigé, c'est que le mouvement mis en cause "dépasse les inconvénients "normaux" de toute grève (ce qui, en réalité signifie) qu'il s'agisse d'un préjudice illicite parce que dépassant un certain seuil de gravité, par opposition au dommage normal qui, lui, n'est pas juridiquement condamnable (...) on le voit, l'idée de trouble illicite n'est pas absente de l'analyse du dommage imminent (...)" (1).

Un raisonnement analogue peut être suivi au regard du droit des sociétés.

Le juge des référés se reconnaît en effet le pouvoir de désigner un administrateur provisoire lorsqu'une société traverse une crise grave mettant en péril sa survie (2).

(1) J. DEPREZ, préc., R.J.S. 1990. Chron., 559, spéc. p. 561 ; rappr. T. BRILL-VENKATASAMY, op. cit., p. 509 ; v. aussi A. JEAMMAUD, M.-Cl. RONDEAU-RIVIER, préc., D. 1988. Chron., 229, spéc. p. 232, col. de droite.

(2) V. M. COZIAN, A. VIANDIER, "Droit des sociétés", Litec, 5e éd., 1992, n° 480, p. 156 ; Y. GUYON, J.-Cl. Sociétés, Fasc. 37, v° "Administration judiciaire", n° 1 ; du même auteur, "Les missions des administrateurs provisoires de sociétés", in Mél. D. BASTIAN, Librairies Techniques, 1974, t. I, p. 103 ; v. aussi Paris, 1ère Ch. A, 26 juil. 1991, Rev. soc. 1991. somm. 826, obs. Y. GUYON.

Création prétorienne, la nomination d'administrateurs provisoires se fonde aujourd'hui essentiellement sur le dommage imminent visé par les art. 809 et 873 nouv. c. pr. civ., v. B. LYONNET, "L'administration judiciaire", Rev. jurisp. com. 1991. 241. La désignation d'un administrateur provisoire peut en effet être assimilée aux mesures conservatoires visées par le nouveau Code ; rappr. Y. GUYON, préc., v° "Administration judiciaire", n° 107.

Il opte parfois pour des mesures moins contraignantes (1), comme par exemple la nomination d'un mandataire ad hoc, lorsqu'il s'agit d'effectuer une diligence précise (2).

Dans tous les cas, l'intervention du Président est exceptionnelle car elle porte atteinte à la souveraineté des associés quant au choix des dirigeants sociaux (3).

Outre la mise en péril des intérêts sociaux, c'est l'entrave au fonctionnement normal de la personne morale qui détermine la désignation d'un administrateur provisoire. Concrètement, il peut s'agir de "la disparition de ses dirigeants" alors que les associés ne parviennent pas à s'entendre pour constituer, par exemple, un conseil d'administration conforme aux dispositions statutaires, ou de "leur impuissance à résoudre une crise" (4).

La désignation d'un administrateur provisoire apparaît ainsi

- (1) Rappr. Paris, 1ère Ch. C, 7 juin 1990, Rev. soc. 1990. somm. 478, obs. Y. GUYON.
- (2) On peut également citer, bien qu'il s'agisse d'un référé en la forme, l'expert de gestion de l'art. 226 de la loi du 24 juil. 1966, J.O. du 26 juil., p. 6402.
- (3) V. Y. GUYON, préc., v° "Administrateur provisoire", n° 1 et 10 ; J.-L. SIBON, note sous Cass. Com., 26 avr. 1982, Rev. soc. 1984. 93 ; v. aussi A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN, "Droit des sociétés", J.C.P. 1993. I. 3681, n° 2 (à propos de T. com. Paris, réf., 18 fév. 1993).
- (4) Y. GUYON, préc., in Mél. D. BASTIAN, Librairies Techniques, 1974, t. I, spéc. p. 104 ; rappr. en matière successorale Cass. Req., 15 avr. 1924, D.P. 1924. 1. 169, note R. SAVATIER : "le désaccord qui existe entre les héritiers et les sentiments d'animosité qu'ils manifestent rendent difficile, pour tout autre qu'un mandataire de justice, l'administration des biens importants de la succession" ; v. aussi Ph. MALAURIE, L. AYNES, "Les successions. Les libéralités", Cujas, 2e éd., 1993, n° 262, p. 137.
Plus généralement, v. M.-F. FEUERBACH-STEINLE, "Le rôle du pouvoir judiciaire dans la gestion des patrimoines privés", th. Strasbourg, 1990, p. 43 et s.

comme un moyen de résoudre un conflit dans une société, voire de protéger les actionnaires en cas d'abus de majorité (1).

L'expertise de gestion supposant une présomption de fonctionnement irrégulier de la société (2), a fortiori la désignation d'un administrateur provisoire, mesure plus sévère, implique une irrégularité de gestion.

Entendons-nous bien. Il ne s'agit d'octroyer au juge des référés ni le pouvoir de s'immiscer dans la gestion de la société, ni d'en apprécier l'opportunité. En effet, si le Président constate que le fonctionnement de la société est régulier, il n'y a pas lieu de procéder à la nomination d'un administrateur provisoire.

L'arrêt Fruehauf (3) semble pourtant aller plus loin en faisant état des intérêts sociaux dont le juge des référés doit s'inspirer "par préférence aux intérêts personnels de certains associés, fussent-ils majoritaires (...)" . La portée de cette décision critiquée par M. GUYON qui rappelle que "le

(1) Cf. Y. GUYON, préc., v° "Administrateur provisoire", n° 36 ; rappr. Rouen, 2e Ch. civ., 25 sept. 1969, J.C.P. 1970. II. 16219, obs. Y. GUYON : "les décisions intempestives prises par la majorité dans l'intérêt personnel d'un des membres de celle-ci (...) sont susceptibles d'entraîner des conséquences catastrophiques pour la société et de ruiner son crédit moral". Les motifs de l'arrêt retracent clairement "la gravité et l'évidence de l'abus".

(2) Cass. Com., 22 mars 1988, Bull. Joly 1988. 366 ; Y. GUYON, préc., v° "Administrateur provisoire", n° 12 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, op. cit., n° 488, p. 159.

(3) Paris, 14e Ch., 22 mai 1965, J.C.P. 1965. II. 14274 bis, concl. NEPVEU, D. 1968. 147, note R. CONTIN ; rappr. Paris, 3e Ch., 15 mars 1968, J.C.P. 1969. II. 15814, obs. N. BERNARD ; v. aussi B. LYONNET, préc., Rev. jurisp. com. 1991. 241, spéc. p. 254 et s.

fonctionnement d'une société suppose que la minorité accepte de s'incliner devant la majorité" (1), ne semble pas devoir être étendue outre mesure (2). L'intérêt propre de la personne morale peut certes être apprécié dans une perspective d'ensemble (3), mais il justifie difficilement l'intervention du juge en l'absence de dissensions graves au sein de la société (4) ou d'une gestion manifestement contraire à l'intérêt social, caractérisant un abus de majorité (5). Là

-
- (1) Y. GUYON, obs. sous T. Com. Paris, réf., 9 mai 1969, J.C.P. 1969. II. 16063.
- (2) J.-J. CAUSSAIN, A. VIANDIER, "Droit des sociétés", J.C.P.-E. 1989. II. 15517, n° 2 ; M. COZIER, A. VIANDIER, op. cit., n° 496, spéc. p. 164 : en réalité, les "juges restent prudents et ne s'immiscent dans la gestion d'une société qui si une crise grave la met en péril" ; Y. GUYON, préc., v° "Administration provisoire", n° 36 et note sous Cass. Com., 17 janv. 1989, Rev. soc. 1989. 209 ; v. aussi Cass. Com., 21 janv. 1970, qui a cassé un arrêt qui s'inspirait de la notion d'intérêt propre de la société (Rennes, 2e Ch., 23 fév. 1968, J.C.P. 1969. II. 16122, obs. J. PAILLUSEAU et R. CONTIN), Rev. trim. dr. civ. 1970. 404, obs. P. HEBRAUD ; T. com. Paris, réf., 9 mai 1969, préc. : la "nomination d'un administrateur provisoire d'une société pourrait se justifier si un dissensément grave entre les administrateurs ne permettait plus d'assurer la gestion et l'administration de la société ou si les décisions de ce conseil alliaient à l'encontre des résolutions ou intentions des actionnaires, constituant ainsi un abus de majorité. Tel n'est pas le cas s'il existe au sein du conseil une majorité à même de prendre les décisions nécessaires à la bonne marche de la société" ; Paris, 14e Ch. C, 18 sept. 1992, in A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN, préc., J.C.P. 1993. I. 3681, n° 7 ; Versailles, 13e Ch., 30 oct. 1992, Bull. Joly 1993. 87, note A. COURET.
- (3) V. J. MESTRE, "Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés", Rev. jurisp. com. 1985. 81.
- (4) Par ex. Cass. Com., 26 avr. 1982, préc. : la mésentente entre les membres du conseil d'administration "ayant pris le caractère d'une hostilité agressive (...) risquait d'aboutir, si elle persistait, à la dissolution de la société".
- (5) Rappr. supra, p. 226, note (2) (l'expertise de gestion) ; v. aussi Paris, 14e Ch. C, 28 fév. 1989, J.C.P.-E. 1989. I. 18383.

encore, on n'est pas très loin de la notion de trouble illicite.

Il arrive aussi que la demande de nomination d'un administrateur provisoire soit le fait d'une volonté concertée des dirigeants et associés (1), lorsque la société traverse une période particulièrement délicate. Mais dans ce cas, la voie du référé est abandonnée au profit d'une requête collective (2).

Dans le cadre des offres publiques d'achat ou d'échange (3), l'initiateur de l'offre est tenu de respecter la réglementation qui vise à préserver "un équilibre entre l'indispensable liberté du marché et de ses forces, et la nécessaire défense des projets d'entreprise, tout en assurant la défense des intérêts des petits actionnaires" (4).

La société visée et ses actionnaires peuvent alors être tentés de recourir au juge des référés pour contrer une

- (1) Sur la demande émanant d'un créancier, v. Cass. Com., 14 fév. 1989, Rev. soc. 1989. 633, note D. RANDOUX : le fonctionnement de la société était normal et elle ne rencontrait pas de difficultés financières ; la demande de nomination d'un administrateur provisoire a été rejetée.
- (2) V. Y. GUYON, préc., v° "Administration provisoire", n° 33 et s.
- (3) V. Dictionnaire Permanent de Droit des Affaires, v° "Offres publiques (O.P.A.-O.P.E.-O.P.V.) Négociation de blocs".
- (4) M. PEBEREAU, "Comment réglementer les OPA ?", Dynasteurs, mars 1989, p. 42 ; rappr. Dictionnaire Permanent de Droit des affaires, préc., n° 3 ; A. VIANDIER, "Offres publiques et droit des sociétés", Gaz. Pal. 1988. 1. Doctr., 247, n° 23 et s. ; Paris, 3e Ch. B, 18 mars 1988, D. 1989. 359, note F. LAROCHE-GISSEROT, Gaz. Pal. 1988. 2. 461, 1ère esp., note J.-P. MARCHI, spéc. p. 472, col. de gauche ; v. aussi l'art. 3 du règlement 89-03 de la Commission des Opérations de Bourse relatif aux offres publiques et aux acquisitions de blocs de contrôle, arrêté du 28 sept. 1989, J.O. du 30 sept., p. 12307.

O.P.A. inamicale. S'appuyant sur un trouble manifestement illicite ou du moins sur un dommage imminent (1), l'action intentée par la société cible constitue une technique de temporisation non négligeable lorsque l'on sait que le facteur temps détermine fréquemment le succès ou l'échec de ce type de prise de contrôle (2).

C'est ainsi qu'une société visée a sollicité du juge des référés une mesure de suspension de l'exercice du droit de vote attaché à certaines actions litigieuses en raison du défaut d'autorisation du Comité des établissements de crédit (3). Cette mesure a été octroyée par le Président du T. com. en considération de la nullité potentielle de l'acquisition réalisée de la sorte. La décision rendue semble alors (aussi) se fonder sur la notion de trouble manifestement illicite.

M. VASSEUR critique la solution retenue (4) en considérant

- (1) V. la formule retenue par le Président du T. com. de Paris le 29 fév. 1988, Gaz. Pal. 1988. 2. 470, spéc. p. 471, col. de droite.
- (2) D. CARREAU, J.-Y. MARTIN, "Les moyens de défense anti-OPA en France", Rev. Banque 1990. 1032, n° 74 ; Y. GUYON, note sous Paris, 1ère Ch. A et Paris, 1ère Ch. CBV, 20 nov. 1991, D. 1992. 193, spéc. p. 198-199 ; rappr. A. COURET, D. MARTIN, L. FAUGEROLAS, "Sécurité et transparence du marché financier", Bull. Joly 1989, n° 11 b, p. 3.
- (3) V. T. com. Paris, réf., 21 juin 1988, D. 1989. 419 ; l'art. 2 du règlement n° 84-07 du 28 sept. 1984 (modifié par le règlement n° 87-08 du 22 juil. 1987) relatif aux modifications de situation des établissements de crédit dispose en effet que "toute personne ou tout groupe de personnes agissant ensemble doit obtenir une autorisation du Comité des établissements de crédit préalablement à la réalisation de toute opération de prise ou cession de participation dans un établissement de crédit, lorsque cette opération a pour effet direct ou indirect de permettre à cette personne ou à ces personnes (...) d'acquérir le dixième des droits de vote (...)".
- (4) M. VASSEUR, "Le pouvoir du Comité de la réglementation bancaire de régir les prises de participation indirecte dans un établissement de crédit et la sanction du non-respect de ses règlements", D. 1989. Chron., 209.

notamment que la mesure de suspension "n'était pas fondée en droit" car le non-respect du règlement 84-07 du 28 septembre 1984 "ne peut être assorti de la sanction de nullité" (1). On peut néanmoins penser que l'ordonnance traduit "une réaction d'hostilité à l'égard d'une manoeuvre déloyale" (2) dont les effets, nuisibles aux intérêts de la société visée, justifient la position adoptée par le magistrat.

Plus souvent, le recours au Président du T. com. a été le fait de la société initiatrice de l'offre, lorsqu'il s'est agi de contester la validité des mesures prises par la société visée ou par ses actionnaires (3).

A l'analyse des décisions rendues, on constate que l'aspect sérieux du différend qui oppose les protagonistes est à la base de la réflexion menée par le Président lorsqu'il est amené à statuer sur le dommage imminent.

C'est ainsi qu'une ordonnance de référé en date du 30 mai 1989 a considéré que l'usage ou le "gel" des actions litigieuses ne doit pas créer "pour les uns ou les autres un préjudice que le temps aura rendu quasi-irréversible au moment où la validité de l'une des thèses en présence aura été finalement - et le plus tôt possible - reconnue par une décision exécutoire du juge du fond" (puisque le sort final de ces actions reste effectivement suspendu à une décision au fond). C'est pourquoi la mise sous séquestre des actions litigieuses entre les mains d'un

(1) V. cep. Paris, 3e Ch., 18 mars 1988, préc., concernant le non-respect des décisions générales ou des règlements de la C.O.B.

(2) F. LAROCHE-GISSEROT, note sous Paris, 3e Ch. B, 18 mars 1988, préc.

(3) D. CARREAU, J.-Y. MARTIN, préc., Rev. Banque 1990. 1032, n° 75.

mandataire ad hoc s'est accompagnée de l'exercice par celui-ci du droit de vote attaché auxdites actions, pour s'opposer à la révocation de membres du conseil de surveillance liés aux sociétés défenderesses qui serait éventuellement proposée par tout actionnaire de la société demanderesse (1).

En l'absence de "péril d'un usage irrégulier" des droits de vote, la demande de séquestre doit être rejetée (2). Dès que les opérations menées revêtent une apparence de régularité, le dommage imminent n'est pas suffisamment caractérisé (3).

La fin du contrat de travail vient conforter cette analyse de la notion de dommage imminent :

S'agissant des licenciements pour motif économique, les art. L. 321-2 et s. c. trav. imposent la réunion et la consultation du comité d'entreprise ou des délégués du

- (1) T. com. Paris, réf., 30 mai 1989, Rev. jurisp. com. 1989. 369, 1ère esp., note D. SCHMIDT.
- (2) T. com. Paris, réf., 30 août 1989, Rev. jurisp. com. 1989. 369, 2e esp., note D. SCHMIDT. Cette décision maintient cependant l'interdiction ordonnée par voie de requête de céder à des tiers les actions d'autocontrôle, parce qu'une telle opération risquerait de modifier la situation ayant existé au lancement de l'offre publique ce qui, "dans la période actuelle de conflit interne entre les actionnaires, apparaîtrait à l'évidence comme particulièrement anormal".
- (3) Cf. Paris, 1ère Ch. A, 26 mars 1986, préc., n° 9 et spéc. n° 11. V. aussi Paris, 1ère Ch. A, 20 nov. 1991, 2e esp., préc. : "le dommage imminent allégué ne résulte en apparence d'aucun acte fautif" ; M.-J. COFFY DE BOISDEFFRE, "Le rôle du juge des référés et le transfert de contrôle d'entreprises", Gaz. Pal. 1987. 2. Doctr., 606, B, in fine.

personnel par l'employeur, lorsque le nombre de licenciements envisagés est au moins égal à dix dans une même période de trente jours.

Ces textes visent à favoriser le débat (1) tout en évitant de retarder inconsidérément le cours de la procédure de licenciement. C'est pourquoi l'art. L. 321-3, al. 4 c. trav., prévoit la tenue de deux réunions, entre lesquelles peut s'écouler un délai maximal de 14, 21 ou 28 jours, selon le nombre de licenciements envisagés. L'information complète des représentants du personnel est assurée par l'art. L. 434-6 c. trav., qui permet au comité d'entreprise de se faire assister par un expert-comptable rémunéré par l'entreprise.

Mais le temps nécessaire à l'élaboration de son rapport par l'expert-comptable ne correspondait pas toujours aux délais maximaux imposés à l'art. L. 321-3, al. 4 c. trav., par le législateur de 1986. En effet, lorsque le recours à l'expertise était décidé lors de la première réunion, le délai légal, trop bref, pouvait empêcher le dépôt du rapport en temps utile.

Or le comité d'entreprise doit disposer d'une information complète et d'un délai suffisant pour en prendre connaissance (2). C'est là une condition indispensable à la formulation d'un

- (1) Bien qu'il s'agisse d'informer et de consulter les membres du comité d'entreprise et non de négocier avec eux, v. F. GAUDU, "Commentaire de la loi n° 89-549 du 2 août 1989 relative à la prévention du licenciement économique et au droit de la conversion", A.L.D. 1990. comm. 1, n° 7.
- (2) V. art. L. 431-5, al. 2 c. trav.

avis pleinement éclairé dudit comité (1). Il est donc décisif que le comité d'entreprise se prononce après le dépôt du rapport demandé.

Cette nécessité explique que le juge des référés ait pu intervenir sur le fondement du dommage imminent que "la poursuite par la direction (...) de la procédure de licenciement collectif était de nature à causer aux salariés", pour ordonner la suspension de l'opération engagée (2).

La décision de recourir à un expert-comptable a ainsi engendré une phase préalable à l'information et à la consultation proprement dite du comité d'entreprise (3).

Il convient d'insister sur ce point. La faculté de

(1) Par ex. D. DE LA GARANDERIE, "La fixation de la date de la 1re réunion du comité sur le projet de licenciement économique par le juge des référés", Gaz. Pal. 1987. 2. Doctr., 793 ; G. BELIER, "L'assistance du comité d'entreprise par un expert-comptable en cas de licenciement économique", Dr. soc. 1988. 158.

(2) V. par ex. Cass. Soc., 27 juin 1989, Bull. V, n° 471, p. 286.

(3) V. Lyon, 25 juin 1987, Dr. soc. 1988. 163 ; rappr. B. TEYSSIE, obs. sous T.G.I. Paris, réf., 9 mars 1987 et Paris, 1ère Ch. A, 23 mars 1987, J.C.P. 1987. II. 20887 : lorsque le recours à l'expert est décidé lors d'une première réunion du comité, elle devient une "réunion zéro" ; v. également Cass. Soc., 27 juin 1989, préc., Bull. V, n° 471, p. 286 ; Cass. Soc., 13 juin 1990, inédit, n° 89-41944 ; T.G.I. Nanterre, réf., 29 mai 1987, J.C.P. 1987. II. 20884, obs. B. TEYSSIE ; P. BOUAZIZ, note sous six esp., Dr. ouvr. 1988. 195 ; G. LYON-CAEN, J. PELLISSIER, op. cit., n° 316-1, p. 292.

Certaines décisions ont préféré considérer que le délai prévu entre les deux réunions pouvait être dépassé et ont estimé que le délai fixé à l'art. L. 321-3, al. 4 c. trav., était inopposable aux membres du comité d'entreprise, v. notamment Cass. Soc., 27 juin 1989, Bull. V, n° 472, p. 287 ; Cass. Soc., 21 nov. 1990, inédit, n° 89-11333 ; v. aussi G. COUTURIER, "Droit du travail", P.U.F., 1993, t. I, n° 155, spéc. p. 263 ; F. GAUDU, préc., A.L.D. 1990. comm. 1, n° 30.

s'adresser à l'expert "serait privée de tout intérêt pratique si le comité d'entreprise devait formuler un avis avant d'avoir connaissance du rapport de son expert" (1).

La loi n° 89-549 du 2 août 1989 est dans ce sens (2) : la réunion de désignation de l'expert est suivie d'une première réunion consultative tenue au maximum 20 jours, au minimum 22 jours après, et d'une seconde réunion consultative qui succède à la première 14, 21 ou 28 jours après (art. L. 321-7-1 c. trav.). La loi met donc en place un système qui comprend trois réunions du comité insérées dans une période allant de 34 à 50 jours.

Le délai de 20 à 22 jours fixé à l'expert-comptable pour déposer son rapport est un délai impératif (3). En conséquence, le juge des référés ne pourra le modifier.

Une réserve doit être apportée à cette affirmation. Elle vise l'hypothèse où l'employeur tarde à fournir à l'expert les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission et met ainsi obstacle à son déroulement normal (4).

-
- (1) Lyon, 25 juin 1987, préc. ; v. aussi T.G.I. Alès, réf., 21 juil. 1987, Dr. ouvr. 1988. 195 : après avoir constaté la voie de fait (le trouble manifestement illicite) commise par la direction, la décision suspend la procédure de licenciements pour prévenir un dommage imminent.
 - (2) J.O. du 8 août 1989, p. 9954.
 - (3) Circ. min., 1er oct. 1989, Liaisons sociales - Législation sociale n° 6298-D2, 6 nov. 1989, spéc. 2.1.4.b ; Lamy social 1993, n° 1663, d, p. 788.
 - (4) V. Paris, 1ère Ch. A, 27 mars 1990, Dr. ouvr. 1990. 205, note F. S. ; T.G.I. Thonon-les-Bains, réf., 15 juill. 1992, Dr. ouvr. 1992. 408, 2e esp., note P. DARVES-BORNOZ ; T.G.I. Rouen, réf., 14 déc. 1992, Dr. ouvr. 1993. 148, 2e esp., note J. GRISNIR ; rappr. B. TEYSSIE, "Information et consultation des représentants du personnel", Dr. soc. 1987. 206, n° 32.

L'intervention du juge des référés reste là encore soumise à l'existence de l'anormalité de la situation décriée par les représentants du personnel.

Les illustrations de cette approche de la notion de dommage imminent peuvent être multipliées.

En 1986, une société a confié la fabrication exclusive de pulvérisateurs automoteurs à une autre société. En 1988 et après un échange de correspondances, la société venderesse a refusé la livraison de certains modèles en arguant qu'il s'agissait de modèles nouveaux qui n'entraient pas dans le cadre contractuellement fixé.

Confrontée à une difficulté sérieuse quant à l'interprétation des correspondances échangées entre les deux sociétés et sur la qualification des modèles de pulvérisateurs (anciens améliorés ou nouveaux), la Cour d'appel a néanmoins ordonné en référé les mesures qu'elle estimait s'imposer pour prévenir le préjudice grave et imminent que le refus de livraison portait à la société acheteuse, qui avait confié la fabrication exclusive de ses pulvérisateurs à son cocontractant (1). La Cour de cassation a approuvé les juges d'appel dans leur raisonnement (2).

La volonté de prévenir un dommage imminent n'explique pas à elle seule la solution retenue : la Cour met en évidence les "relations contractuelles unissant les parties, qui

(1) Adde et rappr. Paris, 1ère Ch. urg., 28 fév. 1992, R.J.D.A. 1992, n° 534, p. 422.

(2) Cass. Com., 26 fév. 1991, Bull. IV, n° 87, p. 58.

n'étaient pas celles d'un vendeur et d'un acheteur mais conféraient à (la seconde société) des droits particuliers à l'égard de la (première)". Si l'on sanctionne ici le dommage imminent c'est parce que, jusqu'à la décision du juge du fond, foi est due au titre (1).

Il est donc déterminant que le risque encouru soit injustifié. C'est ainsi qu'un fournisseur de carburant a été autorisé en référé "à faire apposer des scellés sur les réservoirs lui appartenant, qu'il avait mis à la disposition d'un exploitant d'une station-service en vertu d'une convention que ce dernier avait rompue". Le fournisseur avait en effet "le plus grand intérêt à s'opposer à la réutilisation des cuves par un concurrent" (2).

En matière de construction, le référé-expertise est particulièrement utile pour connaître l'état des existants voisins et pour déceler les risques que comportent les travaux envisagés ainsi que les moyens d'y parer (3). La Cour de cassation admet que le maître de l'ouvrage puisse demander au juge des référés l'autorisation de faire exécuter, à ses frais avancés, les travaux considérés comme indispensables par l'expert (4).

(1) V. aussi T. com. Paris, réf., 26 fév. 1974, Rev. jurisp. com. 1974, n° 716, p. 63.

(2) Cass. Com., 22 juil. 1986, Bull. IV, n° 184, p. 157, J.C.P. 1986. IV. 307. Comp. cep. depuis, Cass. Com., 26 mai et 18 fév. 1992, D. 1993. 57, note C. HANNOUN ; v. aussi Lamy droit économique 1993, n° 5890, p. 1297.

(3) Cf. supra, p. 166.

(4) Cass. Civ. 3e, 30 nov. 1976, Bull. III, n° 435, p. 329.

Une fois encore le dommage imminent inclut une notion de faute qui provient de la mauvaise réalisation ou de l'absence de travaux confortatifs. Le maître de l'ouvrage a assurément "l'obligation de s'assurer qu'il exerce ses prérogatives sans légèreté ni abus" (1).

D'une manière identique, le Président peut autoriser le maître de l'ouvrage à exécuter des travaux urgents sur le fondement du dommage imminent, pour remédier à des malfaçons commises par la société qu'il avait chargée de la réalisation de travaux d'étanchéité et pour éviter une aggravation des dommages à l'approche de l'hiver (2).

Le Président peut aussi être amené à suspendre des travaux de construction, afin de prévenir les dommages qui pourraient résulter de leur achèvement lorsque les travaux entrepris sont litigieux (3).

Au regard de la pratique de la publicité comparative, avant même son introduction dans la législation par la loi du 18 janvier 1992 (4), les tribunaux avaient admis la licéité de

(1) Cass. Civ. 3e, 30 nov. 1976, préc.

(2) Cass. Civ. 3e, 10 juin 1970, Bull. III, n° 398, p. 288.

(3) Par ex. Cass. Civ. 3e, 14 déc. 1976, préc. ; Orléans, 2e Ch. civ., 18 juil. 1989, inédit, n° 1263/89 et Cass. Civ. 3e, 23 oct. 1991, Bull. III, n° 247, p. 145.

(4) Loi n° 92-60 du 18 janv. 1992 renforçant la protection des consommateurs, J.O. du 21 janv., p. 968, v. art. 10. Adde Cons. const., 15 janv. 1992, décis. n° 91-303 DC, J.C.P. 1992. III. 65333. Sur les effets nocifs de la loi nouvelle, v. J.-Cl. FOURGOUX, "L'article 10 de la loi du 18 janvier 1992 - Feu sur la publicité comparative", Gaz. Pal. 1992. I. Doctr., 278 ; rappr. LUBY M., "Propos critiques sur la légalisation de la publicité comparative", D. 1993. Chron., 53.

procédé, malgré l'absence de texte (1).

Elle était toutefois peu pratiquée en raison des dangers que comporte tout essai de comparaison, et notamment le risque de déboucher sur une publicité mensongère (2).

Il est arrivé que le juge des référés ait eu à connaître de demandes visant à mettre fin au trouble manifestement illicite que constituait, aux dires des demandeurs, certaines publicités comparatives. En règle générale, les magistrats saisis ont estimé que la publicité comparative, du seul fait qu'elle est comparative, n'entraîne pas un trouble manifestement illicite (3).

(1) V. par ex. Cass. Com., 22 juil. 1986, Bull. IV, n° 181, p. 154, D. 1986. 436, note CAS G. ; Cass. Com., 29 mars 1989, Bull. IV, n° 109, p. 74 ; v. aussi J.-Cl. FOURGOUX, "La publicité comparative tout à fait licite, contorsionnellement illicite ou manifestement illicite ?", Gaz. Pal. 1985. 1. Doctr., 135 ; J.-G. M., note sous T.G.I. Paris, réf., 23 sept. 1991, Gaz. Pal. 1991. 2. 576 ; Lamy Droit économique 1993, n° 3400, p. 852 ; Ligue internationale contre la concurrence déloyale, Congrès de Strasbourg, 6-10 sept. 1978, Gaz. Pal. 1978. 2. Doctr., 593, Rapport international de M. FRANK ; D. REDON, F. DELBARRE, "Comparatif", Gaz. Pal. 26-27 mai 1993, p. 55.

(2) Cf. J.-G. M., note sous T.G.I. Paris, réf., 23 sept. 1991, préc.

(3) V. T. com. Versailles, réf., 24 mai 1984, Gaz. Pal. 1984. 1. 374 ; T.G.I. Evry, réf., 10 juil. 1984, Gaz. Pal. 1984. 2. somm. 365 ; T. com. Paris, réf., 15 janv. 1992, Gaz. Pal. 1992. 1. somm. 67, note F. GREFFE ; rappr. Paris, 1ère Ch. B, 16 mars 1984, Gaz. Pal. 1984. 1. 369.

V. contra, Bourges, 1ère Ch., 6 mars 1984, Gaz. Pal. 1984. 1. 370 (cassé par Cass. Com., 22 juil. 1986, préc., Bull. IV, n° 181, p. 154) ; Cass. Com., 26 nov. 1985, inédit, n° 84-13408 ; Paris, 14e Ch. B, 12 fév. 1988, D. 1988. I.R. 75 ; rappr. Paris, 4e Ch. B, 21 juin 1984, Gaz. Pal. 1985. 2. somm. 256 ; v. aussi R. PLAISANT, note sous Paris, 4e Ch. A, 6 oct. 1981, D. 1983. 313, spéc. p. 316, III.

De la même manière, elle ne peut consister en un dommage imminent. Bien que l'auteur de la publicité ait conscience d'occasionner un dommage, on ne peut lui imputer à faute le seul fait de procéder à une comparaison de produits alors que le message publicitaire se limite à une publication des prix de produits identiques, vendus dans les mêmes conditions, par des concurrents différents et que l'exactitude des indications données n'est pas sérieusement contestée (1).

Par suite, comment pourrait-on lui imposer une mesure conservatoire sur le fondement de l'art. 809, al. 1er du nouveau Code ? Pareille solution soutiendrait un sentiment d'injustice : si, sous prétexte de dommage imminent menaçant autrui, on empêchait une personne d'agir alors qu'elle en a non seulement le pouvoir mais aussi le droit, on retirerait toute sécurité aux relations sociales. L'intervention du juge du provisoire dans ce cas détruirait la confiance et la prévisibilité, conditions sine qua non de la vie en société (2).

-
- (1) V. Cass. Com., 22 juil. 1986, préc., Bull. IV, n° 181, p. 154 ; Bordeaux, 1ère Ch., 19 mars 1992, Gaz. Pal. 1992. I. 257. La comparaison des prix doit cependant permettre l'identification des produits plus avantageux, v. T. com. Salon, 21 avr. 1993, Lettre distr. juin 1993.
Rappr. les essais comparatifs réalisés par des organismes poursuivant l'information objective des consommateurs, v. par ex. T.G.I. Paris, réf., 7 oct. 1983, Gaz. Pal. 1984. I. 413 ; v. aussi Paris, 4e Ch., 20 déc. 1974, D. 1975. 312, concl. P. FRANCK, note R. LINDON, J.C.P. 1975. II. 18056, spéc. n° 5-6, obs. D. NGUYEN-THANH-BOURGEAIS. Plus généralement, v. R. PLAISANT, "Le droit à la critique", in Mél. A. CHAVANNE, Litec, 1990, p. 275.
- (2) V. H. BATIFFOL, "La philosophie du droit", coll. Que sais-je ?, P.U.F., 8e éd., 1989, p. 105 et s.

Par conséquent, la notion de dommage imminent apparaît comme comportant une "illégitimité" à sa source (1). On trouve ici une notion de juste limite qu'il entre dans la mission du juge de fixer (2). Tout est donc une question d'équilibre, ce principe devant évidemment jouer dans les deux sens, au profit du demandeur comme du défendeur au référé. C'est pourquoi le dommage imminent ne peut être dissocié de l'appréciation de la légitimité de l'agissement critiqué et suppose que la situation qui est à l'origine du risque soit injustifiée. Ceci conduit infailliblement à rapprocher le concept de dommage imminent de celui de trouble illicite. Force est de constater que l'écart entre les deux notions ne se manifeste pas de manière démesurée !

B. LES REFERES DE L'ARTICLE 809, ALINEA 1er ET LES CONDITIONS DE L'ARTICLE 808 :

Il est inévitable d'effectuer un rapprochement entre, d'une part, le dommage imminent et l'urgence et, d'autre part, le trouble manifestement illicite et l'absence de contestation sérieuse (3).

L'urgence n'est cependant pas expressément visée par le texte. On en déduit qu'elle n'est pas une condition de

- (1) V. aussi G. LE TALLEC, "Le soubassement juridique des affaires Leclerc carburants et Leclerc livres", J.C.P. 1986. I. 3231, n° 9 ; G. PARLEANI, "Le juge des référés face au droit communautaire", D. 1990. Chron., 65, n° 26.
- (2) V. T.G.I. Paris, réf., 28 mars 1984, J.C.P. 1985. IV. 217.
- (3) V. A. BLAISSE, préc., J.C.P. 1982. I. 3083 ; rappr. R. TENDLER, note sous quatre esp., préc.

l'intervention du juge des référés sur le fondement de l'art. 809, al. 1er (1).

L'imminence du dommage suggère pourtant l'urgence de la situation (2) et l'on peut estimer qu'il est de première nécessité de mettre fin sans retard à un trouble manifestement illicite (3). Le mot "toujours" qui figure dans le texte peut être interprété dans ce sens (4). Ainsi est-il possible d'estimer que l'urgence est une notion sous-jacente aux conditions prévues par le nouveau Code (5).

Certaines décisions sont allées plus loin et ont semblé

- (1) V. A. JEAMMAUD, "Les contentieux des conflits du travail", Dr. soc. 1988. 689, n° 11, *in fine* ; J.-R. MIRBEAU-GAUVIN, préc., D. 1989. Chron., 39, n° 15 ; M. PETIT, "L'utilisation des référés en droit du travail", R.P.D.S. 1976. 201 ; J.-M. SPORTOUCH, "Les recours au juge du provisoire en droit du travail", Dr. soc. 1987. 503 ; J. VIATTE, préc., Gaz. Pal. 1976. 2. Doctr., 709, spéc. p. 710, B ; rappr. supra, p. 9.
- (2) "Par hypothèse, l'imminence du dommage rend tout particulièrement urgentes les mesures de prévention destinées à y porter remède", P. MIGNUCCI, Rapport au Coll. Pau, Cahiers de l'Université, 1979, p. 51 ; dans le même sens, v. J. NORMAND, obs. *in Rev. trim. dr. civ.* 1979. 425.
- (3) V. T.G.I. Orléans, réf., 8 mars 1975, J.C.P. 1975. II. 18053, 1ère esp., obs. H. GROUTEL ; T.G.I. Rouen, réf., 2 mars 1976, préc. ; rappr. T.G.I. Nevers, réf., 21 mars 1975, préc. ; Ph. BERTIN, préc., Gaz. Pal. 1976. 1. Doctr., 153, n° 85, § 2 ; du même auteur, préc., v° "Référez civil", n° 179 ; J.-R. MIRBEAU-GAUVIN, préc., D. 1989. Chron., 39, n° 15 ; M. PETIT, préc., R.P.D.S. 1976. 201 ; J.-P. ROUSSE, préc., Gaz. Pal. 1977. 1. Doctr., 249, spéc. p. 251, col. de gauche.
- (4) V. Ph. BERTIN, préc., v° "Référez civil", n° 179 ; J. VIATTE, préc., Gaz. Pal. 1976. 2. Doctr., 709, spéc. p. 710, B.
- (5) Par ex. E. BLANC, J. VIATTE, op. cit., art. 809, p. 521-3 ; P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 85, spéc. p. 71 ; rappr. J.-P. ROUSSE, préc., Gaz. Pal. 1977. 2. Doctr., 563, col. de droite ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1290, p. 1090 : "dans de nombreux cas l'urgence est impliquée par la nécessité d'éviter un dommage ou de faire cesser un trouble manifestement illicite".

admettre que l'urgence fût une véritable condition d'obtention des mesures sollicitées (1). Une telle solution paraît excessive : outre le fait que le plus souvent, s'il y a trouble manifestement illicite, il y a urgence (2), on peut estimer que lorsque le trouble est manifestement illicite, le juge se doit d'ordonner toutes les mesures propres à y remédier. Si la mesure sollicitée ne s'y prête pas, par exemple l'expulsion des salariés qui occupent les locaux de travail, pourquoi invoquer l'urgence ? Autant ordonner la mesure qui s'impose vraiment (3). Et s'il apparaît que ce n'est pas l'occupation des lieux de travail "qui a interrompu l'activité de l'usine ou qui a empêché la reprise de cette activité (et) que les demandeurs ne justifient d'aucun préjudice particulier consécutif au comportement des ouvriers", là encore, pourquoi

- (1) T.G.I. Agen, réf., 16 sept. 1976, D. 1976. I.R. 294 ; Cass. Civ. 1ère, 2 mai 1978, Bull. I, n° 169, p. 136 ; Cass. Civ. 3e, 3 mai 1978, Gaz. Pal. 1978. 2. pan. 274 ; comp. Cass. Soc., 5 janv. 1979, Bull. V, n° 19, p. 11 ; rappr. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1979. 425 ; du même auteur, "Les procédures d'urgence en droit du travail", Dr. soc. 1980. Sp. 48-49.
- (2) V. J. NORMAND, Rapport au Coll. Pau, Cahiers de l'Université, 1979, p. 52.
- (3) V. T.G.I. Orléans, réf., 17 mars 1975, J.C.P. 1975. II. 18053, 2e esp., obs. H. GROUTEL : après avoir constaté l'intérêt et l'urgence qu'il y avait à faire cesser un trouble qui n'aurait pu "se perpétuer sans dommage pour l'outil de travail", le juge refuse l'expulsion et surseoit à statuer jusqu'à la rencontre des antagonistes au sein de la Commission départementale de conciliation qui devait se réunir tantôt. M. GROUTEL y voit "une modulation de l'urgence des mesures à prendre". On peut se demander dans quelle mesure il ne s'agit pas davantage de la notion d'évidence qui guide le choix des mesures à ordonner : si le trouble est manifestement illicite, il y a nécessairement une mesure à prendre et l'urgence à adopter une mesure est inévitablement présente, rappr. Y. SAINT-JOURS, préc., J.C.P. 1974. I. 2648, n° 13. Ensuite, mais seulement ensuite, se posera la question de savoir quelle mesure retenir ; v. infra, p. 336, - 2 - (le degré d'évidence gradue la mesure à prescrire).

invoquer le défaut d'urgence pour refuser l'expulsion (1) ? Autant considérer que l'occupation (et donc le trouble) n'est pas manifestement illicite !

D'autres décisions se sont efforcées de montrer en quoi il y avait urgence (2). Souvent, leur démonstration aboutissait à mettre en évidence la nécessité de faire obstacle à un dommage imminent ... (3).

Depuis, la Cour de cassation a clairement affirmé qu'il "n'y a pas lieu de retenir l'urgence autrement qu'en constatant les pouvoirs reconnus au juge des référés par l'article 809 (...)" (4).

Quant à la notion de contestation sérieuse, la solution est a priori moins évidente, le texte faisant état

- (1) V. T.G.I. Agen, réf., 16 sept. 1976, préc. ; rappr. Douai, "Le Monde", 20 janv. 1978, p. 11 (fait suite à T.G.I. Lille, réf., 30 août 1977, "Le Monde", 1er sept. 1977, p. 17).
- (2) V. H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1291, spéc. p. 1091.
- (3) T.G.I Metz, réf., 21 avr. 1972, Dr. ouvr. 1972. 160 ; T.G.I. Beauvais, réf., 24 oct. 1972, préc. ; Amiens, 2e Ch., 29 janv. 1975, Gaz. Pal. 1976. 1. somm. 57 ; Cass. Soc., 20 juil. 1981, J.C.P. 1981. IV. 369 ; Colmar, 2e Ch. civ., 19 nov. 1982, J.C.P. 1983. II. 20118, obs. G. L.-V. ; rappr. T.G.I. Paris, réf., 27 déc. 1974, Gaz. Pal. 1975. 2. somm. 211.
- (4) Cass. Civ. 3e, 19 janv. 1982, Bull. III, n° 16, p. 10, J.C.P. 1982. IV. 122 ; v. aussi Cass. Civ. 3e, 26 oct. 1982, Bull. III, n° 207, p. 153, Rev. trim. dr. civ. 1983. 382, obs. J. NORMAND ; Cass. Civ. 3e, 22 mars 1983, préc. ; v. aussi T.G.I. Saint-Etienne, réf., 18 fév. 1983, Gaz. Pal. 1983. 1. 306, note M. S. ; Versailles, 1ère Ch., 1ère Sect., 31 janv. 1991, Gaz. Pal. 1992. 1. 113, note J.-P. DURAND ; rappr. Cass. Soc., 20 déc. 1988, Bull. V, n° 678, p. 437, D. 1989. I.R. 19. V. cep. Lyon, 1ère Ch., 29 juin 1989, D. 1989. I.R. 220 : "en toute hypothèse le juge des référés ne peut statuer qu'en raison de l'urgence" ; adde et comp. Limoges, 2e Ch. civ., 3 déc. 1992, J.C.P. 1993. IV. 119, n° 1046.

d'un trouble "manifestement" illicite et le dommage imminent devant être doté d'une réalité suffisante (1).

Comme pour la condition d'urgence, des auteurs se sont appuyés sur le mot "toujours" pour affirmer que le référé de l'art. 809, al. 1er, n'était pas soumis à la condition de l'absence de contestation sérieuse (2). La Cour de cassation, suivie en cela par le décret du 17 juin 1987 (3), pose que la contestation sérieuse n'est pas un obstacle aux mesures prévues par le texte. La solution est clairement énoncée (4). En réalité, la précision de la formule apparaît avec plus de netteté pour la notion de dommage imminent, - 1 -, que pour le concept de trouble manifestement illicite, - 2 -.

- 1 - Dommage imminent et contestation sérieuse :

C'est en matière de dommage imminent que la Cour de cassation a affirmé en premier lieu que la contestation

- (1) V. déjà P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1960. 711 ; rappr. T.G.I. Paris, réf., 26 déc. 1975, préc. ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1289, p. 1088. V. contra, F. ZENATI, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1987. 626.
- (2) Ph. BERTIN, préc., v° "Référez civil", n° 180 ; P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 84, p. 70 ; J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1988. 167 ; M.-Cl. RONDEAU-RIVIER, préc., Gaz. Pal. 1991. 2. Doctr., 355, spéc. p. 357 ; J. VIATTE, préc., Gaz. Pal. 1976. 2. Doctr., 709, spéc. p. 710, B. L'unanimité sur cette idée ne s'était pas faite dès l'origine, v. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1979. 427 : l'adverbe "toujours" "ne se voit reconnaître jusqu'à présent aucune densité juridique particulière".
- (3) Décret n° 87-434 du 17 juin 1987, J.O. du 23 juin, p. 6781 et décret n° 88-765 du 17 juin 1988 modifiant l'art. R. 516-31 c. trav., J.O. du 22 juin, p. 8249 ; v. aussi R. TENDLER, préc., D. 1991. Chron., 139, spéc. p. 140, B, 1, a.
- (4) V. par ex. Cass. Civ. 2e, 8 juin 1983, Bull. II, n° 123, p. 86.

sérieuse n'est pas un obstacle à des mesures conservatoires (1).

Si la gravité du risque paraît suffisante à justifier la saisine du juge du provisoire (2), c'est l'existence d'un différend, par hypothèse sérieux, qui permet d'ordonner les mesures qui s'imposent. L'existence d'une situation conflictuelle sérieuse est donc nécessaire. Par voie de conséquence, elle ajoute la mesure du différend, c'est à dire du sérieux des moyens du demandeur, à l'appréciation de l'imminence du danger (3).

Ainsi, le dommage imminent qui résulterait pour le salarié des effets d'une clause de non-concurrence est un "dommage qui a été prévu dans les dispositions contractuelles librement débattues par les parties (...)" et qui ne peut, subséquemment, donner lieu à l'exécution d'une mesure conservatoire (4). Le dommage imminent est tout à fait légitime. Le sérieux de la contestation soulevée par l'employeur conduit à rejeter la demande du salarié fondée sur le dommage imminent.

A l'inverse, dans l'hypothèse d'une contrefaçon de modèle, par exemple, il ne serait pas très heureux que le Président se

(1) Cass. Civ. 3e, 14 déc. 1976, préc. ; par la suite, v. Cass. Civ. 1ère, 20 mars 1978, Bull. I, n° 116, p. 94 ; Cass. Com., 15 nov. 1985, Bull. IV, n° 271, p. 228.

(2) V. R. TENDLER, note sous quatre esp., préc., spéc. p. 669, col. de gauche et art. préc., D. 1991. Chron., 139, spéc. p. 140, B, 1, a.

(3) V. Cass. Com., 16 fév. 1977, Bull. IV, n° 52, p. 46 ; Cass. Com., 24 mars 1981, Bull. IV, n° 161, p. 128 ; Cass. Soc., 3 juil. 1986, Bull. V, n° 355, p. 273 ; v. aussi P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 90, spéc. p. 75 ; J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1988. 168 ; J. VILLEBRUN, "Traité de la juridiction prud'homale", 2e éd., 1987, L.G.D.J., n° 1107, spéc. p. 440, a.

(4) V. Y. SERRA, obs. sous trois esp., D. 1992. somm. 57.

retranche derrière une éventuelle contestation sérieuse ; car pendant qu'il dit n'y avoir lieu à référé et renvoie devant le juge du fond, le modèle va circuler. Malgré l'existence d'une contestation sérieuse, ou plutôt, du fait de l'existence d'un différend sérieux, il faut quand même que le juge prenne les mesures propres à prévenir un dommage imminent (1).

- 2 - Contestation sérieuse et trouble manifestement illicite :

Le trouble manifestement illicite résulte de l'atteinte portée à un droit incontestable (2). L'existence d'un trouble manifestement illicite apparaît alors comme une version de l'absence de contestation sérieuse (3), sans pour autant totalement se confondre avec cette dernière notion. Deux types de situations sont à distinguer : celles où la contestation élevée peut compromettre, dans la mesure de son caractère sérieux, les pouvoirs du juge des référés, - a - ; celles où la contestation sérieuse est indifférente, - b -.

- a - Le trouble manifestement illicite, illustration de l'absence de contestation sérieuse :

Le juge des référés est le juge de l'évident et de

(1) V. T.G.I. Paris, réf., 26 mai 1989, préc, inédit, n° 5862/89-1.

(2) Cf. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1988. 169 : "il est manifestement illicite de résister à une prétention qui est, d'évidence, fondée".

(3) Dans le même sens, v. R. TENDLER, note sous quatre esp., préc., spéc. p. 669, col. de gauche. Adde et comp. P. MOUSSY, "Le référé prud'homal face aux discriminations", Dr. ouvr. 1992. 366, spéc. p. 371, 1, qui met l'accent sur la notion de "trouble".

l'incontestable. Partant de cette idée, M. PETIT se demande si la victime d'un trouble qui, tout en étant illicite, ne l'est pas de manière évidente, est exclue de la protection de l'art. 809. Sa réponse est que de fait, la doctrine et la jurisprudence ne discutent pas du caractère d'évidence mais du caractère illicite et se bornent à affirmer après coup, une fois ce caractère établi, qu'il l'est manifestement (1). Il apparaît pourtant préférable de caractériser l'aspect manifeste de l'illicéité du trouble allégué (2). Pour que les dispositions de l'art. 809, al. 1er, trouvent application, c'est bien d'un trouble manifestement illicite qu'il doit s'agir (3).

M. HERON affirme que la "Cour de cassation a décidé trop rapidement que l'absence de contestation sérieuse ne faisait pas obstacle aux mesures de remise en état que justifie l'existence d'un trouble manifestement illicite" et que cela "conduit la Cour de cassation et les juges du fond à jouer sur le caractère manifestement illicite du trouble, pour compenser cette solution" que l'auteur qualifie de "malheureuse" (4).

(1) B. PETIT, préc., Rev. trim. dr. civ. 1986. 485, n° 12, p. 491.

(2) Si le trouble est illicite sans l'être manifestement, le Président pourra toujours ordonner les mesures qui s'imposent en s'appuyant sur l'existence d'un dommage imminent, voire sur l'existence du différend visé par l'art. 808 du nouveau Code.

(3) Rappr. la formule déjà citée de Ph. BERTIN (supra, p. 215, note (3)) : "il doit "sauter aux yeux" que le comportement du défendeur est contraire à la morale, à la loi, au règlement, à la convention ; si tel n'est pas le cas, le trouble sera peut-être illicite, mais il ne le sera pas manifestement (...)".

(4) J. HERON, Rapport au Coll. Grenoble, I.E.J. Fac. Grenoble, 1991, p. 19, note (30).

Mais les textes qui régissent cette question "contiennent en eux-mêmes leurs conditions et leurs limites" (1). Il est logique que le juge des référés saisi sur le fondement de l'art. 809, al. 1er, raisonne par rapport au trouble manifestement illicite (2). La notion de contestation sérieuse n'est certes pas absente, mais "se situe sur un plan différent" (3).

Lorsque la contestation opposée par le défendeur porte sur les caractéristiques mêmes du trouble invoqué à l'appui de la demande, il appartient au Président de vérifier si elle est de nature à retirer son caractère manifestement illicite au trouble allégué par le demandeur (4). Si tel est le cas, la contestation sérieuse a pour effet d'empêcher le juge des référés d'agir sur le fondement du trouble manifestement

(1) J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1988. 168.

(2) Cf. déjà Cass. Civ. 2e, 21 juil. 1986, Bull. II, n° 119, p. 82.

(3) P. BONDUAIRE, préc., Fasc. A, v° "Référés", n° 122.

(4) Ainsi, le 18 mars 1983, le T.G.I. de Dijon statuant en référé a dit qu'abstraction "faite de l'existence ou de la non-existence d'une contestation sérieuse, il y a lieu de prescrire la remise en état". Mais le tribunal a déclaré cela après avoir estimé que "l'existence d'un trouble manifestement illicite n'est (...) pas contestable, ni contesté", v. J.C.P. 1983. II. 20088, obs. A. BLAISSE ; rappr. Cass. Com., 2 oct. 1984, préc., qui démontre qu'on ne peut s'abriter derrière une contestation sérieuse pour refuser de se prononcer sur le trouble manifestement illicite ; v. aussi Cass. Civ. 1ère, 19 fév. 1980. Gaz. Pal. 1980. 2. pan. 359 : cassation de l'arrêt de la Cour d'appel qui a refusé la saisie des exemplaires d'un ouvrage en arguant de l'existence d'une contestation sérieuse.

illicite (1), et ce malgré l'existence du décret de 1987 (2). Si le juge des référés retient un trouble manifestement illicite alors qu'il existe une contestation sérieuse relativement à ce trouble, il excède ses pouvoirs (3).

A l'inverse, si le trouble est manifestement illicite, aucune contestation sérieuse ne semble en mesure d'empêcher l'intervention du juge du provisoire (4). En réalité, si le trouble est manifestement illicite, la contestation doit être tenue pour insuffisamment sérieuse pour

- (1) Par ex. Cass. Civ. 3e, 29 mai 1991, inédit, n° 89-10299 (difficulté d'interprétation de la convention) ; rappr. Cass. Civ. 3e, 9 janv. 1991, inédit, n° 89-19718 ; Cass. Com., 14 avr. 1992, Bull. IV, n° 164, p. 115 (vendeur exerçant son droit de rétention pour garantir le paiement du prix par l'acheteur intermédiaire). Cela ne signifie cependant pas que le juge des référés ne pourra ordonner des mesures en se fondant sur le dommage imminent, v. supra, p. 245 et s. ; v. aussi Y. SERRA, obs. sous quatre esp., D. 1990. somm. 80.
- (2) V. Y. SERRA, obs. sous trois esp., préc. : en matière de clause de non-concurrence, la contestation sérieuse est pleinement efficace "lorsque la validité de la clause (...) paraît contestable ou lorsque sa violation ne semble pas évidente" ; v. aussi Cass. Civ. 2e, 22 juin 1988, Bull. II, n° 154, p. 82, Gaz. Pal. 1988. 2. pan. 238 : la Cour d'appel qui relève une controverse sur les droits en déduit justement que le trouble n'est pas manifestement illicite.
- (3) V. aussi P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 90, spéc. p. 75.
- (4) V. Cass. Civ. 1ère, 15 oct. 1985, Bull. I, n° 260, p. 232 ; rappr. Cass. Com., 10 fév. 1987, Bull. IV, n° 40, p. 30.

faire échec à l'action du Président (1).

On peut rapprocher de cette idée le référé de l'art. 9 c. civ., qui présente "beaucoup d'analogie avec celui de l'art. 809, al. 1er : ayant pour objet d'empêcher ou de faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée réalisée par un mode de communication, il tend, comme celui de l'art. 809, al. 1er, à prévenir un dommage imminent ou à faire cesser un trouble manifestement illicite" (2). L'atteinte portée à ce droit, légitime l'édition de mesures auxquelles aucune contestation sérieuse ne peut raisonnablement être opposée (3).

De la même manière, la protection des réseaux de distribution selective impose la possibilité pour les fabricants de recourir au juge des référés sur le fondement du trouble manifestement illicite, lorsqu'un revendeur étranger au

- (1) Comp. Cass. Com., 10 fév. 1987, Bull. IV, n° 153, p. 107 : les demandeurs au pourvoi ont fondé leur raisonnement sur "la nécessité de recourir (en l'espèce) à l'interprétation de la Cour de justice" par application de l'art. 177 du Traité de Rome. Cette nécessité démontrant "l'existence d'une contestation sérieuse sur le caractère manifestement illicite prétendu par les demandeurs à l'action en référé". La Cour de cassation a estimé que "l'existence d'une contestation sérieuse ne fait pas obstacle à ce que le juge des référés prescrive les mesures conservatoires qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite" ... Mais c'est après avoir affirmé que "c'est à bon droit que la Cour d'appel, qui n'était pas tenue de poser une question préjudiciable, a retenu (...) l'existence d'un trouble manifestement illicite justifiant les mesures ordonnées.
- (2) P. KAYSER, "Les pouvoirs du juge des référés civil à l'égard de la liberté de communication et d'expression", D. 1989. Chron., 11, n° 11, spéc. p. 17.
- (3) Rappr. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1988. 169.

réseau procède à la distribution des produits dans des conditions contraires à la politique du réseau (1). La Cour de cassation déclare qu'il incombe au Président confronté à pareille situation de vérifier la licéité du réseau (2), la charge de la preuve pesant sur celui qui commercialise les produits (3). Cette licéité établie, l'action en concurrence déloyale semble particulièrement adaptée à la réalisation de la protection du réseau (4). Or, la Cour de cassation a estimé que la commercialisation d'un produit relevant d'un réseau n'est pas elle-même, "en l'absence d'autres éléments, un acte fautif" (5) et que "le seul fait d'avoir commercialisé de tels produits, ne constituait pas un acte de concurrence déloyale

-
- (1) V. G. BONET, "Distribution sélective des parfums : les arrêts sur renvoi après cassation", D. 1991. Chron., 9.
- (2) V. Cass. Com., 16 fév. 1988, Bull. IV, n° 76, p. 53, Rev. trim. dr. com. 1989. 109, obs. B. BOULOC ; Cass. Com., 13 déc. 1988, J.C.P.-E. 1989. I. 18204 ; Cass. Com., 31 janv. 1989, deux arrêts, D. 1989. 335, note Ph. MALAURIE, D. 1989. 428, 3e esp., note A. BENABENT ; Cass. Com., 7 mars 1989, J.C.P. 1990. II. 21391, obs. crit. A. DORSNER-DOLIVET, spéc. II ; Cass. Com., 21 mars et 10 mai 1989, D. 1989. 429, 4e et 5e esp., note A. BENABENT ; Cass. Com., 27 oct. 1992, Bull. IV, n° 330, p. 233. V. aussi T.G.I. Evry, réf., 4 juin 1991 et 19 août 1991, Lettre distr. nov. 1991 ; v. contra, Dijon, cinq esp., 11 sept. 1990, Lettre distr. oct. 1990 ; Aix-en-Provence, 17 juin 1992, Lettre distr. oct. 1992.
- (3) V. Cass. Com., 20 mars 1990, deux arrêts, D. 1990. 387, concl. M. JEOL, note J.-Cl. FOURGOUX, D. 1991. somm. 253, obs. Ch. GAVALDA, Cl. LUCAS DE LEYSSAC ; Cass. Com., 4 juin 1991, Bull. IV, n° 202, p. 144 ; Cass. Com., 14 janv. 1992, Bull. IV, n° 12, p. 9 ; Cass. Com., 23 fév. 1993, Gaz. Pal. 1993. 2. pan. 182 ; v. contra, T.G.I. Toulouse, réf., 13 mai 1992, Bull. inf. C. cass. 15 déc. 1992, n° 1897, p. 50.
Sur les discussions suscitées par cette solution, v. "Les enjeux (...) de la distribution sélective", coll. du 22 mai et séminaire du 15 avr. 1991, Gaz. Pal., spéc. G. BONET (p. 49-50), R. COLLIN (p. 75) et M. JEOL (p. 77-78).
- (4) Par ex. A. BENABENT, note sous cinq esp., D. 1989. 427.
- (5) V. Cass. Com., 10 janv. 1989, D. 1989. 427, 2e esp., note A. BENABENT.

dès lors que l'irrégularité de leur acquisition n'était pas établie" (1). Est alors mis en avant le principe de la liberté du commerce et du libre jeu de la concurrence. L'acte du tiers au contrat de distribution sélective ne peut être générateur d'un trouble manifestement illicite que s'il constitue un acte de concurrence déloyale caractérisé (2).

L'objectif poursuivi par la formule ("même en présence d'une contestation sérieuse"), n'est donc pas d'assouplir les conditions du référé de l'art. 809, al. 1er. La preuve en est que le terme "manifestement" figure toujours dans ce texte. L'interprétation contraire aurait supposé que ce mot disparaîsse des conditions de mise en oeuvre de l'art. 809, al. 1er. En effet, l'apparence de l'illicéité aurait alors constitué une justification suffisante de l'intervention du Président. Or tel n'est pas le cas au vu des textes actuels (3).

De ce point de vue, on constate donc un certain parallèle entre les dispositions des art. 808 et 809, al. 1er du nouveau Code

- (1) Cf. Cass. Com., 13 déc. 1988, Gaz. Pal. 1989. I. 418, 1ère esp., note crit. J.-J. BURST.
- (2) Rappr. M. JEOL, "La protection des réseaux de distribution sélective : faut-il désespérer de la Justice", J.C.P. 1992. I. 3588, n° 15.
- (3) P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 90, spéc. p. 75 ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1291, spéc. p. 1092.

de procédure civile (1).

Il est cependant des hypothèses pour lesquelles l'existence d'une contestation sérieuse n'altère en rien les pouvoirs du juge des référés.

- b - La contestation sérieuse indifférente à la décision rendue sur le trouble manifestement illicite :

Lorsque la contestation sérieuse porte "sur un point du litige étranger au trouble (...)", elle est indifférente (2), soit parce que la question en cause peut être débattue

- (1) V. aussi J. VILLEBRUN, op. cit., n° 1104, spéc. p. 437, *in fine*. Comp. la formulation de l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 28 juin 1982, Bull. IV, n° 257, p. 223 : dans une affaire où une association de commerçants reprochait à une société de vendre des marchandises neuves sous forme de soldes en violation d'arrêtés municipaux qui fixaient la période des soldes (v. art. 1er de la loi du 30 déc. 1906, J.O. du 4 janv. 1907, J.-B. DUVERGIER, Sirey, t. CVII, année 1907, p. 15, modifiée par la loi n° 91-593 du 25 juin 1991, J.O. du 27 juin, p. 8271), la Cour de cassation a approuvé les juges d'appel en ce qu'ils ont rejeté la demande fondée sur l'art. 872 en l'état de l'existence d'une contestation sérieuse sur le fond alors que la demanderesse "ne s'était pas référée à l'article 873". On peut néanmoins penser que la solution n'aurait pas à être différente sur ce second fondement, le trouble n'étant pas manifestement illicite. En effet, les soldes prévues par la société entraient dans les dérogations visées à l'art. 2 du décret d'application de la loi du 30 déc. 1906 (décret n° 62-1463 du 26 nov. 1962, J.O. du 6 déc., p. 11942). La légalité des arrêtés municipaux était donc particulièrement douteuse. V. *cep. Cass. Civ. 2e*, 18 mars 1987, inédit, n° 85-14193 : l'acte réalisé en violation d'arrêtés municipaux "dont l'exécution n'était pas suspendue par le recours introduit devant le Tribunal administratif" est constitutif d'un trouble manifestement illicite.
- (2) F. ZENATI, obs. in *Rev. trim. dr. civ.* 1987. 626.

ultérieurement devant le juge du fond (1), soit, et c'est l'hypothèse la plus fréquente, lorsque le défendeur au référé a commis une voie de fait : bien que la contestation qui porte sur le trouble allégué soit sérieuse, elle est indifférente ; car celui qui commet la voie de fait a peut-être des raisons pour lui, mais dans un premier temps, toutes les apparences lui sont contraires et ses agissements constituent un trouble manifestement illicite (2). Il n'est pas sérieusement contestable que l'acte de justice privée doive être sanctionné nonobstant l'existence d'une quelconque contestation sur les droits en présence. Il n'appartient pas au défendeur au référé de se faire justice à lui-même en bravant la loi.

La notion d'évidence est toujours présente, bien qu'il ne s'agisse plus ici de l'évidence des droits subjectifs en conflit mais de l'évidence de "la nécessité de l'intervention du juge" (3).

Par conséquent, l'expression "même en présence d'une

- (1) V. par ex. Cass. Civ. 2e, 21 avr. 1982, Bull. II, n° 61, p. 43 : la question de l'incidence des améliorations qui résulteront éventuellement des travaux de réfection ordonnés par le juge des référés pourra "être ultérieurement débattue devant les juges du fond".
- (2) V. Cass. Civ. 3e, 12 mai 1981, Bull. III, n° 95, p. 69, J.C.P. 1981. IV. 268 (propriétaire d'un grand magasin qui ferme l'accès à l'emplacement réservé à une société en arguant d'une contestation relative à la nature de la convention qui la lie avec cette société) ; Cass. Civ. 1ère, 3 juin 1986, Bull. I, n° 153, p. 153 (expulsion de l'occupant d'un immeuble grevé d'un usufruit qui invoque des troubles de jouissance imputables à l'usufruitière) ; rappr. Cass. Soc., 21 juil. 1986, Bull. V, n° 419, p. 319 ; v. aussi P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1957. 167 ; J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1981. 438-439 et 1988. 170.
- (3) M.-Cl. RONDEAU-RIVIER, préc., Gaz. Pal. 1991. 2. Doctr., 355, spéc. p. 357, col. de gauche.

contestation sérieuse", maladroite dans sa formulation, signifie que si ce n'est l'évidence des droits, c'est l'évidence de la situation qui justifie les mesures conservatoires. Soit que le Président mette un terme à un acte de justice privée, soit qu'il intervienne pour prévenir un dommage imminent.

Cette disposition de l'art. 809, al. 1er nouv. c. pr. civ., permet ainsi d'imposer "une décision à la fois prudente et sage mais aussi efficace (...)", en évitant une décision de "renvoi" qui risquerait d'ancrer "encore davantage l'illicite ou le dommageable sur le terrain du quotidien et de la vie courante". La formule du nouveau Code a donc pour but avoué d'éviter le renvoi systématique au fond dès qu'une contestation sérieuse est soulevée par le défendeur au référé (1).

Les conditions qui commandent l'intervention du juge des référés sur le fondement de l'art. 809, al. 1er du nouveau Code étant clarifiées, il apparaît utile de présenter les principes d'appréciation du trouble manifestement illicite et du dommage imminent.

§ 2. L'appréciation du trouble manifestement illicite et du dommage imminent par le juge des référés.

Etudier l'appréciation à laquelle procède le juge du

(1) V. P. DRAI, préc., Gaz. Pal. 1987. 2. Doctr., 512.

provisoire sur les notions de trouble manifestement illicite et de dommage imminent, revient à s'interroger sur les principes qui gouvernent l'opération de qualification des faits par ce magistrat, - A -.

Un aspect particulier de cette question se présente lorsqu'un plaideur en appelle au droit communautaire : lorsque l'incompatibilité d'un texte de droit interne à une norme de droit communautaire est invoquée, comment le juge des référés doit-il réaliser son appréciation, - B - ?

A. L'OPERATION DE QUALIFICATION DES FAITS :

L'appréciation que le juge des référés est amené à effectuer sur les notions de trouble manifestement illicite et de dommage imminent, dépend avant tout de la détermination des éléments de fait qui donneront lieu à un débat judiciaire. C'est poser la question du moment auquel le Président doit se placer pour établir sa conviction, - 1 -.

Ceci précisé, il conviendra d'analyser la portée de l'appréciation réalisée. La mesure du contrôle exercé par la Cour de cassation sur la qualification des faits telle que retenue par le magistrat chargé des référés constitue à cet égard une précieuse source d'informations, - 2 -.

- 1 - Le moment d'appréciation de l'existence du trouble manifestement illicite et du dommage imminent :

Une règle solidement ancrée en jurisprudence conduit le Président à se placer au moment où il statue et non au jour de l'introduction de la demande, pour apprécier s'il y a lieu à

référé (1).

Cette proposition, qui s'applique tant en première instance qu'en appel (2), va à l'encontre du principe de l'irrévocabilité de la saisine judiciaire en vertu duquel le juge doit se placer au moment de l'introduction de la demande pour apprécier son bien-fondé (3). Il est cependant admis que le référé déroge à ce précepte (4), et avec raison : si le trouble allégué a cessé et qu'aucun dommage n'est imminent, le référé devient sans objet (5). En effet, quelle mesure conservatoire ou de remise en état le Président pourrait-il bien ordonner alors qu'il n'existe plus, par hypothèse, ni trouble manifestement illicite à faire cesser, ni dommage imminent à prévenir ?

L'ordonnance de référé est une décision prise par précaution, non pour offrir une réparation à la victime de

(1) V. T. civ. Seine, réf., 24 oct. 1950, J.C.P.-A. 1950. IV. 1541, obs. G. MADRAY ; P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1966. 361 ; Dijon, aud. sol., 22 mars 1988, D. 1989. somm. 250, obs. T. HASSSLER, Gaz. Pal. 1988. I. 379, note Ph. BERTIN ; Cass. Civ., 10 janv. 1990, Bull. I, n° 11, p. 9, D. 1990. I.R. 26, Gaz. Pal. 1990. I. pan. 94.

(2) Cf. Paris, 1ère Ch. urg., 9 janv. 1985, J.C.P. 1986. II. 20583, obs. J.-B. AUBY ; Aix-en-Provence, 15e Ch. civ., 8 avr. 1987, inédit, n° 86/1936 ; Cass. Com., 23 oct. 1990, Bull. IV, n° 252, p. 176 ; Cass. Com., 24 nov. 1992, Bull. IV, n° 374, p. 264 ; v. déjà, Cass. Soc., 25 oct. 1962, Bull. IV, n° 753, p. 623 ; Cass. Civ. 1ère, 25 oct. 1965, Bull. I, n° 565, p. 428 ; Metz, Ch. civ., 18 déc. 1974, J.C.P. 1976. IV. 88 ; M. PETIT, préc., R.P.D.S. 1976. 197, spéc. p. 205, e.

(3) V. G. COUCHEZ, op. cit., n° 160, p. 114.

(4) V. TALAGRAND, concl. sur Paris, 14e Ch., 23 oct. 1965, J.C.P. 1966. II. 14562 ; Paris, 3e Ch., 8 fév. 1974, Gaz. Pal. 1974. I. 430. Des exceptions sont également à relever devant le juge du fond, notamment pour l'évaluation des dommages et intérêts, v. G. COUCHEZ, op. cit., n° 160, p. 114 ; P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1966. 361.

(5) Rappr. P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1966. 361.

l'agissement litigieux (1), mais pour éviter que le trouble se poursuive ou que le dommage se réalise. L'explication réside donc, une fois encore, dans la notion de provisoire (2).

En conséquence, lorsque le juge des référés constate qu'à la date à laquelle il rend sa décision le trouble a disparu, il décide "à bon droit qu'il n'y avait plus lieu à référé" (3).

Le tout est alors de déterminer si le trouble se poursuit ou, si au contraire, il a pris fin. La difficulté qu'il peut y avoir à effectuer cette appréciation est illustrée par l'affaire dite du "point de détail".

Lors d'une émission radiodiffusée, M. LE PEN a affirmé que les circonstances et les modalités de l'extermination nazie n'étaient qu'un point de détail de la seconde guerre mondiale. Le juge des référés, saisi afin de faire cesser le trouble manifestement illicite que générerait cette déclaration (4), a

(1) V. infra, p. 312, - A -.

(2) En conséquence, une Cour d'appel infirme à bon droit la décision du premier juge lorsqu'elle constate l'absence de risque de réitération de l'infraction dont il avait été ordonnée la cessation, v. Cass. Com., 5 fév. 1991, Bull. IV, n° 55, p. 37, 1er arrêt, J.C.P. 1991. IV. 128.

(3) V. Cass. Soc., 26 juin 1991, Bull. V, n° 331, p. 204. V. aussi Aix-en-Provence, 15e Ch. civ., 8 avr. 1987, préc. ; Rouen, 2e Ch., 5 mai et 23 juin 1988, Gaz. Pal. 1988. 2. somm. 444.

Il faut toutefois résérer la question des frais de justice. Pour déterminer la partie qui en sera tenue, la solution de bon sens impose de se placer au jour où la demande est introduite en justice, v. infra, p. 603, *in fine*, et s.

(4) Cette qualification ne fait aucun doute, v. aussi Ph. BERTIN, préc., Gaz. Pal. 1987. 2. Doctr., 685.

ordonné la lecture, aux frais de M. LE PEN, de certains alinéas du dispositif de l'ordonnance qui condamnait le défendeur à verser une provision d'un franc à valoir sur la réparation du préjudice subi à chaque partie demanderesse ou intervenante (1). L'argumentation émise par la commentateur de cette décision à l'encontre du raisonnement suivi par le juge des référés, consistait à affirmer que le trouble ne se poursuivait pas et que, "au contraire le coupable s'était efforcé tant bien que mal, de minimiser publiquement la portée de ses propos" (2). La démonstration de M. BERTIN, immédiatement reprise par l'appelant à l'appui de son recours, n'a pas reçu d'écho auprès de la Cour d'appel de Versailles qui a considéré que "le trouble s'est poursuivi, en dépit des explications fournies ultérieurement par M. LE PEN et de la réprobation quasi unanime de l'opinion publique ou des médias, et que sa cessation, en l'état de la procédure engagée, était subordonnée tant à la constatation de son caractère manifestement illicite par l'autorité judiciaire régulièrement saisie, qu'à la connaissance de la décision intervenue à cet égard (...)" (3).

A l'inverse, lorsque le trouble manifestement illicite caractérisé et le dommage en découlant se trouvent définitivement consommés, par exemple, lorsque la publication qui en est à l'origine a été mise en vente depuis une date qui correspond "à la plus grande diffusion et que l'article incriminé a déjà fait l'objet d'une large publicité dans la

(1) T.G.I. Nanterre, réf., 23 sept. 1987, préc.

(2) V. Ph. BERTIN, préc., Gaz. Pal. 1987. 2. Doctr., 685, spéc. p. 686, col. centrale.

(3) Versailles, 14e Ch., 28 janv. 1988, préc. ; Cass. Civ. 2e, 11 oct. 1989, Bull. II, n° 174, p. 89.

" presse" (1), le juge des référés pourrait difficilement ordonner une mesure telle que la saisie de l'ouvrage en cause. L'hypothèse est différente lorsque l'auteur du trouble procède par voie d'affichage. Le Président pourra, dans une telle hypothèse, faire cesser ce trouble (qui se poursuit) en ordonnant l'enlèvement desdites affiches.

Les notions de prévention d'un dommage imminent et de cessation d'un trouble manifestement illicite apparaissent alors au coeur du débat, que nous retrouverons à propos de la finalité de l'art. 809, al. 1er nouv. c. pr. civ. (2).

- 2 - L'appréciation réalisée par le juge des référés et le contrôle exercé par la Cour de cassation :

S'agissant de la constatation des faits, le contrôle exercé par la Cour de cassation est réduit à la vérification du respect de l'exigence de la motivation des décisions (3).

Ces faits constatés, ils reçoivent leur coloration juridique. C'est l'opération de qualification des faits au regard des notions légales (4). Cette opération est tantôt laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, tantôt soumise au contrôle de la Cour de cassation.

- (1) V. Paris, 1ère Ch. B, 19 juin 1987, J.C.P. 1988. II. 20957, obs. P. AUVRET.
- (2) V. infra, p. 312, § 2.
- (3) V. J. BORE, op. cit., n° 1324, p. 439. Aller plus loin transformerait la Cour de cassation en juge du fait alors qu'elle est une Cour régulatrice du droit.
- (4) J. BORE, op. cit., n° 1448, p. 434.

L'appréciation réalisée par le juge des référés sur la notion de trouble manifestement illicite a été qualifiée de souveraine par un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 4 juillet 1986 (1). L'affirmation a été reprise depuis dans un nombre important de décisions (2).

Pourtant, des arrêts émanant de diverses Chambres de la Cour de cassation ont rejeté la formule en marquant nettement le contrôle que leurs auteurs entendaient exercer (3).

-
- (1) Cass. Ass. plén., 4 juil. 1986, D. 1986. 477 et Dr. soc. 1986. 745, concl. R. BOUYSSIC, J.C.P. 1986. II. 20694, obs. B. TEYSSIE.
 - (2) Cass. Soc., 21 juil. 1986, Bull. V, n° 420, p. 319 ; Cass. Soc., 3 déc. 1986, Bull. V, n° 568, p. 431 et n° 573, p. 434 ; Cass. Civ. 2e, 21 janv. 1987, Bull. II, n° 22, p. 12, J.C.P. 1987. IV. 103 ; Cass. Civ. 2e, 22 juin 1988, préc. ; Cass. Civ. 2e, 12 oct. 1988, Bull. II, n° 194, p. 105 ; Cass. Civ. 2e, 11 oct. 1989, préc. ; Cass. Civ. 1ère, 23 juin 1992, Bull. I, n° 200, p. 134 ; rappr. Cass. Civ. 2e, 6 mai 1987, Bull. II, n° 108, p. 62 ; Cass. Soc., 7 mai 1987, préc., Bull. V, n° 274, p. 177 ; Cass. Soc., 14 mai 1987, Bull. V, n° 303, p. 194 ; T.G.I. Bobigny, réf., 21 nov. 1987, Gaz. Pal. 1988. I. 12 ; Cass. Civ. 1ère, 1er déc. 1987, Bull. I, n° 320, p. 230 ; Cass. Com., 8 déc. 1987, Bull. IV, n° 270, p. 202 ; Cass. Soc., 7 janv. 1988, Bull. V, n° 12, p. 8 ; Cass. Civ. 2e, 14 mars 1990, Bull. II, n° 63, p. 34 ; Cass. Com., 2 oct. 1990, Bull. IV, n° 225, p. 156.
 - (3) V. Cass. Soc., 9 juil. 1986, Bull. V, n° 368, p. 282 ; Cass. Com., 22 juil. 1986, Bull. IV, n° 164, p. 139, 2e esp. ; Cass. Soc., 22 juil. 1986, Bull. V, n° 477, p. 358 ; Cass. Civ. 1ère, 17 fév. 1987, Bull. I, n° 58, p. 42, J.C.P. 1987. IV. 138 ; Cass. Civ. 1ère, 7 avr. 1987, Bull. I, n° 127, p. 96 ; Cass. Civ. 1ère, 16 juil. 1987, Bull. I, n° 227, p. 167 ; Cass. Civ. 1ère, 23 fév. 1988, Bull. I, n° 49, p. 31 ; Cass. Com., 29 mars 1989, Bull. IV, n° 109, p. 74 (et sur renvoi, Bordeaux, 1ère Ch., 19 mars 1992, préc.) ; rappr. Cass. Civ. 1ère, 8 déc. 1987, Bull. I, n° 342, p. 245 ; Cass. Com., 9 fév. 1988, Bull. IV, n° 65, p. 45 ; Cass. Com., 13 fév. 1990, Bull. IV, n° 43, p. 29 ; Cass. Civ. 1ère, 9 mai 1990, Bull. I, n° 101, p. 74 ; Cass. Soc., 30 mai 1990, Gaz. Pal. 1991. I. 263, note J. RISTAINO. V. déjà Cass. Civ. 1ère, 16 janv. 1985, Bull. I, n° 26, p. 26.
Sur cette disparité de jurisprudence, v. A. PERDRIAU, préc., J.C.P. 1988. I. 3365, n° 19 et s.

Bien sûr, l'absence de contrôle sur la qualification retenue par les juges du fond peut être compensée par une exigence plus grande quant à l'obligation de motivation (1). Et un contrôle indirect tiré de l'existence d'un grief de contradiction des motifs de fait peut être effectué par la Cour de cassation (2).

Mais dans ce cas, pourquoi ne pas admettre un contrôle ostensible de la qualification (3) ?

La seconde solution, qui consiste à maintenir le contrôle de la qualification en matière de trouble manifestement illicite, semble en effet préférable.

Car si le juge des référés apprécie souverainement l'illicéité de la situation, cela signifie que cette notion relève du juge du fait. Autant supprimer la Cour de cassation qui elle, a pour mission d'assurer l'interprétation de la loi ! Le caractère licite ou illicite d'une situation relève incontestablement du contrôle de la Cour de cassation (4).

Qu'ajoute ici le terme "manifestement" ? Il évoque, certes, "un sentiment d'ordre subjectif" (5) auquel il est

(1) M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, op. cit., p. 127 ; v. aussi J. BORE, op. cit., n° 1549, p. 497 et n° 2261, p. 675.

(2) Par ex. Cass. Com., 25 mars 1991, préc. La décision de la Cour de cassation est alors particulièrement directive, puisqu'elle donne la solution à retenir, v. A. PERDRIAU, "La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation", J.C.P. 1990. I. 3468, n° 15.

(3) V. J. BORE, op. cit., n° 1576, p. 502.

(4) V. aussi A. PERDRIAU, préc., J.C.P. 1988. I. 3365, n° 18.

(5) A. PERDRIAU, préc., J.C.P. 1988. I. 3365, n° 18.

possible que certains arrêts aient tenté de conférer "plus de relief" (1). Cependant, cette idée qui rappelle la distinction de l'appréciation morale et de l'appréciation juridique (2), ne peut faire perdre au mot "manifestement" sa portée juridique. La décision doit caractériser l'illicéité du trouble et montrer en quoi cela est manifeste (3). Cette démarche pose nécessairement des questions de droit "sur lesquelles la Cour régulatrice exerce son contrôle" (4).

Du reste, grammaticalement, "manifestement" est un adverbe qui, par définition, ajoute une détermination à l'adjectif auquel il est lié, en l'occurrence, "illicite". Or, si l'illicéité doit être manifeste, il s'agit bien d'une limitation apportée au pouvoir du juge. L'adjonction de cet adverbe au mot "illicite" va donc dans le sens de l'exercice d'un contrôle par la Cour de cassation.

- (1) R. BOUYSSIC, concl. sur Cass. Ass. plén., 4 juil. 1986, préc., D. 1986. 477, spéc. p. 479, col. de gauche ; v. Cass. Com., 14 mars 1984, D. 1985. I.R. 245, 2e esp., obs. M. VASSEUR.
- (2) A côté des notions susceptibles d'une définition juridique existeraient des notions "échappant à l'analyse logique", v. J. BORE, op. cit., n° 1461, p. 477, pour lesquelles la qualification serait "inséparable de la constatation des faits et par conséquent insusceptible de contrôle", v. G. MARTY, op. cit., n° 113, in fine, spéc. p. 201. Cette distinction ne justifie pourtant pas l'existence ou l'absence de contrôle, v. J. BORE, op. cit., n° 1500, p. 487 et surtout n° 1473-1474, p. 480-481.
- (3) Rappr. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1988. 170 ; v. aussi B. CUKIER, note sous Cass. Com., 25 mars 1991, préc. : "il faut que l'illicéité ressorte absolument sans conteste". Pourtant, M. CUKIER écrit qu'en "pratique, l'appréciation souveraine du juge sera totalement libre". En réalité, c'est la notion d'évidence que l'on retrouve ici, v. B. PETIT, préc., Rev. trim. dr. civ. 1986. 491, n° 12, note (28).
- (4) V. J. BORE, op. cit., n° 1473, spéc. p. 481 ; v. cep. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, op. cit., p. 86.

Il subsiste une interrogation relative au trouble lui-même. La recherche de l'existence de ce trouble étant une question de pur fait, n'est-ce pas ici la raison pour laquelle certaines décisions ont affirmé que le pouvoir d'appréciation des juges du fond devait être souverain ?

Pourtant, là encore, la Cour de cassation est en mesure d'exercer un contrôle quant à la qualification retenue (1). D'ailleurs, quelle que soit la notion légale envisagée, le processus de l'opération à réaliser est toujours le même (2). L'infinité de comportements qui peuvent être à la source d'un trouble rend certes l'entreprise délicate (3). Mais l'existence d'un trouble correspond nécessairement à des normes définissables, qui peuvent être soumises à la censure de la Cour de cassation (4).

Le juge, quelle que soit la juridiction de l'ordre judiciaire à laquelle il appartienne (art. 749 nouv. c. pr. civ.), "doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux (...)", (art. 12, al. 2 nouv. c. pr. civ.) (5).

(1) Cf. J. BORE, op. cit., n° 1550, p. 497 : une fois les éléments de faits souverainement constatés par les juges du fond, la Cour de cassation peut en contrôler la qualification retenue, "c'est-à-dire la déduction juridique que le juge tire de ces éléments".

(2) G. MARTY, op. cit., n° 114, p. 102.

(3) V. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, op. cit., p. 86.

(4) Rappr. par ex. le contrôle exercé par la Cour de cassation sur la notion de faute, v. J. BORE, op. cit., n° 1506, p. 488 ; ou encore, sur la notion de perturbation propre à impliquer un véhicule terrestre à moteur en stationnement, en matière d'accident de la circulation, v. spéc. Cass. Civ. 2e, 7 juin 1990, Bull. II, n° 124, p. 65. En outre, la notion de contestation sérieuse, dont le trouble manifestement illicite n'est qu'une version, est, quant à elle, soumise au contrôle de la Cour de cassation, v. supra, p. 102, - 2 - ; adde A. PERDRIAU, préc., J.C.P. 1991. I. 3538, n° 22-23.

(5) J. BORE, op. cit., n° 1577, p. 502.

Que penser alors de ces décisions qui mettent en avant le pouvoir du juge des référés d'apprécier souverainement l'existence du trouble manifestement illicite, sachant qu'il n'est pas possible d'affirmer que la Cour de cassation n'exerce plus de contrôle (1) ?

On peut estimer qu'en la matière, les solutions sont empiriques (2).

Il n'est cependant pas satisfaisant de s'en remettre à l'arbitraire de la Cour de cassation. Une position claire apparaît souhaitable sur ce point (3).

Des critères de classification ont été proposés (4). Parmi ceux-ci, nous retiendrons la nécessité de prendre en considération les circonstances concrètes de l'espèce pour parvenir à la qualification recherchée : étroitement dépendantes des circonstances propres à chaque espèce, des notions essentiellement factuelles, comme l'urgence, pourraient être laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond. Le trouble visé à l'art. 809 serait alors une de ces notions (5),

(1) Cf. supra, p. 262, note (3) ; rappr. A. PERDRIAU, préc., J.C.P. 1988. I. 3365, n° 21.

(2) Rappr. G. MARTY, op. cit., n° 131, spéc. p. 257.

(3) Rappr. A. PERDRIAU, préc., J.C.P. 1991. I. 3538, n° 43.

(4) V. J. BORE, op. cit., n° 1507 et s., p. 489 et s. ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, op. cit., p. 82 et s.

(5) Rappr. Cass. Civ. 2e, 6 déc. 1978, Bull. II, n° 266, p. 204 : cette décision affirme le caractère souverain de l'appréciation effectuée par le juge des référés sur le caractère imprécis ou inexact d'indications données par un tract. Ce qui était donc en cause en l'espèce, c'était l'existence du trouble et non son illicéité manifeste. D'autres décisions mettent en avant cet aspect de la question, v. Cass. Com., 25 nov. 1986, Bull. IV, n° 224, p. 195 ; rappr. Rennes, 2e Ch., 21 juin 1984, inédit, n° 737/83, spéc. p. 4 ; T.G.I. Senlis, réf., 5 juil. 1989, Gaz. Pal. 1989. 2. somm. 515. V. aussi M.-Cl. RONDEAU-RIVIER, préc., Gaz. Pal. 1991. 2. Doctr., 355, spéc. p. 357, col. centrale.

étant entendu que l'illicéité manifeste de ce trouble relèverait toujours du contrôle de la Cour de cassation (1). Cette solution serait de nature à garantir, non seulement la souplesse de l'appréciation portée sur les éléments de fait de la cause par le juge du provisoire lorsqu'il est saisi d'une demande en cessation d'un trouble manifestement illicite, mais également l'exercice du contrôle de la Cour de cassation sur le caractère manifestement illicite reconnu au trouble par les juges du fait.

Il est certes envisageable que la Cour de cassation puisse relâcher le contrôle qu'elle exerce sur la qualification des faits. En effet, la variation du contrôle dans le temps n'est pas choquante. C'est toute la question de l'opportunité du contrôle : lorsque la jurisprudence est fixée dans le sens voulu, le contrôle de la seule motivation peut apparaître suffisant (2).

Si l'on pense que ce stade est atteint pour ce qui concerne le trouble manifestement illicite (ce qui n'est pas absolument flagrant au vu des éléments analysés plus haut), autant le dire nettement. Il paraît pourtant extrêmement douteux d'affirmer que l'appréciation du caractère manifestement illicite d'un trouble puisse être laissée à d'autres qu'à la Cour de cassation.

On a avancé que l'attitude restrictive de la Cour régulatrice est peut-être destinée, en pratique, à limiter l'intervention de la Cour "à ce qui lui paraît nécessaire pour

(1) La Cour de cassation s'est déjà prononcée dans un sens favorable à cette différenciation, v. Cass. Civ. 1ère, 23 fév. 1988, préc.

(2) A. PERDRIAU, préc., J.C.P. 1991. I. 3538, n° 26. V. aussi D. D'AMBRA, op. cit., p. 173 et s., spéç. p. 180.

assurer l'interprétation de la règle de droit" (1). L'affirmation du pouvoir souverain des juges des référés en la matière aboutissant, indirectement mais volontairement, à réduire le nombre des pourvois formés à l'encontre des décisions statuant sur le fondement de l'art. 809, al. 1er du nouveau Code (2).

Méfions-nous cependant de ce qui est une arme à double tranchant. Car à partir du moment où certains arrêts marquent encore et toujours l'exercice de ce contrôle de la qualification des faits et des actes, l'incertitude ambiante peut conduire les plaideurs à tenter leur chance en formant le pourvoi.

Un raisonnement similaire à celui que nous venons de tenir peut s'appliquer à la notion de dommage imminent. De même que le "trouble", l'imminence du dommage comme son existence peuvent être laissées à l'appréciation souveraine du juge des référés (3). Le contrôle de la motivation paraît là aussi

- (1) J. BORE, op. cit., n° 1578, p. 502. Incidemment, la solution permet d'ouvrir plus largement encore la porte au référé, puisque le contrôle auquel est soumis le magistrat chargé de ces affaires est moindre.
- (2) Sur cette conséquence, rappr. A. JEAMMAUD, préc., Dr. soc. 1988. 689, n° 11, p. 694 ; J. SAVATIER, "L'occupation des lieux du travail", Dr. soc. 1988. 655, spéc. p. 656, col. de gauche ; v. aussi M.-Cl. RONDEAU-RIVIER, "La Cour de cassation", in "Les juridictions suprêmes, du procès à la règle", Public. Univ. Saint-Etienne, 1991, p. 15, spéc. p. 18.
- (3) Par ex. T.G.I. Paris, réf., 16 juin 1989, inédit, n° 6829/89-1 : l'impossibilité dans laquelle se trouve un jockey de prendre part à une course hippique en raison d'une sanction prise en application du règlement de la société des Steeple Chases de France ne saurait "engendrer qu'un dommage très hypothétique, non insusceptible, par ailleurs, de réparation par allocation éventuelle de dommages-intérêts". Le juge des référés se détermine ici en fonction des données propres à l'espèce, rappr. J. DEPREZ, préc., R.J.S. 1990. Chron., 559, n° 2.

susceptible d'assurer l'unité de la jurisprudence, car l'existence d'un dommage imminent ne peut donner lieu à l'exécution de mesures conservatoires que si, par ailleurs, l'irrégularité (ou l'illégitimité) de la situation est caractérisée par le juge des référés (1). C'est sur ce dernier point que s'exercera le contrôle de la Cour de cassation (2).

B. LA FONCTION COMMUNAUTAIRE DU JUGE DES REFERES FRANCAIS :

En cas de conflit entre le droit interne et le droit communautaire, c'est à dire lorsque l'harmonie n'est "pas évidente entre la règle interne et la règle "européenne"" (3), c'est le droit communautaire qui prime le droit national (4) sous réserve de l'applicabilité directe de la règle de fond du

(1) V. supra, p. 215, - b -.

(2) Cf. Cass. Com., 15 mai 1985, quatre esp., D. 1986. 159, note Ch. GOYET, v. 3e esp. ; rappr. Cass. Civ. 2e, 16 juin 1993, Bull. inf. C. cass. 1er août 1993, n° 958, p. 24.

(3) G. PARLEANI, préc., D. 1990. Chron., 65, n° 3.

(4) Le contentieux de la primauté peut être considéré comme définitivement fixé, v. C.J.C.E., 5 fév. 1963, aff. 26/62, Van Gend en Loos, Rec. 1963. 3 ; C.J.C.E., 17 déc. 1970, aff. 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Rec. 1970. 1125 ; C.J.C.E., 17 mai 1972, aff. 93/71, Léoniso, Rec. 1972. 287 ; C.J.C.E., 9 mars 1978, aff. 106/77, Simmenthal, Rec. 1978. 629 ; v. aussi Cass. Com., 26 mars 1979, Bull. IV, n° 113, p. 88 ; Cass. Com., 15 mai 1985, quatre esp., préc. ; Cass. Com., 24 juin 1986, Bull. IV, n° 134, p. 112 ; rappr. Cass. Civ. 1ère, 10 mars 1993, Bull. inf. C. Cass. 15 avr. 1993, n° 465, p. 17. Le Traité prime la loi, même postérieure, v. C.J.C.E., 15 juil. 1964, aff. 6/64, Costa c. Enel, Rec. 1964. 1141 ; C.J.C.E., 14 déc. 1971, aff. 43/71, Politi, Rec. 1971. 1039 ; C.J.C.E., 7 mars 1972, aff. 84/71, Marimex, Rec. 1972. 90 ; Cass. Ch. mixte, 24 mai 1975, Jacques Vabre, D. 1975. 497, Gaz. Pal. 1975. 2. 470, J.C.P. 1975. II. 18180 bis, concl. A. TOUFFAIT ; C.J.C.E., 9 mars 1978, Simmenthal, préc. ; Cons. d'Etat Ass., 20 oct. 1989, Nicolo, J.C.P. 1989. II. 21371, concl. P. FRYDMAN ; Cons. d'Etat, 28 fév. 1992, Rothmans, Gaz. Pal. 20-22 déc. 1992, p. 6, concl. LAROQUE ; R. KOVAR, "Le Conseil d'Etat (suite de la note en page 270)

droit communautaire (1).

L'art. 55 de la Constitution française du 4 octobre 1958 est dans ce sens (2), comme d'ailleurs le quinzième alinéa

(suite de la note (4), page 269)

et le droit communautaire : des progrès mais peut mieux faire", D. 1992. Chron., 207 ; Ch. DEBBASCH, G. ORSONI, obs. in Rev. trim. dr. com. 1990. 193 ; rappr. Cons. const., 15 janv. 1975, A.J.D.A. 1975. 134, note J. RIVERO ; Cons. const., 3 sept. 1986, J.D.I. 1987. 301 ; R. PINTO, "Réflexions sur le rôle du Conseil constitutionnel", J.D.I. 1987. 289 ; M. DARMON, "Juridictions constitutionnelles et droit communautaire", Rev. trim. dr. eur. 1988. 217, spéc. p. 249 ; Cons. const., 21 oct. 1988, A.J.D.A. 1989. 128, note P. WACHSMANN ; Cons. const., 24 sept. 1990, J.C.P. 1990. IV. 357 ; v. aussi Ch. ROUAULT, obs. sous deux arrêts, J.C.P. 1992. IV. 144, n° 1318.

Adde A. BARRAV, "La fonction communautaire du juge national", th. Strasbourg, 1983 ; D. CARREAU, "Droit communautaire et droits nationaux : concurrence ou primauté ?", Rev. trim. dr. eur. 1978. 381 ; Ch. GAVALDA, Ch. LUCAS DE LEYSSAC, obs. sous trois esp., D. 1985. somm. 273 ; J.-P. JACQUE, "A propos de la guerre des juges", Rev. adm. de l'Est de la France 1981, n° 24, p. 5 ; F.-Ch. JEANTET, "La Cour de cassation et l'ordre juridique communautaire, J.C.P. 1975. I. 2743 ; R. KOVAR, "Rapports entre le droit communautaire et les droits nationaux", in "Trente ans de droit communautaire", coll. "Perspectives européennes", 1981, p. 115, n° 4 à 45.

- (1) G. LE TALLEC, préc., J.C.P. 1986. I. 3231, n° 3, b ; v. aussi Ph. LAURENT, "La fonction communautaire du juge judiciaire français des référés", Gaz. Pal. 1984. 2. Doctr., 544, spéc. p. 545, col. de gauche.
- (2) "Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur application, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie".

La condition de réciprocité ne joue ni pour ce qui concerne le droit communautaire (v. A. TOUFFAIT, concl. sur Cass. Ch. mixte, 24 mai 1975, préc., spéc. 2e col., 3e moyen ; C.J.C.E., 13 nov. 1964, aff. 90 et 91/63, Commission c. Belgique et Luxembourg, Rec. 1964. 1217), ni pour les traités à caractère humanitaire ou relatifs à la protection des droits de l'homme (v. J. MORANGE, "Libertés publiques", P.U.F., 1985, n° 53, p. 100, note (55) ; R. PINTO, "L'application du principe de réciprocité et des réserves dans les conventions interétatiques concernant les Droits de l'Homme", in Mél. G. LEVASSEUR, Litec, 1992, p. 83, n° 3).

du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (1).

La référence à ces textes nationaux semble pourtant inutile, puisque la primauté du droit communautaire s'instaure obligatoirement et automatiquement dans tous les Etats membres du Traité de Rome (2).

Il en résulte que les juges des référés, à l'instar des juges du fond, sont des juges communautaires (3). Leur mission est de procéder à l'examen des faits qui se trouvent à l'origine de leur saisine et de voir si ceux-ci sont compatibles avec la norme de droit communautaire.

La question tourne ici autour de la notion d'évidence (4) : que le défendeur au référé invoque une règle de droit

(1) "Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix". V. H. CALVET, "Le Conseil d'Etat et l'article 55 de la Constitution : une solitude révolue", J.C.P. 1990. I. 3429, n° 24, note (129) ; rappr. J.-P. JACQUE, préc., Rev. adm. de l'Est de la France 1981, n° 24, p. 9-10.

(2) Cf. R. KOVAR, préc., in "Trente ans de droit communautaire", 1981, p. 120 ; H. CALVET, préc., J.C.P. 1990. I. 3429, n° 24, note (131) ; A. TOUFFAIT, concl. sur Cass. Ch. mixte, 24 mai 1975, D. 1975. 497, spéc. p. 504, col. de droite ; v. contra, R. JOLIET, "Le droit institutionnel des Communautés européennes", Fac. Liège, 1983, p. 332. La référence à l'art. 55 de la Constitution conserve une importance certaine s'agissant des autres traités internationaux, notamment de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, v. Ch. DEBBASCH, G. ORSONI, obs. in Rev. trim. dr. com. 1990. 196, n° 3, 3 ; rappr. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1988. 564, spéc. II ; v. aussi J. BORE, op. cit., n° 1118, p. 387 et mise à jour, n° 155, p. 46.

(3) Aix-en-Provence, 8e Ch. civ., 21 mai 1985, J.C.P. 1987. II. 20722, obs. A. BLAISSE ; G. LE TALLEC, préc., J.C.P. 1986. I. 3231, n° 2 ; G. PARLEANI, préc., D. 1990. Chron., 65, n° 2. Comp. Cass. Civ. 1ère, 10 fév. 1987, Bull. I, n° 51, p. 37.

(4) De laquelle se rapproche le terme "manifestement", v. M. JEOL, concl. sur Cass. Com., 20 mars 1990, préc., D. 1990. 387.

communautaire pour justifier son comportement, illicite au regard de la règle interne (1), ou que le demandeur fonde son action sur le droit communautaire pour démontrer l'illicéité d'un acte autorisé par le droit interne (2), il appartient au Président de vérifier le sérieux des arguments exposés (3).

Cet examen sera facilité lorsque la Cour de Justice des Communautés européennes aura déjà été amenée à se prononcer sur la question suite à une demande en interprétation (art. 177 du Traité de Rome) (4), auquel cas sa décision s'impose *erga*

(1) Par ex. Cass. Com., 5 mai 1987, Bull. IV, n° 108, p. 83 ; Paris, 1ère Ch. A, 5 nov. 1988, Gaz. Pal. 1989. 1. 159, note J.-P. MARCHI.

(2) Par ex. Nancy, 2e Ch., 27 nov. 1987, Gaz. Pal. 1988. 1. 251, note A. KIRRY, A. WINCKLER.

(3) Les juges des référés ne peuvent s'y refuser sous prétexte de la présence d'une contestation sérieuse. Mais si l'art. 809, al. 1er, permet de passer outre une difficulté sérieuse, encore faut-il que l'existence du trouble manifestement illicite soit établie, v. Cass. Civ. 2e, 21 juil. 1986, préc., Bull. II, n° 119, p. 82 ; v. aussi Cass. Com., 26 mars 1979, préc. ; Cass. Com., 24 juin 1986, Bull. IV, n° 144, p. 120 ; Toulouse, 1ère Ch., 28 avr. 1988, Gaz. Pal. 1989. 1. somm. 44 ; Cass. Com., 10 juil. 1989, Bull. IV, n° 216, p. 145, Rapport de la Cour de cassation, Année 1989, p. 387, A, 2 ; Cass. Com., 20 mars 1990, préc. (et sur renvoi, Caen, Ch. réun., 15 oct. 1991, Gaz. Pal. 1992. 2. somm. 334) ; Paris, 1ère Ch. A, 19 déc. 1990, Gaz. Pal. 1991. 1. 249, concl. B. DELAFAYE ; Cass. Com., 14 janv. 1992, Bull. IV, n° 12, p. 9 ; rappr. Cass. Civ. 1ère, 30 nov. 1982, Gaz. Pal. 1983. 1. 152 ; Cass. Civ. 1ère, 22 avr. 1986, Bull. I, n° 96, p. 96, D. 1986. I.R. 242, obs. T. HASSSLER ; Cl. ORSONI, "Le juge des référés et l'application des normes communautaires", Gaz. Pal. 1985. 2. Doctr., 395 ; G. PARLEANI, préc., D. 1990. Chron., 65 ; R. TENDLER, préc., D. 1991. Chron., 139, spéc. p. 140.

(4) Par ex. Cass. Com., 24 juin 1986, préc., Bull. IV, n° 134, p. 112 ; Paris, 1ère Ch. A, 10 fév. 1988, D. 1988. I.R. 81 ; Cass. Com., 7 fév. 1989, Bull. IV, n° 48, p. 31 ; rappr. Angers, aud. sol., 16 janv. 1991, Gaz. Pal. 1991. 1. 352, note M. ROUBACH.

omnes (1) & (2). Mais le juge des référés peut également s'estimer suffisamment éclairé et se prononcer immédiatement sur la demande (3).

L'argument tiré de l'incompatibilité de la norme française avec le droit communautaire peut cependant se révéler sérieux. Il est certain que dans ce cas, le juge des référés ne

-
- (1) Cass. Crim., 14 janv. 1980, Rev. trim. dr. eur. 1981. 369, note O. L. ; Cass. Crim., 5 déc. 1983, Bull. crim., n° 325, p. 833 ; Cass. Com., 5 mai 1987, Bull. IV, n° 109, p. 84 ; G. LE TALLEC, préc., J.C.P. 1986. I. 3231, n° 5 ; G. PARLEANI, préc., D. 1990. Chron., 65, n° 9.
L'autorité de ses arrêts est d'autant plus grande que l'interprétation donnée par la Cour de Justice est applicable aux rapports juridiques nés et constitués avant sa décision, v. C.J.C.E., 27 mars 1980, aff. 66, 127 et 128/79, Salumi, Rec. 1980. 1237, n° 9, p. 1260 ; Cass. Com., 10 déc. 1985, Bull. IV, n° 290, p. 247 ; A. BARAV, op. cit., p. 259.
Sauf à reposer une question préjudicielle, v. C.J.C.E., 27 mars 1963, aff. 28 à 30/62, Da Costa en schaake, Rec. 1963. 59 ; G. LE TALLEC, "Le droit communautaire droit courant devant la Cour de cassation", in Rapport de la Cour de cassation, Année 1989, p. 39 ; G. PARLEANI, préc., D. 1990. Chron., 65, n° 11 et 18.
- (2) Il n'en va pas de même pour les actes de la Commission, qui ont une autorité relative, v. C.J.C.E., 10 juil. 1980, aff. 253/78 et 1 à 3/79, Giry et Guerlain, Rec. 1980. 2327 ; Ch. GAVALDA, G. PARLEANI, "Droit communautaire des affaires", Litec, 2e éd., 1992, n° 751, p. 601, n° 1182, p. 834 et n° 1185, p. 835 ; G. PARLEANI, préc., D. 1990. Chron., 65, n° 13 et s.
- (3) T.G.I. Le Mans, réf., 11 juil. 1983, Gaz. Pal. 1984. 1. somm. 121, ou encore, Rennes, 1ère Ch. A, 22 juil. 1992, J.C.P. 1993. IV. 179, n° 1524 : le trouble est manifestement illicite ; T.G.I. Pontoise, réf., 22 fév. 1984, Gaz. Pal. 1984. 1. 296 : le trouble n'est pas manifestement illicite.
V. aussi Cass. Com., 5 mai 1987, préc., Bull. IV, n° 108, p. 83.
Rappr. la notion d'acte clair : la Cour de cassation doit poser la question préjudicielle lorsqu'elle est soulevée, sauf si la solution s'impose clairement, v. C.J.C.E., 6 oct. 1982, aff. 283/81, Cilfit, Rec. 1982. 3415, n° 9-10, p. 3428-3429 ; v. aussi A. BARAV, op. cit., p. 228 et s.

peut se prononcer en se fondant sur la première branche de l'art. 808, puisque les mesures sollicitées se heurtent à une contestation sérieuse (1).

La discussion se reporte sur les art. 809, al. 1er (le trouble manifestement illicite et le dommage imminent), voire sur l'art. 808, deuxième branche (l'existence du différend).

Quatre attitudes ont été dénombrées en jurisprudence (2). Parfois, les juges des référés ont eu recours à la question préjudicielle devant la Cour de Justice, - 1 -. D'autres magistrats ont retenu l'existence d'un trouble manifestement illicite, là où d'autres encore ont estimé que le caractère manifeste du trouble allégué faisait défaut en pareille occurrence, - 2 -. Enfin, certains se sont appuyés sur les notions de dommage imminent, voire sur l'existence du différend pour ordonner des mesures conservatoires afin de garantir l'effet utile de la décision définitive sur la question en litige, - 3 -.

(1) Il en va de même pour l'art. 809, al. 2, avec cependant une nuance, v. T.G.I. Paris, réf., 19 avr. 1989, inédit, n° 13142/89-1 : l'utilisateur d'oeuvres musicales dépendant du répertoire de la S.A.C.E.M. invoque l'abus de position dominante de cette société pour contester devoir des redevances à un taux qu'il estime excessif. Il n'en demeure pas moins que la créance, "certaine dans son principe et indubitable pour une partie de son montant", permet l'allocation d'une provision qui correspond à la partie non sérieusement contestable de la créance.

(2) Cf. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1984. 763.

- 1 - Le juge des référés et la question préjudicielle de l'article 177 du Traité de Rome :

Comme tous les juges nationaux, le juge des référés n'est pas constraint de poser la question préjudicielle (1). Il interprète le droit communautaire à ses risques et périls (2).

Mais l'indispensable rapidité avec laquelle le juge des référés est appelé à se prononcer est-elle conciliable avec la procédure prévue à l'art. 177 du Traité (3) ?

En droit, rien ne s'oppose à ce que le Président saisisse la Cour de Justice en interprétation (4) ... sous

- (1) Cf. Cass. Civ. 2e, 1er déc. 1965, Bull. II, n° 956, p. 677 ; Cass. Crim., 28 nov. 1974, Bull. crim., n° 355, p. 102 ; Cass. Crim., 9 nov. 1978, Bull. crim., n° 310, p. 795 ; Cass. Com., 10 juil. 1985, Bull. IV, n° 210, p. 174 ; Cass. Com., 5 mai 1987, préc., Bull. IV, n° 108, p. 83 ; Cass. Com., 10 mai 1988, Bull. IV, n° 153, p. 107 ; Cass. Crim., 18 oct. 1988, Bull. crim., n° 752, p. 945 ; Cass. Crim., 17 juin 1992, J.C.P. 1992. IV. 306, n° 2808 ; A. BARRAV, op. cit., p. 218 et s. ; G. LE TALLEC, préc., J.C.P. 1986. I. 3231, n° 5, a et étude in Rapport de la Cour de cassation, Année 1989, p. 39-40. V. cep. C.J.C.E., 21 fév. 1991, aff. C 143/88 et C 92/89, Zuckerfabrik Süderdithmarschen, Rec. 1991. I-415, infra, p. 285, in fine, et s.
- (2) G. LE TALLEC, préc., J.C.P. 1986. I. 3231, n° 5 et n° 8 ; adde étude préc., p. 39.
- (3) Rappr. Ch. DOUCET, "Les mesures conservatoires et provisoires en droit de la concurrence", th. Mf. Paris, 1990, n° 461, p. 230.
- (4) V. C.J.C.E., 24 mai 1977, aff. 107/76, Hoffmann - La Roche, Rec. 1977. 957 ; T.G.I. Fontainebleau, réf., 11 juil. 1983, Gaz. Pal. 1984. 1. 47 ; T. Nanterre, réf., 22 juil. 1983, in Ph. BERTIN, "Le juge des référés et le droit communautaire", Gaz. Pal. 1984. 1. Doctr., 48 ; T. com. Toulouse, réf., 1er août 1983, v. C.J.C.E., 29 janv. 1985, Gaz. Pal. 1985. 1. 115, note J. MAURO ; Poitiers, 28 sept. 1983, v. C.J.C.E., 10 janv. 1985, Gaz. Pal. 1985. 1. 72, note J. MAURO ; v. aussi J. LAURENT, préc., Gaz. Pal. 1984. 2. Doctr., 544, spéc. p. 547 ; J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1984. 763 ; R. TENDLER, préc., D. 1991. Chron., 139, spéc. p. 140 ; v. contra, Paris, 14e Ch. A, 2 nov. 1983, Gaz. Pal. 1984. 1. 47.

réserve que la question soulevée présente un intérêt suffisant, sinon nécessaire (1).

Le renvoi en interprétation peut certainement passer pour peu satisfaisant dans la mesure où il "diffère exagérément le règlement d'une situation qui requiert une solution immédiate comme le montre la saisine du juge des référés au lieu du juge du fond" (2).

Pourtant, si l'on craint que le recours à la procédure de l'art. 177 aille à l'encontre des intérêts des plaideurs, il suffit au Président d'ordonner les mesures conservatoires qui s'imposent (3). L'objectif à atteindre est toujours de parvenir à un équilibre qui, ici, se situe entre la double nécessité de poser une question préjudicielle et de décourager les moyens dilatoires (4).

- 2 - L'appréciation du caractère manifestement illicite du trouble et le droit communautaire :

Si le juge des référés ne peut trancher la difficulté sérieuse qui consiste dans l'opposition existante entre une disposition du Traité de Rome et une norme de droit interne, la présence d'une "contestation sérieuse" ne lui interdit pas, "en

- (1) V. Cass. Civ. 1ère, 22 avr. 1986, préc. ; dans le même sens, Paris, 12 déc. 1988, in J.-P. MARCHI, note sous Paris, 1ère Ch. A, 5 nov. 1988.
- (2) H. CROZE, Ch. MOREL, op. cit., n° 317, p. 301 ; J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1984. 763 ; Cl. ORSINI, préc., Gaz. Pal. 1985. 2. Doctr., 395, n° 12.
- (3) Le sursis à statuer peut être partiel et se limiter à certaines demandes, v. G. PARLEANI, préc., D. 1990. Chron., 65, n° 24, note (71) ; adde infra, p. 283, - 3 -.
- (4) Cf. G. LE TALLEC, préc., J.C.P. 1986. I. 3231, n° 4.

application de l'art. 809 nouv. c. pr. civ., de prendre toutes mesures de remise en état qui s'imposent pour faire cesser un trouble manifestement illicite" (1).

Partant du constat de la violation de la réglementation interne en vigueur, des magistrats ont estimé que "l'existence d'un trouble manifestement illicite n'est donc pas contestable (...)" (2). Il en découle que jusqu'à la solution du conflit entre les normes de droit communautaire et le droit interne, le juge des référés est amené à se fonder "sur la norme dont l'interprétation lui est directement et immédiatement possible, et prendre les mesures qui s'imposent pour mettre un terme à un trouble qui est d'ores et déjà manifestement illicite, et prévenir un dommage imminent (...)" (3).

L'idée qui sous-tend cette motivation se retrouve dans d'autres décisions de référé et conduit le Président à retenir la norme nationale tant qu'il n'est pas établi de manière incontestable

(1) T. Com. Rennes, réf., 12 juil. 1983, Gaz. Pal. 1983. 2. 585 ; v. aussi supra, p. 245 et s.

(2) T.G.I. Dijon, réf., 18 mars 1983, préc. ; T.G.I. Evry, réf., 24 juin 1983, inédit, n° MTS 621/83 ; rappr. T. com. Rennes, réf., 12 juil. 1983, préc. ; T. com. Saint-Malo, réf., 5 juil. 1983, in Gaz. Pal. 1983. 2. 586, confirmé par Rennes, 2e Ch., 21 juin 1984, préc. ; rappr. Annexe I, question n° 11, réponse c-.

(3) T.G.I. Paris, réf., 15 nov. 1983, Gaz. Pal. 1984. 1. 49. Cette ordonnance se fonde sur l'existence de dérogations possibles au principe de la libre circulation des créations littéraires et artistiques : en l'espèce, les textes concernés étaient destinés à promouvoir et encourager la création des œuvres cinématographiques en imposant aux exploitants de vidéo-cassettes le respect d'un délai d'un an à compter du visa d'exploitation, ce qui justifie la mesure ordonnée, v. C.J.C.E., 11 juil. 1985, aff. 60-61/84, Fédération nationale des cinémas français, Rec. 1985. 2605, n° 22-23, p. 2626 ; Cass. Civ. 1ère, 17 fév. 1987, préc.

Il est à remarquer que l'ordonnance du 15 nov. 1983 vise également la notion de dommage imminent, sur ce point, v. infra, p. 283.

qu'elle est contraire au droit communautaire (1). On peut en effet penser que le juge des référés doive parer au plus pressé et statuer en fonction de la règle de droit immédiatement perceptible. Après tout, "les mesures prises par le juge des référés dans le cadre de l'art. 809, 1er alinéa, ont un caractère provisoire" (2).

Adhérer à cette opinion serait cependant oublier le principe de primauté du droit communautaire. Ce n'est pas parce que l'ordonnance de référé est une décision provisoire que l'on peut négliger cette réalité (3).

Cela ne signifie pas que le juge des référés ne pourra jamais retenir le trouble manifestement illicite lorsque le plaideur qui voit son comportement mis en cause oppose à son adversaire une disposition du droit communautaire. Mais le Président devra, d'une part, caractériser l'existence et l'illicéité du trouble visé par l'art. 809, al. 1er, et, d'autre part, constater l'absence de contrariété entre les normes invoquées (4).

- (1) Paris, 14e Ch. A, 2 nov. 1983, D. 1984. I.R. 257 ; T. com. Saint-Malo, réf., 5 juil. 1983, préc. ; Paris, 14e Ch. C, 29 mars 1984, Gaz. Pal. 1984. I. somm. 120 ; T.G.I. Paris, réf., 4 juin 1984, Gaz. Pal. 1984. II. 603, note J.-Ch. SERNA, J.C.P. 1985. II. 20357, obs. J.-Cl. FOURGOUX ; rappr. T. com. Beauvais, réf., 21 juin 1983, inédit, n° 393/83, p. 3 : "la Loi Française s'impose à tous les Français (...)".
- (2) Ph. BERTIN, préc., Gaz. Pal. 1984. I. Doctr., 48.
- (3) J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1984. 766 : la "primauté du droit communautaire doit, en toute hypothèse, être respectée" ; rappr. C.J.C.E., 9 mars 1978, Simmenthal, préc., n° 21, p. 644 : le juge national doit laisser inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale.
- (4) V. T.G.I. Paris, 1ère Ch. A, 5 nov. 1988, préc., et la note J.-P. MARCHI, qui s'interroge sur la compatibilité de la loi de 1841 réglementant les enchères publiques et applicable au cas d'espèce, avec le principe de la liberté des échanges intracommunautaires.

Lorsque l'incompatibilité entre les dispositions de droit communautaire et de droit interne n'est pas évidente, le juge des référés ne peut estimer que le trouble est manifestement illicite au regard du droit national (1).

Le Président du T.G.I. du Mans a pourtant considéré, en matière de négoce de carburants, que l'imposition d'un prix minimum n'est pas forcément de nature à fausser le jeu de la libre concurrence au sens de l'art. 3 du traité alors que, de surcroît, l'art. 36 de ce texte autorise des dérogations tirées de raisons d'ordre public, économique en l'occurrence (2). Un tel raisonnement, séduisant a priori, semble pourtant devoir être écarté. Non seulement l'art. 36 est d'interprétation stricte (3), mais l'arrêté n° 83-58/A du 9 novembre 1983, aujourd'hui abrogé, prévoyait la détermination du prix minimum des carburants "à partir des seuls prix de reprise des raffineries nationales liés eux-mêmes au prix plafond calculé sur la base des seuls prix de revient des raffineries

- (1) G. PARLEANI, préc., D. 1990. Chron., 65, n° 21 ; Ph. LAURENT, préc., Gaz. Pal. 1984. 2. Doctr., 544, spéc. p. 547, col. de gauche.
- (2) T.G.I. Le Mans, réf., 11 juil. 1983, préc. ; rappr. T. com. Saint-Malo, réf., 5 juil. 1983, préc.
- (3) Cf. C.J.C.E., 25 janv. 1977, aff. 46/76, Bauhis, Rec. 1977. 5, n° 12, p. 15 ; rappr. C.J.C.E., 27 oct. 1977, aff. 30/77, Bouchereau, Rec. 1977. 1999, n° 35, p. 2014 : "le recours par une autorité nationale à la notion de l'ordre public suppose, en tout cas, l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société" ; v. aussi J. BUHART, "Le blocage des prix est-il compatible avec le traité de la C.E.E.?", Gaz. Pal. 1983. 2. Doctr., 350, spéc. p. 353. En outre, l'art. 36 ne vise pas les objectifs purement économiques, v. par ex. C.J.C.E., 23 nov. 1978, aff. 7/78, Thompson, Rec. 1978. 2247, n° 34, p. 2277 ; C.J.C.E., 10 juil. 1984, aff. 72/83, Campus Oil, Rec. 1984. 2727 ; C.J.C.E., 19 déc. 1961, aff. 7/61, Commission c. Italie, Rec. 1961. 633.

nationales dans l'hypothèse où les cours européens de carburants s'écartent de plus de 8 % de ces derniers" (1). Cette réglementation avait pour conséquence nécessaire de défavoriser l'écoulement des produits importés et donc de fausser le jeu de la libre concurrence dans le marché commun. En effet, le prix de vente au consommateur ne pouvait être fixé en tenant compte du prix de revient des produits importés.

Indépendamment de la légitimité au fond des prétentions de chacun des adversaires, le trouble manifestement illicite peut résider dans l'utilisation par celui qui invoque le droit communautaire de procédés frauduleux (2).

L'idée apparaît dans l'ordonnance précitée du Président du T.G.I. de Paris en date du 4 juin 1984 : la loi n° 81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre (3), n'autorise le détaillant à consentir un rabais qu'à hauteur de 5 % du prix fixé par l'éditeur ou l'importateur. En mettant en vente des livres édités en France, exportés à l'étranger, puis importés en France, la F.N.A.C. a pu proposer des livres à la vente publique à des prix de 20 % inférieurs aux prix fixés, au départ, par l'éditeur français. Suivant les termes retenus par le Président, "le procédé utilisé (création d'un flux artificiel à double sens) et les mobiles qui l'inspirent de façon exclusive ne sauraient, à l'évidence, se rattacher manifestement à l'exécution des règles communautaires sur la libre (et loyale) circulation des marchandises". De ce fait, la

(1) Aix-en-Provence, 8e Ch. civ., 21 mai 1985, préc.

(2) V. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1984. 766.

(3) J.O. du 11 août 1981, p. 2198.

F.N.A.C. a réalisé une "voie de fait" qu'il était légitime de sanctionner (1).

Un raisonnement similaire peut-il être tenu en présence de la méconnaissance d'une norme interne au nom de sa contrariété prétendue au droit communautaire ? M. GOYET écrit que dans une telle hypothèse, le juge des référés n'a pas à apprécier le bien-fondé des prétentions rivales, mais à sanctionner le comportement de justice privée de celui qui contrevient délibérément au droit national (2). L'auteur concède que le Président est "conduit à peser l'ensemble des éléments de la cause, parmi lesquels intervient certainement la valeur des prétentions en présence". Il préconise cependant de fonder l'intervention du juge des référés sur la nécessité d'interdire un acte de justice privée.

Mais comment retenir l'acte de justice privée là où il ne s'agit, pour celui qui enfreint la réglementation interne, que de se prévaloir d'une liberté que lui donne le droit communautaire (3) ? L'absence de recours individuel en interprétation devant la Cour de justice interdit de tenir pour manifestement illicite le comportement de celui qui se prévaut de la norme "européenne". Et ce n'est pas parce qu'une question

(1) V. J.-Ch. SERNA, note sous T.G.I. Paris, réf., 4 juin 1984, préc., n° 16 et n° 18.

(2) Ch. GOYET, note sous quatre esp., préc. : que celui qui méconnaît le droit interne ait tort ou raison, il ne peut agir comme si ces normes internes étaient déjà caduques ; rappr. Rouen, 1ère Ch., 20 sept. 1983, Gaz. Pal. 1983. 2. somm. 333 : cet arrêt semble procéder d'une logique similaire en estimant que le droit interne s'applique tant qu'il n'est pas annulé ; adde T. com. Saint-Malo, réf., 5 juil. 1983, préc.

(3) V. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1984. 766-767.

préjudiciable est posée que ce comportement devient ipso facto manifestement illicite (1).

De manière générale, il faut admettre que les appréciations à réaliser quant à la réalité d'un trouble manifestement illicite dépasseront fréquemment les possibilités du juge des référés (2). Et en présence d'un doute suffisant pour écarter le caractère manifeste du trouble invoqué, on ne peut qu'estimer que l'illicéité du comportement en cause n'est pas manifeste (3).

On ne peut effectivement tenir pour manifestement illicite un acte qui contrevient à une prohibition dont la force obligatoire apparaît incertaine (4). On ne peut davantage privilégier l'ordre interne sous prétexte d'obscurité de la

(1) En ce sens, v. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1984. 767 ; v. contra, Ch. GOYET, note sous quatre esp., préc., spéc. p. 162.

(2) G. LE TALLEC, étude préc., spéc. p. 46.

(3) Rappr. Cass. Civ. 1ère, 16 janv. 1985, préc.

(4) Cette proposition est reprise par les magistrats qui prennent le total contre-pied de la position observée plus haut (*supra*, p. 276, note (3), et s.), v. T.G.I. Valence, réf., 12 juil. 1983, Gaz. Pal. 1983. 2. 478 ; T. com. Tours, réf., 2 août 1983, Gaz. Pal. 1983. 2. somm. 342 ; T.G.I. Saint-Quentin, réf., 4 août 1983, Gaz. Pal. 1983. 2. 480 ; Paris, 1ère Ch. A, 4 juil. 1984, Gaz. Pal. 1984. 2. 658, note J.-Cl. FOURGOUX ; Paris, 1ère Ch. A, 4 juil. 1984, Gaz. Pal. 1984. 2. somm. 279.

La question se présente-t-elle différemment lorsque la norme par rapport à laquelle l'illicéité est invoquée est le droit communautaire ? Ce dernier étant supérieur au droit interne, on pourrait penser que l'exigence relative à la démonstration du caractère manifestement illicite du trouble devient moins impérieuse, v. A. KIRRY, A. WINCKLER, note sous Nancy, 2e Ch., 27 nov. 1987, préc. Mais dans ce cas, pourquoi ne pas statuer plutôt sur le fondement du dommage imminent (rappr. *supra*, p. 213) ou prendre les mesures que justifie l'existence du différend (rappr. *infra*, p. 287, note (3)) ?

norme européenne (1).

L'incertitude interdira donc au Président de se prononcer en retenant l'existence d'un trouble manifestement illicite (2). Elle n'exclut pas, bien au contraire, l'utilisation par le Président des autres pouvoirs qui lui sont dévolus.

- 3 - L'exécution de mesures conservatoires sur le fondement du dommage imminent, voire de l'existence du différend : une garantie de l'effet utile de la décision définitive à intervenir :

Lorsque le juge des référés ne parvient pas à établir l'existence ou, à l'inverse, l'absence d'un trouble manifestement illicite, il se trouve confronté à une incertitude qui ne doit cependant pas le conduire à déclarer purement et simplement "n'y avoir lieu à référé".

Il peut en effet se fonder sur la première notion visée par l'art. 809, al. 1er, à savoir le dommage imminent (3). Cela suppose néanmoins que soit établie la réalité de ce danger.

S'ajoute la notion d'illicéité qui, si elle n'est pas la

- (1) Aix-en-Provence, 8e Ch. civ., 21 mai 1985, préc. ; Ph. LAURENT, préc., Gaz. Pal. 1984. 2. Doctr., 544, spéc. p. 546, col. de gauche.
- (2) Rappr. G. PARLEANI, préc., D. 1990. Chron., 65, n° 3 ; v. aussi J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1984. 763.
- (3) T. com. Charleville-Mézières, réf., 6 avr. 1984, Rev. trim. dr. civ. 1984. 767, obs. J. NORMAND ; Ch. DOUCET, op. cit., n° 475 et n° 476, p. 236 ; rappr. T.G.I. Paris, réf., 15 nov. 1983, préc.

première en cause, n'en mérite pas moins considération (1). Et si l'on craint que la référence au dommage imminent "tombe dans le même travers que le moyen tiré du "préjudice manifestement illicite"" (2), on peut se rassurer en répondant que l'appréciation de l'illicéité s'opérera à un degré moindre s'agissant du dommage imminent (3). Une telle hypothèse peut notamment se présenter "lorsqu'une faute particulière est suggérée par les circonstances de fait", par exemple, quand le comportement de l'auteur de l'acte crée un risque anormal de la concurrence alors qu'il existe un doute sérieux sur la règle à appliquer (4).

Le juge des référés peut également être amené à statuer sur le fondement de l'art. 808, deuxième branche du nouveau Code, car dans le doute, "il appartient au juge des référés, dans l'attente d'une décision juridictionnelle tranchant définitivement la question avec une portée générale,

(1) Cf. supra, p. 215, - b - ; v. également G. PARLEANI, préc., D. 1990. Chron., 65, n° 25 et s. ; Cass. Com., 15 mai 1985, 3e esp., préc. : "au regard des dispositions du droit communautaire applicables en raison de leur primauté, l'inobservation de la réglementation en cause ne pouvait constituer une faute de concurrence interdite, génératrice d'un dommage imminent" ; rappr. les décisions citées à la note précédente ; v. cep. H. CROZE, Ch. MOREL, op. cit., n° 317, p. 301 : cette considération de la Chambre commerciale est "discutable" ; Ch. GOYET, note sous quatre esp., préc., I.

Comp. T. com. Charleville-Mézières, réf., 16 juin 1984, Rev. trim. dr. civ. 1984. 763, obs. J. NORMAND et cité par Ch. DOUCET, op. cit., n° 476, p. 236, qui, semble-t-il, a refusé d'ordonner les mesures sollicitées uniquement parce que le dommage n'était pas irréparable !

(2) T. HASSSLER, note sous Cass. Civ. 1ère, 22 avr. 1986, préc., spéc. p. 243, col. de droite.

(3) V. supra, p. 215, - b -.

(4) V. G. PARLEANI, préc., D. 1990. Chron., 65, n° 31.

de prendre à titre provisoire les mesures que justifie l'existence d'un différend" (1).

On retrouve ici le principe de proportionnalité que comprend l'art. 808 : c'est le degré de sérieux du différend qui sert de guide au juge pour le choix des mesures nécessaires à exécuter (2). Il ne semble pas nécessaire d'ajouter que les mesures que le Président peut ordonner sur ce fondement ne doivent pas laisser supposer que le litige est tranché (3). Car en réalité, une mesure draconienne, par exemple une mesure de cessation, n'est pas à exclure d'office : bien que les mesures auxquelles peut conduire la deuxième branche de l'art. 808 soient généralement des mesures d'attente, comme la désignation d'un séquestre, ce texte permet de prendre toutes les mesures que justifie l'existence du différend (4).

Ces idées ne sont pas étrangères à un arrêt récent rendu par la Cour de Justice par lequel elle a admis que le juge national peut suspendre un acte administratif fondé sur un règlement communautaire dont la validité (ou l'interprétation)

(1) T.G.I. Paris, réf., 31 janv. 1986, D. 1986. I.R. 209, Gaz. Pal. 1986. 2. somm. 445. Cette ordonnance poursuit cependant en estimant que pour cela, le Président doit se fonder sur la norme dont l'appréhension et l'interprétation lui sont directement et immédiatement possibles.

Sur cette idée, rappr. Ch. GOYET, note sous quatre esp., préc., I ; T. HASSSLER, note sous Cass. Civ. 1ère, 22 avr. 1986, préc., spéc. p. 243, col. de gauche.

(2) G. PARLEANI, préc., D. 1990. Chron., 65, n° 32 et spéc. n° 34 ; J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1^{re} 84. 768. V. aussi supra, p. 160, note (3).

(3) V. G. PARLEANI, préc., D. 1990. Chron., 65, n° 34.

(4) J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1^{re} 84. 768. Rappr. infra, p. 322 et s.

est contestée par rapport au Traité de Rome (1). Le sursis à exécution peut être accordé par le juge national des références à quatre conditions cumulatives : premièrement, le magistrat saisi doit avoir des doutes sérieux sur la validité de l'acte communautaire (2) ; deuxièmement, le renvoi préjudiciel devant la Cour de Justice est obligatoire, "à moins que cette initiative ait déjà été prise" (3) ; troisièmement, il doit y avoir urgence à ordonner le sursis (4) ; quatrièmement, le juge national doit prendre en compte l'intérêt de la Communauté (5).

- (1) C.J.C.E., 21 fév. 1991, Zuckerfabrik Süderdithmarschen, préc., Rec. 1991. I-415.
- (2) C.J.C.E., 21 fév. 1991, Zuckerfabrik Süderdithmarschen, préc., n° 23, p. I-542.
- (3) C.J.C.E., 21 fév. 1991, Zuckerfabrik Süderdithmarschen, préc., n° 24, p. I-542 ; Ph. LAURENT, "Le juge national juge communautaire des références", Gaz. Pal. 1992. 1. Doctr., 227, spéc. p. 228, col. de droite, 3. Bien que l'art. 177 du Traité ne prévoit pas une telle obligation pour le juge national, l'interprétation retenue par la Cour peut se comprendre : le sursis à exécution est susceptible de "faire obstacle à la pleine efficacité des règlements dans tous les états membres", v. att. n° 15 de l'arrêt du 21 fév. 1991. Le recours à la Cour de Justice dans le cadre de l'art. 177 permet d'éviter que l'effet direct propre aux règlements ne soit entravé.
- (4) Selon la Cour de Justice, l'urgence s'entend de la nécessité qu'il y a de statuer "pour éviter que la partie qui les sollicite (les mesures de sursis à exécution), subisse un préjudice grave et irréparable", v. C.J.C.E., 21 fév. 1991, Zuckerfabrik Süderdithmarschen, préc., n° 28, p. I-543 ; rappr. C.J.C.E., ord., 26 mars 1987, aff. 46/87 R, Hoechst, Rec. 1987. 1549, n° 15, p. 1553. Mais même devant cette juridiction, l'urgence semble relative, v. Cl.-T. AMBO-AVERTY, "Le juge des références en droit communautaire", th. Mf. Orléans, 1989, n° 33, spéc. p. 50 ; sur la notion de préjudice irréparable, qualifié d'"arme souple" par l'auteur, v. n° 40, p. 62 et s. ; rappr. Ch. DOUCET, op. cit., n° 292, p. 144.
- (5) C'est la notion d'affectation : la mesure de suspension ne doit pas affecter la réalisation du marché commun. Les règlements en cause ne doivent pas être "écartés sans garantie sérieuse", C.J.C.E., 21 fév. 1991, Zuckerfabrik Süderdithmarschen, préc., n° 30, p. I-543.

L'enseignement que l'on peut retirer de cette décision du 21 février 1991 est le suivant : comme le sursis ne peut être accordé que lorsque l'exécution de l'acte critiqué serait de nature à entraîner un préjudice irréversible si finalement son invalidité devait être reconnue par la Cour, il apparaît clairement que les intérêts des plaideurs et surtout le sérieux des risques invoqués, constitueront autant d'éléments clés pour la solution à apporter à la difficulté posée. Cette décision montre, à la suite de l'arrêt Factortame (1), que le juge des référés peut prononcer, le cas échéant, des mesures provisoires, alors même qu'il saisit la Cour de Justice d'une demande en validité ou en interprétation des actes pris par les institutions des Communautés (2). Plus généralement, elle permet d'affirmer que le juge des référés, s'il estime que ni le trouble manifestement illicite ni le dommage imminent ne sont caractérisés, peut tout de même ordonner les mesures de l'art. 808, deuxième branche, lorsque l'existence d'un différend suffisamment sérieux est démontrée (3).

En conclusion, il ressort que si le juge judiciaire des référés français éprouve un doute sur la compatibilité de la norme de droit interne à la règle communautaire, il ne peut

(1) C.J.C.E., 19 juin 1990, aff. C-213/89, Factortame, Rec. 1990. I-2433.

(2) V. Ph. LAURENT, préc., D. 1992. Doctr., 227, spéc. p. 228, 2.

(3) Rappr. C.J.C.E., 4 avr. 1968, aff. 34/67, Lück, Rec. 1968. 359, spéc. p. 370 : le principe de l'effet direct "exclut l'application de toute mesure d'ordre interne incompatible" avec la norme communautaire concernée, mais "ne limite cependant pas le pouvoir des juridictions nationales compétentes d'appliquer, parmi les divers procédés de l'ordre juridique interne, ceux qui sont appropriés pour sauvegarder les droits individuels conférés par le droit communautaire".

retenir l'existence d'un trouble manifestement illicite.

Statuer en fonction d'un dommage imminent reste alors concevable, mais il est difficile d'admettre cette possibilité s'il n'est pas établi que le comportement qui est à l'origine de la demande est irrégulier.

Reste alors la seconde branche de l'alternative prévue par l'art. 808 nouv. c. pr. civ., l'existence du différend. Ce texte confère au juge le pouvoir d'ordonner les mesures que justifie le degré de sérieux du différend qui lui est soumis, de manière à préserver les intérêts des plaideurs dans l'attente d'une décision juridictionnelle définitive. L'une des mesures ainsi ordonnées peut consister en un recours en interprétation devant la Cour de Justice des Communautés européennes (art. 177-a, Traité de Rome (1)).

(1) La même numérotation est conservée par le Traité de Maastricht.

S E C T I O N 2

Le domaine et la finalité de l'article 809, alinéa 1er
du nouveau Code de procédure civile

Compte tenu de la diversité des situations que peuvent recouvrir les notions de trouble manifestement illicite et de dommage imminent, il peut être intéressant de s'interroger sur le domaine de l'art. 809, al. 1er, - § 1 -. Cependant, la clé de voûte de ce texte est certainement la mission même qui est confiée au juge du provisoire et donc, la finalité de l'art. 809, al. 1er, - § 2 -.

§ 1. Le domaine de l'article 809, alinéa 1er du nouveau Code de procédure civile

Les cas dans lesquels le recours au juge des référés est envisageable sur le fondement de l'art. 809, al. 1er, sont apparemment sans limites, - A -.

Un aspect de l'intervention du juge des référés, contenue dans les prévisions de ce texte, mérite une attention particulière. Il s'agit de la protection des droits de la personnalité, - B - (1).

(1) Rappr. P. DRAI, Allocution lors de la conférence des sections nationales européennes de la Commission internationale des juristes, Gaz. Pal. 26-27 juin 1992, spéc. p. 14-15 : "Le juge des référés : Protecteur des Droits de l'Homme".

A. UN DOMAINE APPAREMMENT SANS LIMITES :

Quelle que soit la matière concernée, le juge des référés est aux avant-postes et semble en mesure d'intervenir dans toutes les situations qui relèvent de la Justice. Son omniprésence est alors absolue, - 1 -.

Confronté à un tel infini, on peut être saisi d'un vertige et craindre que le juge des référés se laisse entraîner, par des plaideurs toujours impatients d'obtenir promptement justice, à retenir chaque cause, pour peu qu'il s'estime capable de résoudre à lui seul le problème posé (1). L'impérialisme du juge des référés est-il à redouter, - 2 - ?

- 1 - Gardien des droits et libertés au sens le plus large de ces termes, le juge des référés dispose, en vertu de l'art. 809, al. 1er du nouveau Code, d'un vaste champ d'action. On peut songer à l'intervention de ce magistrat en présence d'une voie de fait (2) ; mais également en droit du travail avec ses nombreuses applications en référé, des questions nées de l'exercice du droit de grève (3) à la réglementation syndicale et sociale au sein de l'entreprise (4), en passant par la réintégration des salariés licenciés dans des conditions illégales (5). On peut aussi et principalement insister sur le

(1) V. R. TENDLER, préc., D. 1991. Chron., 139, spéc. p. 142, C.

(2) Rappr. H. LE FOYER DE COSTIL, préc., in Mél. P. BELLET, Litec, 1991, spéc. p. 344 ; v. aussi supra, p. 198.

(3) V. supra, p. 208 et s., p. 219 et s., et infra, p. 381.

(4) Ph. BERTIN, préc., v° "Référé civil", n° 203 ; v. aussi J.-F. ZAPATA, préc., Dr. soc. 1975. 434.

(5) V. infra, p. 327, *in fine*, et s.

fait que la formule de l'art. 809, al. 1er, est très large et permet d'englober tant le non-respect de la loi lato sensu (1), que de la morale ou d'un usage établi (2).

Mais il n'est pas utile de tenter de dresser un inventaire qui se voudrait exhaustif des hypothèses qui entrent dans les prévisions de ce texte. Elles sont en effet innombrables.

Pour preuve, les listes dressées par les auteurs le sont toujours à titre indicatif. On y trouve généralement un classement par catégories de litiges dans lesquels les occupations de locaux (spécialement de travail) et le problème des réintégrations, la protection de la vie privée et les atteintes à la réputation, la concurrence déloyale et la protection littéraire et artistique, apparaissent de façon systématique (3).

Il arrive aussi que l'on y rencontre une rubrique hétéroclite (4), qui fortifie l'opinion suivant laquelle l'établissement d'un catalogue intégral des hypothèses pouvant donner lieu à l'intervention du juge des référés sur le fondement de l'art. 809, al. 1er, n'est pas utile, mais surtout, relève du domaine de l'inaccessible. Des applications multiples de ce texte ont

- (1) S'agissant d'un décret, v. par ex. T.G.I. Verdun, réf., 9 juin 1986, J.C.P. 1987. II. 20729, obs. B. PACTEAU ; pour un contrat, v. par ex. en matière de clauses de non concurrence, Y. SERRA, obs. sous quatre esp., D. 1988. somm. 178.
- (2) V. supra, p. 215.
- (3) V. Ph. BERTIN, préc., v° "Référez civil", n° 181 et s. ; P. BONDUAIRE, préc., Fasc. A, v° "Référés", n° 125 et s.
- (4) Par ex. P. BONDUAIRE, préc., Fasc. A, v° "Référés", n° 137 : "Décisions diverses" ; v. aussi E. BLANC, J. VIATTE, op. cit., art. 809, al. 1er, "applications", p. 521-5 b.

été citées plus haut et ont servi à l'approche des notions de trouble manifestement illicite et de dommage imminent (1). Nous n'y reviendrons donc pas.

Le constat du caractère illimité du domaine d'intervention du juge des référés sur la base de l'art. 809, al. 1er, est dans le prolongement logique de l'extension de la juridiction présidentielle (2). Il suscite subséquemment une importante interrogation : doit-on craindre une extension incontrôlée du domaine du référé de l'art. 809, al. 1er et, par delà, un impérialisme forcené du juge des référés ?

- 2 - La réponse à cette question repose sur l'appréciation des limites tracées aux pouvoirs du juge des référés. Or, celles-ci résident dans des notions relativement fluides (3) et l'on peut se demander si la seule véritable restriction à une extension sans borne du référé de l'art. 809, al. 1er, ne consiste pas dans la propre volonté du magistrat (4).

En effet, pour peu que le Président estime que les conditions d'application de l'art. 809, al. 1er, sont remplies, il peut ordonner toutes les mesures qu'il juge s'imposer. Or, ce texte est en mesure de justifier l'intervention du juge du provisoire dans la quasi-totalité des situations (5).

(1) V. supra, p. 193 (Section 1).

(2) V. R. PERROT, préc., in Mél. P. HEBRAUD, Toulouse, 1981, p. 645 ; v. aussi P. BONDUAIRE, préc., Fasc. A, v° "Référés", n° 113.

(3) R. PERROT, préc., in Journée d'étude, T.G.I. Paris, 1980, p. 100.

(4) R. TENDLER, préc., D. 1991. Chron., 139, spéc. p. 142, C.

(5) Cf. supra, p. 290, - 1 -.

Derrière l'omniprésence présidentielle, se profile alors l'ombre de l'arbitraire juridictionnel : le juge des référés ne risque-t-il pas précisément de céder à la tentation de prescrire une mesure d'opportunité lorsque la situation, en elle-même, relève de contestations sérieuses (1) ?

L'audace dont peuvent faire preuve certains magistrats ne doit pas faire oublier que le juge des référés se distingue de la juridiction de fond de droit commun. Il ne peut juger du fond du droit, domaine exclusif du Tribunal (2).

Toute la vigilance du juge n'est pas de trop pour écarter les demandes qui outrepassent les prérogatives du Président. Il est certain que le juge des référés, artisan privilégié de l'action, ne doive pas devenir celui de la déraison. Mais la crainte de la prépotence de ce magistrat est à relativiser. Ceci sous réserve du respect de deux conditions essentielles :

Premièrement, un strict respect de l'obligation de motiver les décisions de référendum. Cela suppose que soit clairement caractérisée l'illicéité manifeste du trouble invoqué ou l'illégitimité du dommage dont l'imminence menace le plaideur qui a saisi le juge.

Deuxièmement, l'exercice par la Cour de cassation du contrôle de la qualification opérée par les juges des référés, afin d'assurer l'unité de l'interprétation du droit (3).

(1) V. R. TENDLER, préc., D. 1991. Chron., 139, spéc. p. 142, C.

(2) V. supra, p. 72, - 2 -, et infra, p. 536, - B -.

(3) Sur l'état de la jurisprudence actuelle, v. supra, p. 261, - 2 -.

La clarté et la sécurité juridique en sont largement dépendantes.

Bien que le référé se ramifie dans les domaines les plus variés, son extension peut être considérée comme contrôlée dès l'instant que les conditions édictées par le nouveau Code sont respectées, tant il est vrai que les limites posées au référé de l'art. 809, al. 1er, sont contenues dans le texte même qui le met en place (1).

Il est donc logique de retrouver ces mêmes limites lorsqu'il s'agit d'assurer la protection des droits de la personnalité.

B. LE DOMAINE DU REFERE DE L'ARTICLE 809, ALINEA 1er ET LA PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNALITE :

La rapidité de l'intervention du juge des référés en fait un protecteur particulièrement efficace des droits de la personnalité (2). Parmi ceux-ci, le droit au respect de la vie

(1) Cf. supra, p. 249.

(2) Dans cette matière peut-être plus que dans toute autre, la célérité de l'action est une garantie essentielle pour celui dont les droits sont méconnus, v. L. MARTIN, "Le secret de la vie privée", Rev. trim. dr. civ. 1959. 227, n° 5 ; Ph. BERTIN, préc., v° "Référé civil", n° 182 ; B. TEYSSIE, "Les personnes", Litec, 1983, n° 37, p. 32 ; rappr. R. NERSON, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1979. 382.

privée occupe une place de premier rang (1). Déterminant au profit de chacun, une zone d'activité qui lui est propre (2), la notion de vie privée poursuit l'intérêt qu'a toute personne à préserver la sienne (3) & (4).

Cet intérêt peut se heurter notamment à la liberté de communication et d'expression qui figure dans les art. 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789, à laquelle renvoie le préambule de la Constitution de 1958, 19 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques (5) et 10 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (6).

Le respect dû à la vie privée s'autorise de

- (1) V. R. LINDON, "Le juge des référés et la presse", D. 1985. Chron., 61. Nous laisserons de côté d'autres aspects des droits de la personnalité, tels le droit à l'image ou le droit moral de l'artiste ou de l'auteur. Sur ces questions, v. G. GOUBEAX, "Droit civil - Les personnes", L.G.D.J., 1989, n° 308 et s., p. 284 et s. ; v. aussi B. EDELMAN, "Chronique de propriété littéraire et artistique", J.C.P. 1989. I. 3376 ; du même auteur, "La rue et le droit d'auteur", D. 1992. Chron. 91, et note sous T.G.I. Paris, 1ère Ch., 10 janv. 1990, D. 1991. 206 ; R. LINDON, "Les droits de la personnalité", Dalloz, 1983, p. 46 et s., p. 103 et s.
- (2) J. RIVERO, "Les libertés publiques", P.U.F., 6e éd., 1991, t. II, p. 33, 2.
- (3) V. L. MARTIN, préc., Rev. trim. dr. civ. 1959. 227.
- (4) Rappr. sur la protection accordée aux salariés dans leur emploi, Cass. Soc., 20 nov. 1991, D. 1992. 73, concl. Y. CHAUVY (v. contra, Cass. Crim., 23 juil. 1992, inédit, n° 92-82721) ; v. aussi J. SAVATIER, "La protection de la vie privée des salariés", Dr. soc. 1992. 329 ; adde Ph. SOLER-COUTEAUX, "La liberté de conscience", th. Strasbourg, 1980, p. 337 et s. ; P. KAYSER, "La protection de la vie privée", Economica, 2e éd., 1990, n° 180-1, p. 229.
- (5) 16 déc. 1966, J.O. du 1er fév. 1981, p. 398.
- (6) 4 nov. 1950, J.O. du 4 mai 1974, p. 4750.

références équivalentes (1). Aussi la jurisprudence a-t-elle admis que le juge des référés puisse ordonner une mesure de saisie sur le fondement de l'art. 806 c. pr. civ., en présence d'une immixtion intolérable dans la vie privée commise par voie de presse (2).

L'objection tirée de l'existence de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, dont l'art. 51, al. 1er, interdit la saisie préalable de tout ouvrage de presse sauf dans la limite de quatre exemplaires par le juge d'instruction dans le cas de poursuites pénales de diffamation, expliquait l'exigence du caractère intolérable de l'atteinte réalisée. Seul le respect de cette condition était de nature à assurer la conciliation nécessaire entre deux libertés

- (1) Art. 12 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, J.O. du 19 fév. 1949, p. 1859 ; art. 17 du Pacte international relatif aux Droits civils et politiques ; art. 8 de la Convention européenne de sauvegarde ; v. également F. RIGAUX, "Synthèse-Exposé général comparatif", in Coll. I.F.C. Barreau de Paris, "Liberté de la presse - Respect de la vie privée et de l'image en droit comparé", 22-23 mars 1991, suppl. Gaz. Pal. ; P. KAYSER, op. cit., n° 9, p. 9.
V. sur l'idée d'une protection de l'individu en raison de sa valeur intrinsèque, R. VIENNE, "Preuve et atteintes à la personne", J.C.P. 1949. I. 758, n° 2.
- (2) Cass. Civ. 2e, 12 juil. 1966, D. 1967. 181, 1ère esp., note P. MIMIN ; Cass. Civ. 2e, 25 nov. 1966, Gaz. Pal. 1967. I. 201 ; Cass. Civ. 1ère, 18 mai 1972, J.C.P. 1972. II. 17209, concl. LINDON, Rev. trim. dr. civ. 1973. 334, obs. R. NERSON ; v. aussi R. LINDON, obs. sous T.G.I. Paris, réf., 7 avr. 1973 et 14 avr. 1972, J.C.P. 1973. II. 17561 ; P. KAYSER, préc., D. 1989. Chron., 11, n° 5 ; du même auteur, v. "Aspects de la protection de la vie privée dans les sociétés industrielles", in Méл. G. MARTY, Toulouse, 1978, p. 725.
De manière plus générale, sur les relations Presse - Justice, v. F. RUELLAN, "Presse, justice et libertés - Point de vue d'un juge", J.C.P. 1989. I. 3389.

également indispensables. Mais elle a surtout conduit la Cour de cassation à solliciter l'intervention du législateur pour qu'il "concilie le respect des principes démocratiques qui gouvernent le droit de la presse et le respect non moins légitime de la vie privée des personnes" (1). Il pouvait assurément paraître curieux que le juge civil des référés ait plus de pouvoirs en cas d'atteinte au respect de la vie privée qui n'est pas constitutif d'une infraction pénale, que le juge répressif en cas de diffamation (2).

L'appel a été entendu. La loi n° 70-643 du 17 juillet 1970, en son art. 22 (3), a inséré un article 9 dans le Code civil, qui permet au juge de prescrire toutes les mesures "propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé" (4).

Est-ce à dire que seul le respect de l'intimité de la vie privée est désormais protégé ? La formule retenue par le texte suppose une explication, - 1 -.

Il convient aussi de se demander si au domaine délimité par l'art. 9 c. civ., correspond une restriction corrélative du champ d'action du juge du provisoire sur le fondement de l'art. 809, al. 1er, nouv. c. pr. civ. Autrement dit, le domaine du référé de l'art. 809, al. 1er, s'étend-il au-delà des

(1) Rapport de la Cour de cassation, Année 1968, p. 15.

(2) V. P. KAYSER, préc., D. 1989. Chron., 11, n° 2 ; R. NERSON, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1979. 382.

(3) J.O. du 19 juil. 1970, p. 6751, spéc. p. 6755.

(4) L'urgence, compte tenu de la liberté en cause, est présumée, v. P. KAYSER, préc., D. 1989. Chron., 11, n° 10.

frontières de l'intimité de la vie privée, - 2 - ?

- 1 - La protection de l'intimité de la vie privée :

Le législateur n'a pas opté pour la reprise du critère jurisprudentiel de "l'immixtion intolérable dans la vie privée". Il a préféré poser le principe du droit au respect de la vie privée et permettre au juge des référés de prescrire toutes les mesures propres à sauvegarder l'intimité de celle-ci. La disparition de la référence au caractère intolérable de l'atteinte s'explique au regard de la liberté considérée. Il s'agit en effet de préserver, non la vie privée, mais son secret, la pudeur de son intimité (1). Que l'intention soit malveillante ou non importe peu, dès l'instant que l'auteur de l'atteinte a agi "sans l'autorisation expresse et non équivoque de celui dont on raconte la vie" (2). L'art. 9 c. civ., sanctionne l'atteinte portée à l'intimité de la vie privée sans exiger davantage de conditions. Peu importe que cette atteinte soit intolérable ou "tolérable" (3).

- (1) V. L. MARTIN, préc., Rev. trim. dr. civ. 1959. 227, n° 4 ; P. KAYSER, op. cit., n° 61, p. 70. Rappr. en matière de représentation fictive des faits et sentiments de personnes déterminées, Cass. Civ. 1ère, 13 fév. 1985, D. 1985. 488, 2e esp., note B. EDELMAN, J.C.P. 1985. II. 20467, 2e esp., obs. R. LINDON ; P. KAYSER, préc., D. 1989. Chron., 11, n° 8 ; D. BECOURT, note sous Cass. Crim., 27 janv. 1981 et Cass. Civ. 1ère, 3 déc. 1980, J.C.P. 1982. II. 19742 ; R. NERSON, J. RUBELLIN-DEVICHI, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1983. 128.
- (2) Paris, 1ère Ch., 16 mars 1955, D. 1955. 295, Gaz. Pal. 1955. I. 396, J.C.P. 1955. II. 8656.
- (3) V. P. FREMOND, "Le droit de la photographie", Publicness, 2e éd., 1981, n° 414, p. 411 et n° 394, p. 379 ; rappr. J. RAVANAS, note sous Toulouse, 1ère Ch., 15 janv. 1991, D. 1991. 600, n° 18. V. aussi Rennes, 1ère Ch. A, 6 oct. 1992, J.C.P. 1993. IV. 179, n° 1526 : l'art. 9 c. civ. "ne saurait s'effacer devant les impératifs prétendus d'information du public".

Des décisions font pourtant toujours référence à cette notion d'atteinte intolérable, mais il est vrai que cela se situe au niveau du choix de la mesure à ordonner et non à celui de la possibilité d'intervention du juge des référés (1).

Il n'est cependant pas évident de délimiter avec précision le domaine de l'art. 9 c. civ. A partir de quel moment se situe-t-on dans la sphère de l'intimité de la vie privée d'une personne ? Cette question, anodine à première vue, est plus complexe qu'il n'y paraît (2).

S'il ne fait pas de doute que la vie intime comprend la vie

- (1) C'est ainsi que les juges sont plus réticents à accorder la saisie d'un ouvrage lorsque la diffusion attentatoire à l'intimité de la vie privée concerne une personne qui avait antérieurement toléré, voire incité ce genre de publication, v. T.G.I. Paris, réf., 27 fév. 1970, J.C.P. 1970. II. 16293, obs. R. LINDON ; T.G.I. Paris, réf., 8 mai 1974, D. 1974. 530, 2e esp., note R. LINDON ; Paris, 14e Ch., 21 déc. 1970, J.C.P. 1971. II. 16653, obs. R. LINDON ; Paris, 1ère Ch., 15 nov. 1966, D. 1967. 181, 2e esp., note P. MIMIN ; cette solution vise à laisser entière la liberté d'expression et d'information, v. P. KAYSER, préc., in Mél. G. MARTY, Toulouse, 1978, n° 7 ; v. aussi infra, p. 309, in fine, et s. Adde et rappr. Cass. Civ. 1ère, 20 nov. 1990, Bull. I, n° 256, p. 181, J.C.P. 1992. III. 21908, note J. RAVANAS.
- (2) V. T.G.I. Bayonne, 29 mai 1976, J.C.P. 1976. III. 18495, obs. R. BONNAIS ; P. KAYSER, op. cit., n° 189 et s., p. 243 et s. ; R. NERSON, J. RUBELLIN-DEVICHI, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1979. 383.

sentimentale (1), l'état de santé (2) ou encore le domicile (3), force est de reconnaître qu'il est malaisé de déterminer les limites précises de la notion, qui est susceptible de variations (4).

- (1) Parmi les innombrables exemples, v. Paris, 4e Ch., 17 déc. 1973 et T.G.I. Paris, 1ère Ch., 16 janv. 1974, D. 1976. 120, note R. LINDON ; Paris, 1ère Ch., 14 mai 1975, D. 1976. 291, note R. LINDON ; Cass. Civ. 2e, 26 nov. 1975, deux esp., D. 1977. 33, note R. L. ; Cass. Civ. 1ère, 13 fév. 1985, préc. ; T.G.I. Paris, 1ère Ch., 22 fév. 1989, Gaz. Pal. 1992. 1. somm. 62-63 (deux esp.) ; rappr. et comp. Paris, 1ère Ch. B, 26 mars 1987 et T.G.I. Paris, 1ère Ch., 1ère Sect., 4 mars 1987, J.C.P. 1987. II. 20905, obs. E. AGOSTINI ; J. RUBELLIN-DEVICHI, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1988. 81. L'état de grossesse est englobé dans cet aspect de l'intimité de la vie privée, v. par ex. Cass. Civ. 2e, 5 janv. 1983, Bull. II, n° 4, p. 3.
Sur la légalité d'un constat d'adultère établi au domicile de la concubine du mari, v. Cass. Civ. 1ère, 6 fév. 1979, Gaz. Pal. 1979. 1. 252, note J. V. ; Ph. BERTIN, préc., v° "Référez civil", n° 184 ; P. KAYSER, op. cit., n° 180, p. 228.
- (2) Par ex. Cass. Civ. 2e, 12 juil. 1966, préc. ; T.G.I. Paris, 1ère Ch., 4 juil. 1984, D. 1985. I.R. 16 ; T.G.I. Paris, 1ère Ch., 1ère Sect., 19 avr. 1989, Gaz. Pal. 1992. 1. somm. 225 ; v. aussi Toulouse, 1ère Ch., 15 janv. 1991, préc.
- (3) V. T.G.I. Paris, réf., 29 janv. 1991, Gaz. Pal. 1991. 1. pan. 222. Il en va autrement lorsque la dissimulation du lieu du domicile "est dictée par le seul dessein illégitime de se dérober à l'exécution de ses obligations et de faire échec aux droits de ses créanciers", v. Cass. Civ. 1ère, 19 mars 1991, préc. ; Cass. Civ. 1ère, 30 juin 1992, préc.
- (4) V. par ex. sur la publication de renseignements concernant le patrimoine : T.G.I. Marseille, 1ère Ch., 29 sept. 1982, D. 1984. 64, note R. LINDON (l'ordonnance parle d'atteinte à la vie privée avant de sanctionner ce qui, dans son dispositif, est qualifiée d'atteinte à "l'intimité de la vie privée") ; T.G.I. Paris, réf., 28 sept. 1989, Gaz. Pal. 1989. 2. 789 (refuse la saisie tout en relevant que l'atteinte à l'intimité de la vie privée est réalisée) et Ph. BERTIN, "Affaire Calvet : l'argent des autres", Gaz. Pal. 1989. 2. Doctr., 549 ; rappr. et comp. Paris, 1ère Ch. A, 12 janv. 1987, D. 1987. somm. 386. Les nécessités de l'information font parfois tomber les barrières de la vie privée, v. Paris, 1ère Ch. A, 23 janv. 1989, D. 1989. 471, (suite de la note en page 301)

Quand bien même il s'avérerait que le juge des référés ne puisse prescrire des mesures restrictives de la liberté d'expression et de communication au nom du respect dû à la vie privée qu'en se fondant sur l'art. 9 c. civ., il serait inévitablement amené à se préoccuper de cette notion, qui est "assez embarrassante" (1), d'intimité de la vie privée. Outre la difficulté d'appréciation de ce concept, on peut craindre que les juges des référés dilatent la notion afin de pouvoir

(suite de la note (4), page 300)

note R. LINDON ; Cass. Civ. 1ère, 20 nov. 1990, Bull. I, n° 257, p. 182 et Cass. Civ. 1ère, 28 mai 1991, D. 1992. 213, note P. KAYSER : "le respect dû à la vie privée de chacun n'est pas atteint par la publication de renseignements d'ordre purement patrimonial ne comportant (...) aucune allusion à la vie et à la personnalité de l'intéressé". Un autre exemple peut être tiré de la révélation de la participation publique à des pratiques religieuses. Alors qu'on aurait pu penser que la pratique d'une religion relève de l'intimité de chacun (v. Cass. Civ., 28 fév. 1874, S. 74. 1. 233 ; rappr. R. LINDON, op. cit., n° 14, p. 127 et n° 45 à 47, p. 268-169), la Cour d'appel de Paris a estimé "que la participation publique aux manifestations et aux pratiques religieuses d'un culte autorisé et protégé par la loi française ne peut, si elle vient à être révélée, constituer une atteinte fautive à la vie privée, dès lors que cette révélation n'est pas inspirée par une volonté évidente de nuire ou de susciter des attitudes discriminatoires ou agressives" : Paris, 1ère Ch. A, 11 fév. 1987, Gaz. Pal. 1987. 1. 138, D. 1987. somm. 385, obs. D. AMSON, R. LINDON ; Ph. BERTIN, "L'image à la synagogue", Gaz. Pal. 1987. 1. Doctr., 191, Rev. trim. dr. civ. 1988. 93, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI. Cet arrêt de la Cour d'appel de Paris tend également à démontrer que si en théorie les droits de la personnalité dispensent de prouver une faute, il est souvent nécessaire d'en établir l'existence, v. T. HASSLER, note sous T.G.I. Paris, réf., 15 avr. 1987, D. 1987. 551. D'où la critique de la consécration d'un droit au secret de la vie privée par des auteurs qui pensent que le recours à la responsabilité délictuelle fondée sur les articles 1382-1383 c. civ. est amplement suffisant en la matière, v. R. NERSON, J. RUBELLIN-DEVICHI, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1983. 113 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1988. 93. V. contra, P. KAYSER, op. cit., n° 70, spéc. p. 80.

(1) G. GOUBEAUX, op. cit., n° 300, spéc. p. 275.

intervenir dans des cas qui, à proprement parler, ne relèvent pas de l'art. 9 c. civ. (1).

Il devient donc déterminant de savoir si le magistrat chargé des référés peut agir sur le fondement de l'art. 809, al. 1er du nouveau Code, pour prévenir ou limiter les atteintes portées à des droits ou à des libertés autres que se rapportant à l'intimité de la vie privée.

- 2 - Le domaine du référé de l'article 809, alinéa 1er, s'étend-il au-delà des frontières de l'intimité de la vie privée ?

La tentation d'apporter une réponse négative à cette interrogation est grande. En effet, on peut considérer que le législateur, en limitant les mesures de séquestre et de saisie aux seules atteintes à l'intimité de la vie privée, a entendu limiter le domaine d'intervention du juge des référés pour garantir l'entièvre liberté d'expression et de communication dans les hypothèses autres que celles visées à l'art. 9, al. 2 c. civ. (2).

- (1) V. R. NERSON, J. RUBELLIN-DEVICHI, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1979. 383 ; rappr. J. RAVANAS, op. cit., n° 413, p. 467, note (47).
- (2) C'est la position adoptée par la 1ère Chambre de la Cour d'appel de Paris le 18 oct. 1977, D. 1978. 461, note R. LINDON ; rappr. Ph. BEPTIN, préc., Gaz. Pal. 1989. 2. Doctr., 549, in fine (v. cep. du même auteur, note sous Dijon, aud. sol., 22 mars 1988, préc., spéc. 381, 1) ; M. BONNAIS, obs. sous T.G.I. Bayonne, réf., 29 mai 1976, préc. Peut-être eût-il été préférable de substituer au concept d'intimité de la vie privée celui d'un droit général de la personnalité, en ce sens, A. TOUFFAIT, Communication à l'Académie des Sciences morales et politiques, cité par MM. R. LINDON, obs. sous T.G.I. Paris, réf., 7 avr. 1973 et 14 avr. 1972, préc., et J. RAVANAS, op. cit., p. 470, note (53).

La Cour de cassation retient cependant une interprétation large du domaine de l'art. 809, al. 1er nouv. c. pr. civ. (1). Est-ce à dire que l'objection tirée de la loi de 1881 sur la presse a aujourd'hui disparu ? A priori, rien ne le laisse supposer (2).

Pourtant, l'existence de la loi de 1881 n'a pas empêché le juge des référés d'intervenir de façon prétorienne en présence d'une atteinte grave portée à l'honneur d'une personne (3). La solution est heureuse et toujours actuelle (4). Ainsi, le Président peut opter pour des mesures moins sévères qu'une saisie (5), mais une décision plus ferme n'est

- (1) V. Cass. Civ. 1ère, 21 juil. 1987, Bull. I, n° 236, p. 172 ; Cass. Civ. 2e, 12 oct. 1988, préc. ; T. HASSELER, note sous Dijon, aud. sol., 22 mars 1988, préc. ; rappr. J. RUBELLIN-DEVICHI, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1988. 79 et 92.
- (2) Rappr. P. KAYSER, op. cit., n° 82 et s., p. 100 et s. ; J. RAVANAS, op. cit., n° 415, p. 472 ; v. aussi Cons. const., 10 et 11 oct. 1984, "Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel", op. cit., n° 38, p. 599 : la loi elle-même ne peut "réglementer l'exercice (de la liberté fondamentale de communication et d'expression) qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle".
- (3) V. Cass. Civ. 2e, 27 nov. 1963, J.C.P. 1965. II. 14443, 2e esp., obs. R. L. ; T.G.I. Paris, réf., 14 avr. 1972, préc. ; Cass. Civ. 2e, 12 oct. 1988, Bull. II, n° 194, p. 105 ; Cass. Civ. 2e, 12 oct. 1988, préc. ; Cass. Civ. 2e, 27 janv. 1993, Bull. II, n° 38, p. 20, J.C.P. 1993. IV. 90, n° 792 ; v. aussi J. RAVANAS, op. cit., n° 414, p. 469.
- (4) V. contra, en matière de diffamation, P. WACHSMANN, note sous Cass. Civ. 2e, 5 fév. 1992, D. 1993. 53, et, plus généralement, J.-M. BRUNTZ, M. DOMINGO, "Doctrine d'une rupture annoncée", Gaz. Pal. 1992. 2. Doctr., 599.
- (5) Cf. T.G.I. Paris, réf., 22 nov. 1973, D. 1975. 168, 1ère esp., note R. LINDON (insertion d'un encart) ; T.G.I. Paris, réf., 19 oct. 1984, Gaz. Pal. 1984. 2. 730, note Ph. BERTIN ; R. LINDON, préc., D. 1985. Chron., 61, col. de gauche ; rappr. Ph. BERTIN, préc., Gaz. Pal. 1989. 2. Doctr., 549, in fine ; T.G.I. Paris, réf., 7 juin 1990, Gaz. Pal. 1992. 1. somm. 64.

pas à exclure. L'art. 809, al. 1er, autorise en effet toutes "les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent" (1).

Les pouvoirs de police conférés au juge des référés par voie réglementaire permettent de sauvegarder la liberté des uns là où d'autres abusent de la leur (2). La loi ne pouvant tout prévoir (3), il est légitime que le juge du provisoire intervienne en vertu des pouvoirs que lui octroie le nouveau Code chaque fois qu'il constate l'abus manifeste dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté (4).

(1) V. T.G.I. Bordeaux, réf., 9 fév. 1979, Gaz. Pal. 1979. I. somm. 164 ; T.G.I. Paris, réf., 3 mars 1979, in Coll. Pau, Cahiers de l'Université, 1979, p. 145, note (52) ; T.G.I. Paris, réf., 17 sept. 1984, D. 1985. I.R. 16 ; Paris, 4e Ch. B, 22 nov. 1984, D. 1985. I.R. 164 ; v. déjà P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1965. 856. Rappr. sur l'usage à des fins commerciales de la voix d'un personnage facilement identifiable captée de façon abusive : T.G.I. Paris, réf., 11 juil. 1977, D. 1977. 700, note R. L., D. HUET-WEILLER, "La protection juridique de la voix humaine", Rev. trim. dr. civ. 1982. 497, spéc. p. 508.

Adde cep. Paris, 1ère Ch. C, 26 fév. 1992, J.C.P. 1993. II. 22022, note J.-C. GALLOUX : le visionnage préalable d'une émission constituant une restriction au principe constitutionnel de la liberté d'expression, cette mesure ne se justifie qu'à la condition que la violation alléguée des droits d'une personne n'apparaisse pas "comme purement hypothétique" ; v. déjà T.G.I. Paris, réf., 16 mars 1988, J.C.P. 1988. IV. 261.

(2) V. Dijon, aud. sol., 22 mars 1988, préc.

(3) V. Ph. BERTIN, note sous Dijon, aud. sol., 22 mars 1988, préc.

(4) Le référé de l'art. 809, al. 1er, n'est que "la mise en oeuvre procédurale de la prévention de cet abus (...) conformément à l'article 11 de la Déclaration de 1789 "dans les cas déterminés par la loi", c'est à dire par l'article 1382 du Code civil", P. KAYSER, op. cit., n° 82-5, p. 107-108 ; rappr. DUBOIS DE PRISQUE, concl. sur Cass. Civ. 2e, 5 fév. 1992, Gaz. Pal. 1992. I. 216 ; J.-C. GALLOUX, note sous Paris, 1ère Ch. C, préc., 26 fév. 1992, I, A, spéc. p. 124 ; J.-F. BURGELIN, note sous Cass. Civ. 2e, 5 fév. 1992, D. 1992. 442 ; v. aussi Versailles, 14e Ch., 28 janv. 1988, préc.

D'ailleurs, l'action du juge des référés se situe sur un plan totalement différent de celle du juge répressif : là où le dernier nommé réprime en statuant au fond, l'autre prévient (1) en statuant au provisoire (2).

Quand bien même on chercherait à lui refuser cette possibilité en arguant de ce que la liberté d'expression ne peut être soumise aux termes de l'art. 11, al. 2e de la Convention européenne de sauvegarde, qu'aux formalités, restrictions ou sanctions prévues par la loi (3), que le juge des référés pourrait encore intervenir. Car le terme "loi" est entendu largement par la Cour de Strasbourg (4).

Le juge des référés peut donc statuer, tant en matière d'atteintes à l'honneur que, de manière plus générale,

(1) Cet élément est déterminant quant à la finalité de l'art. 809, al. 1er, cf. infra, p. 312, § 2.

(2) V. P. AUVRET, obs. sous trois esp., J.C.P. 1987. II. 20754, I, B ; C. KORMAN, "L'événement du mercredi 5 février 1993", Gaz. Pal. 1992. 2. Doctr., 601, II, A ; rappr. Cass. Civ. 2e, 27 janv. 1993, préc. ; v. aussi l'art. 5-1 c. pr. pén. (loi du 8 juil. 1983) qui permet au juge des référés d'ordonner "toutes mesures provisoires relatives aux faits qui sont l'objet des poursuites, lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable" ; sur ce point, v. Ph. BERTIN, "Quand le juge des référés confond vitesse et précipitation", Gaz. Pal. 1992. 1. Doctr., 242, spéc. 243, col. de gauche.

Rappr. Cass. Civ. 2e, 27 janv. 1993, Bull. II, n° 32, p. 16.

(3) Par ex. T. MASSIS, "Le juge des référés et la liberté d'expression", Legipresse, sept. 1991, n° 84, p. 67, spéc. p. 68, I, a.

(4) V. Cour eur. D. H., arrêt Leander, 26 mars 1987, Rev. sc. crim. 1987. 749 : la loi doit également s'entendre du règlement ; P. KAYSER, op. cit., n° 16, spéc. p. 19.

d'atteinte à un sentiment profond et respectable (1). Et si le Président du T.G.I. de Paris a affirmé, le 28 janvier 1985, que les seules limites à la liberté d'expression sont les atteintes à l'intimité de la vie privée et l'apologie des crimes et délits (2), il n'en demeure pas moins que tout abus de cette liberté peut être pris en considération par le juge des référés (3).

- (1) V. T.G.I. Paris, réf., 30 nov. 1983, Gaz. Pal. 1984. 1. 7, note Ph. BERTIN, D. 1984. 111, note R. L. ; rappr. T.G.I. Paris, 20 fév. 1985, D. 1985. I.R. 323, obs. R. LINDON. Sur l'apologie des crimes contre l'humanité et sur la négation de leur existence, v. T.G.I. Paris, réf., 25 mai 1989, Gaz. Pal. 1987. 1. 369 ; Paris, 1ère Ch. A, 31 oct. 1990, Gaz. Pal. 1991. 1. 311, note Ph. BILGER et Cass. Civ. 2e, 25 nov. 1992, Bull. II, n° 279, p. 138 ; Ph. BERTIN, "Un trouble manifestement illicite : la propagande néo-nazie", Gaz. Pal. 1987. 1. Doctr., 473. Rappr. sur le respect de la vérité historique, D. AMSON, obs. crit. sous T.G.I. Strasbourg, réf., 31 mai 1989, De Gaulle, D. 1989. somm. 357 ; P. KAYSER, op. cit., n° 76, spéc. p. 89-90 et n° 163, p. 207 ; R. LINDON, op. cit., p. 34-35, spéc. n° 6 et p. 287 et s. ; v. aussi Paris, 1ère Ch., 5 janv. 1972, D. 1972. 445, note J. DUTERTRE.
- (2) T.G.I. Paris, réf., 28 janv. 1985, Gaz. Pal. 1985. 1. 122 ; Ph. BERTIN, "Mère intègre, nu intégral et remous intégristes", Gaz. Pal. 1985. 1. Doctr., 92.
- (3) T. HASSLER, obs. sous Paris, 1ère Ch. B, 26 oct. 1984, J.C.P. 1985. II. 20452, II, A ; v. aussi Paris, 1ère Ch. A, 7 juil. 1988, Gaz. Pal. 1988. 2. 569, note J.-G. M. : une association a accepté de participer à la réalisation d'un reportage sur les médecines douces. La société de télévision qui se propose de la présenter dans le cadre d'une émission destinée à dénoncer les pratiques néfastes des sectes commet un trouble manifestement illicite ; comp. Paris, 1ère Ch. C, 24 oct. 1991, D. 1992. 244, 1ère esp., note Ch. DEBBASCH.
V. aussi T.G.I. Paris, réf., 19 mars 1991, Gaz. Pal. 1991. 1. 240 : une revue a publié un article destiné à permettre au lecteur de faire le bilan de leur expert-comptable. La lecture de cet écrit révélant une évidente volonté de dénigrement, le juge des référés a ordonné une mesure de publication afin de limiter efficacement les conséquences de l'article incriminé ; rappr., mais au fond, T.G.I. Strasbourg, 1ère Ch. civ., 2 oct. 1990, Gaz. Pal. 1991. 1. 243 (dénigrement de la profession d'avocat).
V. également Ph. BILGER, B. PREVOST, "Le droit de la presse", coll. "Que sais-je ?", P.U.F., 1989, p. 119.

Un aspect relativement récent de la question concerne la liberté de conscience (1) et plus précisément le droit au respect des croyances (2).

Si la République est laïque, elle "respecte toutes les croyances" (3). De la sorte, elle s'engage à mettre en oeuvre une protection efficace de celles-ci.

La nécessaire protection des croyances ne doit cependant pas conduire à brider la liberté d'expression, notamment artistique ou littéraire.

La recherche d'un équilibre relève là encore du domaine du juge des référés, bien qu'il soit extrêmement délicat à délimiter en la matière. Il touche en effet à la notion forcément relative de morale. La protection doit alors être conçue "comme dirigée exclusivement vers la préservation de la liberté d'autrui" (4), sous peine de risquer un retour parfois souhaité (5) à un ordre moral. Aussi retrouve-t-on les principes dégagés plus haut, à savoir la nécessaire

(1) Ph. SOLER-COUTEAUX, op. cit.

(2) Rappr. Ph. MALAURIE, L. AYNES, "Cours de Droit civil - Les personnes - Les incapacités", Cujas, 1989, n° 402, spéc. p. 158 : "Le sentiment religieux est un des éléments les plus profonds de la personnalité de beaucoup de personnes, et il a le droit d'être respecté" (rappr. 2e éd., 1992, n° 330, spéc. p. 120).

(3) Art. 2 de la Constitution de 1958 ; v. aussi R. LINDON, note sous T.G.I. Paris, réf., 23 oct. 1984, préc.

(4) Ph. SOLER-COUTEAUX, op. cit., p. 519 et p. 520 : même "contraire à l'ordre public, la protection de la moralité doit passer nécessairement par une mesure de ce qui est tolérable par le corps social pour en déterminer le contenu. La moralité publique ne peut être en effet le calque d'une éthique transcendante dans une société laïque et pluraliste".

(5) V. P. MIMIN, "Films interdits", D. 1956. Chron., 95.

démonstration de l'existence d'un trouble manifestement illicite ou d'un dommage imminent (1).

Certaines décisions ont mis en avant le fait que les personnes pouvaient s'abstenir de s'exposer au trouble (2) ou, à l'inverse, s'y voyaient nécessairement et brutalement confrontées (3), pour estimer que l'atteinte aux convictions ne s'est pas réalisée ou existait.

Cette distinction est criticable. Que l'outrage s'étale sur les murs de la ville sous la forme d'une affiche ou qu'il se découvre dans l'ambiance feutrée d'une salle obscure importe peu. Comme l'écrit M. HASSSLER, l'atteinte "existe dans les deux cas" (4).

- (1) La réalité de l'atteinte s'apprécie au jour où le juge statue, v. supra, p. 257, - 1 -. Le trouble doit être manifeste et il ne l'est en la circonstance que si la réprobation est unanime, v. Cass. Civ. 1ère, 10 janv. 1990, préc. Enfin, pour que l'abus soit caractérisé, il est indispensable de prouver l'existence d'une faute évidente, v. T. HASSSLER, note sous Dijon, aud. sol., 22 mars 1988, préc. ; rappr. supra, p. 213 à 215.
- (2) En évitant d'aller au cinéma, v. T.G.I. Paris, réf., 2 fév. 1977, Krishna, J.C.P. 1977. II. 18636, obs. R. L. ; Dijon, aud. sol., 22 mars 1988, préc. ; Ph. BERTIN, préc., Gaz. Pal. 1984. 2. Doctr., 534, spéc. p. 535 ; mais aussi en ne lisant pas un livre, cf. T.G.I. Paris, réf., 29 juil. 1989, Rushdie, v. H. LE FOYER DE COSTIL, préc., in Mél. P. BELLET, Litec, 1991, p. 375.
- (3) T.G.I. Paris, réf., 23 oct. 1984, Ave Maria, préc. : une affiche destinée à la publicité d'un film cinématographique peut ainsi consister en "un acte d'intrusion agressive et gratuite dans le tréfonds intime des croyances de ceux qui (...) se voient, en dehors de toute manifestation de volonté de leur part, nécessairement et brutalement confrontés à une manifestation publique et commerciale, contestable et trompeuse, constitutive en tout état de cause d'un trouble manifestement illicite".
- (4) T. HASSSLER, obs. sous Paris, 1ère Ch. B, 26 oct. 1984, préc., II, B.

L'intervention du juge des référés doit cependant s'opérer dans un esprit de pondération lors du choix de la mesure qui s'impose pour prévenir ou mettre fin à l'atteinte critiquée (1). C'est pourquoi la publication d'un communiqué qui devait être lu et apparaître sur l'écran avant le générique a paru suffisante dans l'affaire "La dernière tentation du Christ" (2).

Si toute atteinte manifestement illicite suffisait à fonder une saisie, la liberté d'expression ne serait plus qu'une chimère (3). La mesure exceptionnelle que constitue une

(1) V. Paris, 1^{re} Ch. C, 24 oct. 1991 et Paris, 1^{re} Ch. A, 17 déc. 1991, D. 1992. 244, note Ch. DEBBASCH ; v. aussi infra, p. 336, - 2 -.

(2) Paris, 1^{re} Ch. A, 27 sept. 1988, D. 1988. I.R. 258 ; Cass. Civ. 1^{re}, 29 oct. 1990, Bull. I, n° 226, p. 161.

Dans l'affaire Krishna, T.G.I. Paris, réf., 2 fév. 1977, préc., le Président a rejeté la demande de saisie d'un film pornographique en estimant que l'hypothèse d'une atteinte aux sentiments religieux des demandeurs était "hautement improbable", puisqu'ils ne sauraient aller voir le film en cause. Pourtant, l'atteinte existait. Il eût été préférable que le juge des référés rejette la demande de saisie en retenant que le trouble avait cessé. Car le film, dont la projection a été interrompue dès la délivrance de l'assignation, a vu son exploitation remise en question par suite de la mise en vigueur d'une taxe fiscale sur ce genre de films. Au surplus, le défendeur s'était engagé à supprimer la bande sonore qui correspondait à la séquence litigieuse "au cas où par impossible l'exploitation du film serait reprise", ce dont le juge lui avait donné acte.

(3) Rappr. Ph. BERTIN, préc., v° "Référez civil", n° 190 ; T. HASSLER, note sous Dijon, aud. sol., 22 mars 1988, préc. En matière de diffamation, l'arrêt précité de la seconde Chambre civile de la Cour de cassation du 5 fév. 1992 a pratiquement exclu la possibilité pour le juge du provisoire d'ordonner une saisie en lui faisant obligation de respecter le délai de dix jours prescrit à l'art. 55 de la loi de 1881, v. J.-M. BRUNTZ, M. DOMINGO, préc., Gaz. Pal. 1992. 2. Doctr., 599 ; P. WACHSMANN, note sous l'arrêt, II, B. V. crit. C. KORMAN, préc., Gaz. Pal. 1992. 2. Doctr., 601 ; rappr. J.-F. BURGELIN, note sous l'arrêt, préc.

saisie n'est donc ordonnée qu'en présence d'une atteinte particulièrement grave ; en un mot : intolérable (1). Certaines décisions vont plus loin et exigent, pour prescrire une mesure de saisie, que l'atteinte soit caractérisée par "une agression dont la violence extrême ou la répétition délibérée mettent la personne visée dans l'impossibilité absolue de se défendre et de répondre aux attaques qui lui sont portées, sauf à subir les effets de ce qui ne serait qu'une pure et simple persécution" (2). Révélatrice d'une conception restrictive du référé en la matière, la formule a pu être considérée comme excessive (3). Il est vrai que si la critique politique, par exemple, autorise un tel libellé (4), toutes les situations ne

- (1) Rappr. J. RAVANAS, op. cit., n° 411, p. 463 et n° 412, p. 466, avant la note (41), dans le texte. V. aussi T.G.I. Paris, réf., 4 nov. 1992, "Le Monde", 6 nov., p. 26.
- (2) Paris, 1ère Ch. A, 11 juin 1986, J.C.P. 1986. II. 20754, obs. P. AUVRÉT ; T.G.I. Paris, réf., 25 mai 1987, préc. ; v. déjà Paris, 1ère Ch. A, 8 nov. 1985, 2e esp., D. 1986. I.R. 190, obs. R. LINDON.
- (3) P. AUVRÉT, obs. sous trois esp., préc. V. contra, P. WACHSMANN, note sous Cass. Civ. 2e, 5 fév. 1992, préc., spéc. p. 56, col. de gauche, in fine ; rappr. T. MASSIS, préc., Legipresse, sept. 1991, n° 84, spéc. p. 71.
- (4) La critique politique peut en effet être très vive, v. Cour eur. D.H., 8 juil. 1990, Lingens, in L. MATARASSO, "Liberté de la Presse et Respect de la Vie Privée en Droit International", in Coll. I.F.C., préc., 1991, spéc. p. 5, d : un journaliste avait accusé le Chancelier d'Autriche, B. KREISBY, de complaisance à l'égard d'anciens nazis. La Cour a décidé que dans le contexte du débat politique, les jugements de valeur émis par les journalistes contribuent à "la discussion politique des questions qui intéressent la collectivité". V. aussi T.G.I. Paris, réf., 4 nov. 1985 et Paris, 1ère Ch. A, 8 nov. 1985, D. 1986. I.R. 190, obs. R. LINDON ; Ph. BERTIN, "Le juge des référés, la diffamation et le pouvoir noir", Gaz. Pal. 1986. 1. Doctr., 27 ; rappr. T.G.I. Paris, réf., 25 fév. 1989, Paris, 1ère Ch. C, 26 fév. 1989, Tapie, Gaz. Pal. 1989. 1. 221 et Ph. BERTIN, "Comment l'Idiot International a Echappé à la Saisie", Gaz. Pal. 1989. 1. Doctr., 120 ; (suite de la note en page 311)

se prêtent pas à une formule aussi extrême. La référence au caractère intolérable de l'atteinte insusceptible de réparation par l'allocation ultérieure de dommages-intérêts, plus souple, semblerait mieux adaptée à résoudre cette difficulté (1).

Néanmoins, quelle que soit la formule qui ait notre préférence, l'une comme l'autre ne peuvent être regardées que comme l'expression de la recherche d'un équilibre entre deux intérêts qui peuvent se heurter, et non comme une condition qui viendrait s'ajouter à l'analyse de la notion de trouble manifestement illicite ou du dommage imminent (2). Ces formules seraient de toute manière insuffisantes à constituer une limite aux pouvoirs du juge du provisoire : l'expression que l'on retrouve aujourd'hui dans la plupart des ordonnances de référé aboutissait plus facilement dans le passé à la saisie (3).

(suite de la note (4), page 310)

T.G.I. Paris, réf., 20 juin 1989, inédit, n° 6946/89 ; mais ici aussi il existe des limites à ne pas franchir, v. T.G.I. Paris, réf., 2 mai 1974, Marchais, D. 1974. 697, 1ère esp., note R. LINDON ; T.G.I. Paris, réf., 1er juil. 1987, Le Pen, in Ph. MALAURIE, L. AYNES, op. cit., "Les personnes", 1989, note (55), spéc. p. 113. Rappr. sur la notion de genre satirique T.G.I. Paris, 17e Ch. corr., 9 janv. 1992, Gaz. Pal. 1992. 1. 182, note Ph. BILGER.

- (1) Par ex. Basse-Terre, 5 mai 1988, Gaz. Pal. 1989. 1. somm. 203 ; T.G.I. Paris, réf., 19 oct. 1990, Gaz. Pal. 1991. 1. somm. 220 ; rappr. supra, p. 299.
- (2) Cf. Cass. Civ. 1ère, 21 juil. 1987, préc. : à la Cour d'appel qui estime que les atteintes critiquées "ne sont pas portées dans des circonstances telles qu'elles constituerait un trouble de gravité exceptionnelle (...)", la Cour de cassation répond qu'en ajoutant ainsi à l'art. 809, al. 1er, "une condition qu'il ne prévoit pas la Cour d'appel l'a violé".
- (3) V. Ph. MALAURIE, L. AYNES, op. cit., "Les personnes", 2e éd., 1992, n° 330, note (70), spéc. p. 120.

§ 2. La finalité de l'article 809, alinéa 1er du nouveau Code de procédure civile.

Aux termes du texte, l'office du juge des référés est soit de prévenir un dommage imminent, soit de faire cesser un trouble manifestement illicite.

Les moyens mis à la disposition du Président pour réaliser la mission qui lui est assignée font parallèlement l'objet d'une "spécification précise" dans le texte du nouveau Code (1).

La finalité du référé de l'art. 809, al. 1er, apparaît donc dans le rôle qui est attribué au juge des référés, - A -, et se concrétise dans les mesures qu'il peut ordonner, - B -.

A. LA FINALITE DU REFERE DE L'ARTICLE 809, ALINEA 1er, APPARAIT DANS LE ROLE QUI EST ATTRIBUE AU JUGE DES REFERES :

Lorsque le juge des référés est amené à statuer sur le fondement de l'art. 809, al. 1er, son action vise à sauvegarder les intérêts des plaideurs et plus particulièrement ceux du demandeur dont les droits sont mis à mal par le comportement de son adversaire. Nous sommes ainsi en présence d'un "référé-sauvegarde" (2), qui se caractérise par un objectif qui se dédouble : d'une part, la prévention d'un dommage imminent, - 1 -, et d'autre part, la cessation d'un trouble manifestement illicite, - 2 -.

(1) R. PERROT, préc., Gaz. Pal. 1974. 2. Doctr., 895, n° 22, in fine et n° 24 et s.

(2) A. CROZIO, préc., Petites Affiches, 13 avr. 1988, spéc. p. 5, col. de gauche.

- 1 - La prévention d'un dommage imminent :

Les dispositions de l'art. 809, al. 1er, ont pour finalité d'empêcher la survenance ou l'aggravation d'un dommage.

A priori, ce but de prévention correspond au seul premier terme du texte : "prévenir un dommage imminent", dont l'illicéité n'est pas nécessairement manifeste (1).

Mais en réalité, un trouble manifestement illicite peut également créer la menace d'un dommage ou son aggravation (2).

Dès que l'imminence du dommage se présente avec suffisamment de probabilité (3), le juge des référés peut ordonner toute mesure propre à en prévenir la réalisation (4). Il s'agit d'empêcher le dommage de se produire ou de prendre une ampleur évitable.

L'idée que sous-tend cette solution est qu'il vaut mieux prévenir que guérir (5). La réparation peut en effet s'avérer

(1) V. supra, p. 215, - b -.

(2) Sur ce rapprochement entre les notions de dommage imminent et de trouble manifestement illicite, v. supra, p. 193.

(3) V. Cass. Soc., 17 janv. 1979, Bull. V, n° 40, p. 30 ; rappr. P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1960. 711 : "la menace loin d'être éventuelle (doit avoir) une réalité suffisante pour appeler une protection préventive". V. aussi supra, p. 246.

(4) Par ex. T.G.I. Paris, réf., 19 oct. 1984, préc.

(5) Cf. T.G.I. Paris, réf., 25 fév. 1989, Tapie, préc. : il a été demandé au Président de dire que la diffusion du numéro spécial de l'Idiot International de mars 1989 "causerait à M. B. TAPIE un préjudice d'une exceptionnelle gravité qui ne pourrait être réparé de façon satisfaisante par la voie d'une action en diffamation". Rappr. M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, "Essai sur la notion de réparation", L.G.D.J., 1974, p. 204.

inadéquate (1) et plutôt que de tenter de compenser le préjudice une fois qu'il est réalisé, la protection des droits semble mieux assurée par l'exécution d'une mesure préventive (2). L'intervention du juge des référés est donc commandée par la nécessité "de préserver les droits litigieux d'un dommage imminent" (3).

Cette action préventive permet d'éviter la réalisation du dommage dans l'attente de l'instance principale (4).

Il est également possible que le juge du principal ne soit jamais saisi après que le juge des référés soit intervenu. Cela signifie que la mesure ordonnée par précaution par le juge des référés aura non seulement préservé les intérêts des parties dans l'attente d'une décision définitive, mais encore mis fin, par cette mesure préventive, à un litige qui aurait pu déboucher sur une instance au fond (5).

Nous avons vu que la notion de trouble manifestement illicite participe également de l'idée de prévention lorsque

- (1) G. VINEY, "Les obligations - La responsabilité : effets", L.G.D.J., 1988, n° 3, p. 4 et n° 10, p. 17. V. déjà R. LINDON, "Vie privée : un triple "dérapage""", J.C.P. 1970. I. 2336, n° 4, *in fine*.
- (2) V. G. BONET, préc., D. 1991. Chron., 9, spéc. p. 10, B, a ; J. RAVANAS, note sous Toulouse, 1ère Ch., 15 janv. 1991, préc., n° 16.
- (3) Toulouse, 1ère Ch., 15 janv. 1991, préc.
- (4) Ainsi, le juge des référés peut-il ordonner le sursis à la vente de documents litigieux (T.G.I. Paris, réf., 20 nov. 1987, préc.), ou d'objets (T.G.I. Paris, réf., 7 déc. 1988, préc.), jusqu'à la décision du juge du fond sur leur propriété.
- (5) Sur cette dualité de l'action du juge des référés, v. aussi infra, p. 324.

celui-ci risque d'entraîner un dommage imminent (1). C'est alors l'aspect préventif de l'art. 809, al. 1er, qui est mis en évidence (2) : si le dommage est déjà réalisé, il n'y a plus lieu, en principe, à référer.

Toute mesure destinée à faire cesser le préjudice doit être analysée comme une mesure de réparation (3). Or, il n'appartient pas au juge des référés, qui n'est pas saisi du principal, de réparer les conséquences d'un comportement illicite. Il ne peut que prévenir le dommage imminent.

Il est cependant possible que le dommage étant réalisé, la situation illicite qui en est la source se poursuive. Dans ce cas, l'intervention du juge des référés permet de sauvegarder les droits du demandeur en faisant cesser la permanence du trouble manifestement illicite (4). C'est, à la lecture de l'art. 809, al. 1er, la finalité première du référé fondé sur la notion de trouble manifestement illicite.

- 2 - La cessation du trouble manifestement illicite :

La situation illicite est par hypothèse déjà

(1) Cf. supra, p. 313.

(2) V. T.G.I. Paris, réf., 16 nov. 1976, J.C.P. 1977. II. 18701, obs. R. L. (saisie d'un ouvrage de presse prêt à être distribué) ; rappr. Paris, 1^{ère} Ch. A, 1er fév. 1984, D. 1984. I.R. 288, obs. Cl. COLOMBET ; comp. T.G.I. Paris, réf., 26 déc. 1975, préc., et les obs. R. L.

(3) V. M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, op. cit., p. 206-207.

(4) En agissant de la sorte, le juge peut incidemment être amené à prévenir le risque de l'aggravation du dommage déjà consommé et, en tout cas, à atténuer ses effets futurs, v. en ce sens M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, op. cit., p. 217, note (25), dans le texte.

réalisée. L'action du juge du provisoire consiste alors à empêcher l'illicite de s'installer (1) en ordonnant une mesure propre à faire cesser le trouble.

S'ajoute donc au rôle préventif du Président, guidé par l'imminence d'un dommage, une fonction qui permet de compléter sa démarche : supprimer le trouble illicite pour l'avenir (2).

Ici aussi, l'objet de l'intervention du juge n'est pas d'agir sur les conséquences du trouble, c'est à dire le préjudice, mais sur sa source (3). Il s'agit, pour le Président, de supprimer l'acte ou le fait illicite indépendamment du préjudice qui a pu ou qui pourra en découler. "La "cessation de l'illicite" est l'une des conséquences normale de l'action en responsabilité civile" (4).

Le législateur ne s'y est d'ailleurs pas trompé quand il distingue explicitement "la réparation du dommage subi" des mesures "propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée" (art. 9, al. 2 c. civ.) (5).

(1) Rappr. P. DRAI, préc., Gaz. Pal. 1987. 2. Doctr., 512.

(2) V. aussi P. KAYSER, préc., D. 1989. Chron., 11, n° 19, spéc. p. 21, col. de droite.

(3) V. M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, op. cit., p. 209 et s. ; v. aussi T. BRILL-VENKATASAMY, op. cit., p. 403 ; A. SERIAUX, op. cit., n° 146, p. 501. Sur ce principe d'intervention du juge des référés en matière de prévention du dommage imminent, v. supra, p. 313, - 1 -.

(4) G. VINEY, "Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : La loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs", J.C.P. 1988. I. 3355, I, B, 1, a ; v. aussi M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, op. cit., p. 135 et s., Titre II, v. surtout p. 209 et s.

(5) E. DURIEUX, "Manuel de Droit de la communication", L.G.D.J., 1991, p. 459 ; rappr. les art. 3 à 6 de la loi du 5 janv. 1988, v. G. VINEY, préc., J.C.P. 1988. I. 3355 ; J. CALAIS-AULOY, "Les actions en justice des associations de consommateurs", D. 1988. Chron., 193 ; adde art. 12, al. 2 de cette loi, ajouté par la loi n° 89-421 du 23 juin 1989, J.O. du 29 juin, p. 8047. V. aussi G. VINEY, op. cit., n° 11 et s., p. 18 et s.

Cette distinction revêt une importance particulière en matière de référé puisque la réparation du préjudice causé n'entre pas dans les prévisions de l'art. 809, al. 1er nouv. c. pr. civ. Le Président peut "faire cesser le trouble manifestement illicite", mais ses prérogatives ne comprennent pas le pouvoir de trancher le problème au fond en faisant cesser le préjudice (1).

Mettre un terme au trouble suppose que celui-ci soit continu. Car la constance de l'acte perturbateur implique l'idée d'une atteinte permanente aux droits du demandeur, distincte du préjudice qu'il peut éprouver. Ainsi, la victime d'une contrefaçon peut demander au juge des référés qu'il interrompe l'activité frauduleuse du contrefacteur, sans pour autant parler de l'action en réparation du préjudice subi dont elle dispose par ailleurs (2).

- (1) V. par ex. Paris, 14e Ch. C, 2 oct. 1986, D. 1989. somm. 32, obs. A. ROBERT : l'action "exercée pour faire cesser le trouble illicite (...) ne vise pas à faire trancher le principal, conformément à la définition du référé donnée à l'art. 484 nouv. c. pr. civ." ; rappr. P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 90, spéc. p. 75. Comp. A. SUPIOT, préc., Dr. soc. 1986. 535, spéc. p. 540, 1.
- (2) Rappr., s'agissant de "l'effet produit par la réalisation des travaux susceptibles de faire cesser une immissio illicite, dans les rapports de voisinage", M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, op. cit., p. 217 : le "préjudice subi avant la cessation de l'illicite ne peut être effacé, il se peut même qu'il se prolonge dans l'avenir, si nous supposons par exemple qu'un voisinage trop bruyant a provoqué dans la personne du demandeur une maladie nerveuse. Mais la réalisation des travaux, en supprimant l'immissio, tarit de manière radicale la source du préjudice. La cessation de l'illicite n'agit donc pas sur la matière du préjudice. Il y aurait alors réparation. Elle laisse intact le préjudice déjà réalisé et empêche seulement pour l'avenir le renouvellement du préjudice, la naissance d'un nouveau préjudice. Il ne saurait être question, ici, de réparation".

Il semble donc que si la transgression de la loi lato sensu a cessé, seul subsistera le préjudice qui en est résulté. La conséquence en est que, dans une telle circonstance, il ne peut plus y avoir lieu à référé. C'est ainsi que la Cour d'appel de Dijon, saisie sur renvoi après cassation dans l'affaire "Je vous salue, Marie", a estimé que le caractère manifestement illicite du trouble invoqué n'était pas établi, notamment parce que le film achevait "sa carrière commerciale dans l'indifférence". La Cour précise également qu'elle ne peut prendre en compte "à la date où elle statue, l'éventualité d'une diffusion télévisée qui constituerait, si elle intervenait, un fait nouveau pouvant faire l'objet d'un autre litige" (1). C'est dire qu'il y aurait place pour une nouvelle procédure en référé (2).

Lorsque le trouble consiste en une situation instantanée ou entièrement consommée, le juge des référés ne peut plus, par la force des choses, en ordonner la cessation.

Pourtant, on se souvient que dans l'affaire dite du "point de détail" (3), la Cour d'appel avait retenu que le trouble, né à l'occasion d'une émission radiophonique, n'avait pas véritablement pris fin et se poursuivrait jusqu'à la condamnation judiciaire de son auteur.

- (1) Dijon, aud. sol., 22 mars 1988, préc. ; v. aussi Paris, 1ère Ch. B, 19 juin 1987, préc. : le trouble et "le dommage en découlant se trouvent définitivement consommés (...) dans ces conditions, le dommage subi ne peut plus être réparé de manière effective que par l'allocation de dommages-intérêts".
- (2) V. Ph. BERTIN, note sous Dijon, aud. sol., 22 mars 1988, préc.
- (3) V. supra, p. 259 et s.

Par conséquent, il n'est pas à exclure qu'un trouble soit affecté d'une certaine permanence qui autoriserait le juge des référés à prendre des mesures de cessation. La solution est fondée. Elle repose sur l'idée que faire cesser un trouble, c'est aussi limiter ses effets futurs en rétablissant l'intérêt violé.

Cette conception paraît proche de la notion de réparation. Elle s'en distingue cependant en ce que contrairement à celle-ci, qui met simplement fin au préjudice, il s'agit ici de mettre un terme à la transgression elle-même (1). L'intérêt de cette solution est d'autant plus évident dans les cas où le préjudice causé ne serait pas réparé de manière adéquate par une action ultérieure au fond (2).

A côté de la fonction de réparation tenue par la responsabilité civile se dégage clairement, devant le juge des référés, son aspect, certes, de prévention (3), mais aussi de cessation du trouble illicite. La réalisation de l'objectif ainsi fixé au Président passe par le rétablissement de "l'intégrité du droit violé" (4).

- (1) Adde M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, op. cit., note (11), spéc. p. 213, troisième conception.
- (2) V. J. RAVANAS, op. cit., n° 412, p. 466. Ainsi, en cas d'atteinte à l'honneur réalisée par voie de presse, le droit de réponse se révèle comme la manière la plus efficace de faire cesser le trouble, v. G. BOLLEY, "Le droit de réponse en matière de presse", L.G.D.J., 1963, p. 10 ; P. AUVRET, obs. sous trois esp., préc. ; P. KAYSER, op. cit., n° 79-80, p. 91 et s. ; rappr. Paris, 1ère Ch., 27 oct. 1986, sous Ph. BERTIN, "De la "formule 1" à la formule exécutoire", Gaz. Pal. 1987. 1. Doctr., 95 ; infra, p. 326.
- (3) Cf. supra, p. 313, - 1 -.
- (4) J. RAVANAS, op. cit., n° 405, p. 455.

Cela explique que dans l'affaire du "point de détail", la Cour d'appel de Versailles ait ordonné à la fois une mise au point lors de la prochaine émission et l'allocation du franc symbolique en guise de provision à valoir sur la réparation du préjudice subi, tant au titre de l'alinéa second de l'art. 809, que de l'alinéa 1er (1) ! Ce faisant, la Cour a nettement marqué que la finalité de l'intervention du juge des référés était de faire cesser un trouble qui s'était poursuivi (2). Ces motifs, parfaitement adaptés aux circonstances de la cause, ne sont cependant pas sans susciter une légère appréhension. Car la distinction est parfois délicate à établir entre ce qui vise à réparer et ce qui cherche à faire cesser un trouble (3).

C'est en jouant sur cet aspect de la question que sept ressortissants du Cap-Vert ont demandé au juge des référés du T.G.I. de Paris, de faire cesser le trouble manifestement illicite résultant de leur expulsion, en condamnant le Ministre de l'Intérieur à organiser leur retour en France (4).

Comme le remarque le commentateur de l'ordonnance, tout en réfutant l'argument, on aurait pu soutenir que "le trouble provoqué par le rapatriement forcé des demandeurs au Cap-Vert se poursuivait et ne cesserait que par leur retour à Orly". Après tout, pourrait-on avancer, si l'allocation d'une provision peut servir à faire cesser un trouble manifestement

(1) Versailles, 14e Ch., 28 janv. 1988, préc.

(2) V. P. ESTOUP, "Le référé, verdict de culpabilité", Gaz. Pal. 1988. 1. Doctr., 203, spéc. p. 205, col. de gauche.

(3) Rappr. G. VINEY, op. cit., n° 11, p. 18.

(4) T.G.I. Paris, réf., 9 fév. 1988, préc.

illicite, pourquoi en irait-il autrement de l'exécution d'une obligation non sérieusement contestable ?

En réalité, en l'espèce, non seulement l'obligation semblait sérieusement contestable (1), mais le trouble avait bel et bien pris fin : la source du trouble est l'acte prétendument manifestement illicite ; la conséquence du trouble, l'expulsion réalisée (2).

On conçoit que l'ordonnance qui prescrit le versement d'une provision ou la publication de la décision, puisse avoir pour finalité la cessation d'un trouble manifestement illicite. Mais la condamnation du Ministre de l'Intérieur à organiser le rapatriement des Cap-Verdiens, elle, se serait apparentée à une réparation, puisqu'elle aurait tendu à la cessation des seules conséquences de la situation soi-disant illicite (3).

On s'aperçoit ainsi que la finalité du référé de l'art. 809, al. 1er, est déterminante quant aux mesures que le juge des référés peut prescrire.

B. LA FINALITE DE L'ARTICLE 809, ALINEA 1er, SE CONCRETISE DANS LES MESURES QUE LE JUGE DES REFERES PEUT ORDONNER :

Le texte fait état de "mesures conservatoires ou de remise en état". Leur analyse permettra de préciser la nature

- (1) La décision de non-admission ayant été prise, suivant les termes du Ministre de l'Intérieur, "par l'autorité compétente, dans des conditions et après une enquête qui ne prêtent à aucune critique".
- (2) V. aussi M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, op. cit., p. 211 ; rappr. Versailles, Ch. mixte vacations, 15 sept. 1987, D. 1987. I.R. 205.
- (3) V. aussi Ph. BERTIN, note sous T.G.I. Paris, réf., 9 fév. 1988, préc.

des mesures de l'art. 809, al. 1er, - 1 -.

Il faudra ensuite étudier la manière dont s'opère le choix des mesures, - 2 -.

- 1 - La nature des mesures de l'article 809, alinéa 1er :

Les mesures conservatoires et de remise en état apparaissent comme des mesures provisoires : ni les unes, ni les autres, ne modifient le fond du droit (1).

Les mesures conservatoires ont pour but de préserver le droit préexistant (2), d'en garantir l'exécution future (3). Elles réservent l'avenir sans modifier les rapports entre les parties (4). Il s'agit donc d'un acte de sauvegarde tourné vers l'avenir (5).

Inséparables de la procédure au fond dans le processus de laquelle elles s'inscrivent (6), les mesures conservatoires préparent ou accompagnent la procédure au fond. On peut dire qu'elles sont tournées vers la protection de l'effet utile de la décision principale à venir (7).

- (1) Ce qui ne les empêche pas d'avoir parfois d'importantes conséquences sur la situation de fait existante, v. notamment pour les mesures conservatoires, P.-A. PAGEAUD, "Un aspect de la sécurité juridique : l'acte conservatoire comme acte nécessaire", th. Poitiers, 1941, n° 209, p. 106. V. aussi *supra*, p. 217, note (1).
- (2) P.-A. PAGEAUD, op. cit., n° 135, p. 71.
- (3) V. Ph. JESTAZ, op. cit., n° 37, p. 33.
- (4) P.-A. PAGEAUD, op. cit., n° 31, p. 23 et n° 514, p. 202.
- (5) *Ibid.*, n° 167, p. 88.
- (6) Ch. DOUCET, op. cit., n° 249, p. 125.
- (7) Ch. DOUCET, op. cit., n° 34, p. 13 et n° 248, p. 125.

C'est ainsi que le juge des référés peut ordonner, entre autres mesures conservatoires (1), un inventaire (2), l'apposition de scellés (3), ou la nomination d'un administrateur provisoire (4). Sans oublier les mesures de séquestre (5), de saisie (6), ou encore, de façon plus générale, de suspension des effets d'un acte (7) ou les mesures destinées à figer provisoirement dans le temps une situation susceptible d'entraîner un dommage (8).

-
- (1) Sur les mesures conservatoires répondant à des conditions spécifiques, telle l'inscription d'hypothèques ou de priviléges, v. P.-A. PAGEAUD, op. cit., n° 348 et s., p. 151 et s. ; adde Cl. GIVERDON, préc., v° "Référés", Fasc. 234, n° 8. Adde la loi nouvelle sur les voies d'exécution, préc.
 - En pratique, l'appréciation qui sera réalisée pour ordonner ces mesures, ne sera cependant pas fondamentalement différente de celle qu'accomplit le juge des référés sur le fondement des textes que nous étudions.
 - (2) Qu'il peut aussi prescrire en vertu de l'art. 808 (v. Cass. Com., 8 mars 1988, préc., sur le fondement de l'art. 872), de l'art. 145 (v. Cass. Com., 5 nov. 1985, Bull. IV, n° 260, p. 218), voire de l'art. 5-1 c. pr. pén. (v. Cass. Civ. 1ère, 17 janv. 1990, deux arrêts, inédits, n° 88-16838 et n° 88-16845).
 - (3) Cf. Cass. Com., 2 oct. 1984, préc. ; Cass. Com., 22 juil. 1986, préc., Bull. IV, n° 184, p. 157.
 - (4) Cf. supra, p. 225.
 - (5) V. par ex. P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1960. 711, à propos T.G.I. Seine, réf., 16 juil. 1960, Gaz. Pal. 1960. 2. 179, qui refuse cette mesure alors qu'elle s'imposait de toute évidence pour prévenir une atteinte à la vie privée.
 - (6) V. R. PERROT, "Droit judiciaire privé", op. cit., p. 456 ; v. aussi P. KAYSER, op. cit., n° 195, p. 251.
 - (7) Par ex. Versailles, Ch. réunies, 6 juin 1984, préc. ; Paris, 1ère Ch. A, 27 janv. 1988, deux esp., préc. (suspension d'un préavis de grève). Il n'entre d'ailleurs pas dans les pouvoirs du Président d'annuler un acte, v. infra, p. 520, - 1 -.
 - (8) Par ex. Paris, 1ère Ch. A, 7 juil. 1988, préc. (défense d'inclure un reportage dans une émission) ; T.G.I. Paris, réf., 7 déc. 1988, préc. (sursis à une vente publique aux enchères) ; T.G.I. Versailles, réf., 27 juil. 1989, Gaz. Pal. 13-17 juil. 1993, p. 13 (suspension de travaux) ; Cass. Civ. 3e, 23 oct. 1991, préc. (suspension de travaux).

Les effets d'une mesure conservatoire peuvent être très vigoureux (1) et "amener le débiteur, gêné par les mesures prises, à abandonner une contestation dilatoire et à rechercher une solution immédiate au différend" (2).

Les mesures conservatoires, même si elles s'inscrivent dans le processus de la décision principale (3), peuvent donc aussi avoir pour effet d'éviter la procédure au fond.

Les mesures de remise en état visent à mettre une situation qui s'est trouvée modifiée "dans son état antérieur" (4). Cette notion se montre ainsi très proche de celle de réparation. Mais l'art. 809, al. 1er, rattache la notion de remise en état à un objectif, soit de prévention d'un dommage imminent, soit, et cela correspond souvent davantage au type de mesure demandée, de cessation d'un trouble manifestement illicite. Il n'est pas question pour le juge des références de réparer les conséquences du trouble. La réparation n'intervient que si la mesure prescrite afin de cessation du trouble laisse subsister le préjudice réalisé (5) et, bien sûr, uniquement devant le juge du principal.

Les mesures de remise en état auxquelles le juge des références peut recourir, sont fort nombreuses. Citons les exemples les plus marquants :

- Les mesures de défense, parmi lesquelles la

(1) V. Ph. JESTAZ, op. cit., n° 37 et s., p. 33 et s.

(2) Y. PALLARD, J.-Cl. analytique pr. civ. et com., v° "Mesures conservatoires", n° 1.

(3) Cf. supra, p. 322.

(4) Petit Robert, v° "Remise".

(5) M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, op. cit., p. 218.

suspension de la publication d'une brochure (1), la cessation d'une publicité illicite (2), l'arrêt immédiat d'une activité violant une clause de non-concurrence (3), la défense d'inclure un reportage dans une émission (4), ou encore, l'interdiction de l'apport de terre lorsque les remblais réalisés dépassent largement les limites fixées par l'art. R. 442-2 c. urb. (5). Dans le même ordre d'idées, le juge des référés peut ordonner l'enlèvement d'affiches, lorsque leur présence constitue le trouble de l'art. 809 (6).

- Les mesures de publication de l'ordonnance rendue (7), au sujet desquelles il a parfois été écrit qu'elles

- (1) V. Cass. Soc., 17 janv. 1979, préc.
- (2) V. Cass. Com., 19 janv. 1988, Bull. IV, n° 44, p. 31 ; T.G.I. Quimper, réf., 6 nov. 1992, Gaz. Pal. 19-20 mai 1993, p. 27, 2e ord. Adde S. GUINCHARD, "Vingt ans après : l'évolution des sanctions de la publicité mensongère", in Mél. A. CHAVANNE, Litec, 1990. 11, n° 13 et s.
- (3) V. Nancy, 2e Ch., 9 fév. 1987, D. 1988. somm. 178, 2e esp., obs. Y. SERRA.
- (4) V. Paris, 1ère Ch. A, 7 juil. 1988, préc.
- (5) V. Cass. Civ. 1ère, 14 mai 1991, Bull. I, n° 158, p. 104 ; v. aussi J. HUET, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1984. 520, à propos de T.G.I. Paris, réf., 24 avr. 1984.
- (6) V. T.G.I. Carcassonne, réf., 2 nov. 1990, J.C.P. 1991. II. 21601, obs. Cl. FRANCK : l'enlèvement de l'affiche "sauvage" en période électorale permet de faire cesser l'irrégularité en attendant que le juge électoral se prononce sur le fond, à savoir si le trouble a été "de nature à fausser l'issue de la consultation" (M. Cl. FRANCK). Rappr. Paris, 1ère Ch. A, 28 janv. 1992, D. 1992. I.R. 127, Rev. trim. dr. com. 1992. 609, obs. A. CHAVANNE : cet arrêt interdit la diffusion d'affiches, mais estime que leur confiscation et destruction excèdent les pouvoirs du juge des référés.
- (7) V. T.G.I. Paris, réf., 27 mars 1981, D. 1981. 324 ; T.G.I. Paris, réf., 20 nov. 1985, D. 1987. somm. 140, obs. D. AMSON, R. LINDON ; Cass. Civ. 2e, 23 oct. 1985, J.C.P.-E. 1986. I. 15064 ; Cass. Civ. 1ère, 17 nov. 1987, Bull. I, n° 301, p. 216 (art. 9 c. civ.) ; v. aussi Cass. Com., 5 fév. 1991, 2e esp., Bull. IV, n° 55, p. 37 ; DUBOIS DE PRISQUE, concl. sur Cass. Civ. 2e, 5 fév. 1992, préc. V. contra, Paris, 4e Ch., 20 déc. 1974, préc. ; T.G.I. Grenoble, réf., 9 mai 1984, Gaz. Pal. 1984. 1. 372 ; Nîmes, 2e Ch., 4 oct. 1990, J.C.P. 1991. II. 21694, obs. A. BALSAN.

risquaient, en présence d'une atteinte à la vie privée (1), de renouveler, voire d'aggraver le dommage causé (2). La publication de la décision peut néanmoins avoir un caractère satisfactoire pour la victime, puisqu'elle constate la faute du défendeur (3). Indépendamment de cet aspect satisfactoire, cette mesure peut avoir pour finalité première de mettre un terme au trouble dont se plaint la victime (4) et, à ce titre, elle est comprise dans les mesures de remise en état prévues par le texte (5).

Une mesure plus sévère n'est pas à exclure lorsque l'atteinte portée au demandeur le justifie, telle que la suppression des passages litigieux d'un livre (6) et, s'ils sont en nombre trop

- (1) Dans les autres cas, cette mesure, qui parfois se présente sous la forme de l'insertion d'un encart rectificatif, est de nature à faire cesser l'atteinte, v. les décisions citées dans la note précédente ; adde T.G.I. Paris, réf., 10 oct. 1984, D. 1984. I.R. 167 ; T.G.I. Paris, réf., 19 oct. 1984, préc. ; T.G.I. Paris, réf., 19 oct. 1990, préc. ; rappr. Versailles, 14e Ch., 28 janv. 1988, préc. ; v. aussi T.G.I. Paris, réf., 12 fév. 1991, Gaz. Pal. 1991. 1. 229 (insertion forcée d'un droit de réponse).
- (2) Par ex. Paris, 1ère Ch. A, 27 oct. 1986, D. 1987. somm. 140, obs. D. AMSON, R. LINDON : la société éditrice condamnée à une mesure de publication par le premier juge n'a pas hésité à souligner "combien elle s'honorait d'avoir été condamnée avec d'autres journaux" ; v. aussi P. FREMOND, op. cit., n° 413, spéc. p. 411, 3 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, "Les personnes", op. cit., 2e éd., 1992, n° 330, spéc. p. 121, 2.
- (3) V. P. KAYSER, op. cit., n° 205, p. 261.
- (4) Cf. supra, p. 318, in fine. Adde et rappr. T.G.I. Strasbourg, réf., 22 avr. 1993, Gaz. Pal. 23-24 juil. 1993, p. 23, note A. DAMIEN, qui assortit l'interdiction de la tenue d'une réunion d'une mesure de publication de l'ordonnance rendue.
- (5) Rappr. R. LINDON, préc., D. 1985. Chron., 61.
- (6) V. P. KAYSER, op. cit., n° 202, spéc. p. 259 ; v. aussi Y. CHARTIER, note sous T.G.I. Paris, réf., 14 mai 1985, Gaz. Pal. 1985. 2. 608, II, A, in fine.

important, une mesure de saisie (1).

– La délivrance de documents divers (2).

– L'évacuation de locaux (3).

– La démolition d'un immeuble (4).

– La réintégration de personnes évincées par un acte constitutif d'un trouble manifestement illicite (5).

Cette dernière hypothèse revêt une importance capitale en droit social :

Le droit à la "réintégration" ou, plus exactement, à "la continuation de l'exécution d'un contrat de travail" (6),

- (1) La saisie constitue également une mesure de remise en état destinée à faire cesser le trouble. On rencontre toutefois des décisions qui l'assimilent à une réparation en faisant état d'une "mesure nécessaire pour mettre un terme à un dommage", v. par ex. T.G.I. Paris, réf., 14 avr. 1972, préc.
- (2) Par ex. une attestation d'assurance pour la garantie légale, par le constructeur, v. Cass. Civ. 3e, 4 janv. 1991, Bull. III, n° 6, p. 4, J.C.P. 1991. IV. 74, ou encore, le refus de communiquer certaines informations à un distributeur, v. Cass. Com., 27 fév. 1990, préc.
- (3) Cf. supra, p. 208 et s.
- (4) V. J. HUET, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1988. 509.
- (5) V. la mesure de réintégration d'un médecin lorsque la clinique transfère unilatéralement son service dans un autre local : Cass. Civ. 1ère, 12 déc. 1978, Bull. I, n° 384, p. 299. Adde Question écrite n° 38161, J.O. du 6 juil. 1992, p. 3049, en matière de squatters.
- (6) Cass. Soc., 14 juin 1972, préc. ; J.-E. RAY, "La réintégration du gréviste illégalement licencié", Dr. soc. 1989. 349, note (5) ; J.-P. ROUSSE, préc., Gaz. Pal. 1974. 2. Doctr., 837. Sur la poursuite du contrat de travail en cas de refus, par le salarié, d'une modification substantielle de celui-ci, v. par ex. Cass. Soc., 23 sept. 1992, Bull. V, n° 477, p. 300.

n'est pas discutable dans le cas d'un licenciement irrégulier prononcé à l'encontre d'un salarié protégé (1).

Pour le salarié ordinaire, ce n'est que ces dernières années que l'idée d'une nullité pouvant entraîner la réintégration dans l'emploi est apparue dans les textes (2). Jusqu'alors, le principe était en effet essentiellement indemnitaire.

L'art. L. 122-14-4 c. trav. fait certes état d'une possibilité de réintégration du salarié, mais celle-ci n'est qu'une faculté, à la fois pour le juge et pour l'employeur qui restent libres de refuser cette mesure (3).

Le développement de cas de nullité de plein droit de

- (1) Cass. Soc., 14 juin 1972, préc., où la Cour qualifie le comportement de l'employeur de voie de fait ; Cass. Soc., 30 mai 1979, Bull. V, n° 480, p. 354 ; Lyon, 1ère Ch., 8 oct. 1981, préc. ; Cass. Soc., 3 déc. 1986, Bull. V, n° 570, p. 432 ; Cass. Soc., 10 juil. 1991, Bull. V, n° 356, p. 221 ; v. déjà T.G.I. Montpellier, réf., 17 nov. 1969, préc. ; T.G.I. Lyon, réf., 11 avr. 1973, J.C.P. 1973. IV. 6350, obs. J. A. ; T.G.I. Paris, réf., 27 déc. 1974, préc. ; rappr. Cass. Ch. mixte, 25 oct. 1968, deux esp., D. 1968. 706 ; Cass. Ch. mixte, 21 juin 1974, J.C.P. 1974. II. 17801, concl. A. TOUFFAIT ; v. aussi P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 197, p. 154 ; R. PERROT, préc., Gaz. Pal. 1974. 2. Doctr., 895, n° 26 et art. préc., in Mél. P. HEBRAUD, Toulouse, 1981, p. 645, n° 9 ; J. RIVERO, J. SAVATIER, op. cit., p. 202-203, D, a ; A. SUPIOT, op. cit., p. 512 et s. ; du même auteur, art. préc., Dr. soc. 1986. 535, spéc. p. 540, 1. Sur la solution contraire s'agissant d'un salarié ordinaire, v. entre autres ex., Cass. Soc., 1er juin 1983, Bull. V, n° 298, p. 211 ; Cass. Soc., 4 mars 1987, inédit, n° 84-42604.
- (2) Par ex. art. L. 123-5 c. trav. ; v. J.-E. RAY, "Le nouveau droit du licenciement (1985-1987)", Dr. soc. 1987. 664, spéc. 666, B. Adde M. HENRY, "Pour des droits effectifs", Dr. ouvr. 1991. 155.
- (3) V. cep. G. LYON-CAEN, J. PEILLISSIER, op. cit., n° 293, p. 266.

licenciements dans la législation (1), a donné toute son importance à la mesure de réintégration ordonnée en référé (2). Il est cependant indispensable de caractériser l'existence d'un trouble manifestement illicite pour pouvoir ordonner cette mesure de remise en état. A défaut d'évidence, point de réintégration (3).

Partant, il semble que la mesure de remise en état que constitue la réintégration du salarié ordinaire cède normalement devant l'absence d'évidence du caractère illégal du licenciement, de la même manière qu'elle ne peut être ordonnée par le juge dans le cas du licenciement abusif de l'art. L. 122-14-4 c. trav.

On peut tout de même se demander si cette mesure ne pourrait pas être prescrite à titre conservatoire dans ces deux cas.

- (1) Cf. l'art. L. 122-45 c. trav., qui prévoit la nullité de plein droit du licenciement fondé sur certains motifs dont, depuis la loi du 25 juil. 1985, l'exercice normal du droit de grève. La mesure de réintégration apparaît ainsi comme une conséquence de l'évidence de la nullité de l'acte, v. G. COUTURIER, op. cit., n° 137, p. 236.
- (2) Cf. antérieurement, Cass. Soc., 31 mars 1982, Bull. V, n° 246, p. 182, Dr. soc. 1983. 225, note J. SAVATIER : "le licenciement pour faits de grève n'est pas nul mais peut seulement donner lieu à des dommages-intérêts à la charge de l'employeur si le salarié n'a pas commis de faute lourde ; (...) la réintégration de celui-ci dans son emploi ne peut être que proposée par les juges du fond en application de l'article L. 122-14-4" c. trav. La Cour en a déduit que le juge des référés n'avait pas plus de pouvoirs que les juges du principal. Depuis la loi du 25 juil. 1985 modifiant l'art. L. 122-45 c. trav., le juge des référés peut ordonner "la poursuite du contrat de travail, qui n'avait pu être valablement rompu", v. Cass. Soc., 26 sept. 1990, Bull. V, n° 387, p. 233. Adde G. LYON-CAEN, "La compétence du juge des référés", Dr. ouvr. 1986. 203 ; v. aussi H. SINAY, préc., D. 1989. Chron., 297, spéc. p. 298 ; v. cep. Riom, 4e Ch., 15 avr. 1986, Dr. ouvr. 1986. 204, concl. P. CHIROL, note M. HENRY.
- (3) V. G. COUTURIER, "La réintégration des salariés non spécialement protégés - actualité ou prospective ? -", Dr. soc. 1981. 248, n° 25 et s.

Dans l'hypothèse visée par l'art. L. 122-14-4 c. trav., on refuse généralement au juge des référés le pouvoir d'ordonner la réintégration au motif que ce magistrat ne saurait avoir plus de pouvoirs que le juge du principal. La solution repose donc sur l'idée que le juge du fond ne peut que proposer et non pas imposer la réintégration des salariés ordinaires (1). La question est alors de savoir si l'on peut "dissocier même à titre provisoire, mesure provisoire et réparation" (2) et s'il serait utile de le faire.

La dissociation des pouvoirs du juge des référés et du juge du principal semble s'imposer. Car l'intervention du premier a pour objet de préparer le terrain sur lequel évoluera le second. Or, si l'on dénie au juge des référés le pouvoir d'ordonner une mesure de réintégration à titre conservatoire, il est plus que probable que la mesure prévue par l'art. L. 122-14-4, soit dénuée de tout intérêt au jour où le juge du fond statuera (3).

Dans le cas d'un licenciement susceptible de tomber sous le coup d'une nullité de plein droit, la doctrine a souhaité que le juge se reconnaîsse le pouvoir d'ordonner la réintégration, afin d'attribuer "la charge de l'attente" à l'employeur (4).

(1) Par ex. Cass. Soc., 31 mars 1982, préc. ; v. aussi J.-E. RAY, préc., Dr. soc. 1989. 349 ; H. SOLUS, R. PERROT, op. cit., t. III, n° 1292, spéc. p. 1094.

(2) V. J.-M. SPORTOUCH, préc., Dr. soc. 1987. 503, spéc. p. 506, col. de droite.

(3) A. SUPIOT, préc., Dr. soc. 1986. 535, spéc. p. 542, col. de droite. V. contra, J. RISTAINO, note sous Cass. Soc., 30 mai 1990, préc.

(4) V. G. COUTURIER, préc., Dr. soc. 1981. 248, n° 30 et s. ; v. du même auteur, "Annuler les actes illicites, la réintégration obligatoire", R.P.D.S. 1988. 45, spéc. p. 52, col. de droite ; v. aussi A. SUPIOT, préc., Dr. soc. 1986. 535, spéc. p. 542, col. de droite.

On peut effectivement estimer qu'en attendant la décision au fond, le juge des référés doit avoir la possibilité "d'apprécier si le risque de laisser se prolonger une mesure gravement dommageable susceptible de constituer une voie de fait n'est pas plus grand que la contrainte imposée temporairement à l'autre partie de ne pas s'approprier le droit litigieux qu'elle revendique (...)" (1).

Les mesures de remise en état de l'art. 809, al. 1er, tournées vers la cessation de l'acte perturbateur, présentent ainsi sous certains aspects l'apparence de mesures qui se veulent conservatoires par leur objet (2). Une mesure, a priori de remise en état, peut donc voir sa nature influée par l'aspect conservatoire qui commande son exécution (3). D'ailleurs, les mesures de remise en état citées plus haut en guise d'illustration des moyens mis à la disposition du juge des référés, sont toutes de nature à prévenir la réalisation

(1) M. HENRY, note sous Riom, 4e Ch., 15 avr. 1986, préc.

(2) Rappr. Ph. JESTAZ, op. cit., n° 33, p. 30 ; J.-R. MIRBEAU-GAUVIN, préc., D. 1989. Chron., 39, n° 2 ; P.-A. PAGEAUD, op. cit., n° 52, spéc. p. 41 : "le but poursuivi est le seul décisif pour donner sa signification juridique à l'acte accompli", v. aussi n° 117, spéc. p. 66, n° 163, p. 83 et n° 402, p. 166.

(3) Rappr. T.G.I. Verdun, réf., 14 mars 1974, préc., qui, compte tenu de la rédaction des textes du nouveau Code relatifs au référé, telle qu'elle ressort du décret de 1973, prescrit "la mesure conservatoire qui s'impose, à savoir la réintégration (...)".

d'un dommage ou, plus souvent, son aggravation (1).

Ce sentiment est renforcé à la lecture de décisions qui accordent au juge des référés le pouvoir d'ordonner des mesures qui relèvent a priori de l'art. 809, al. 2, au titre de la remise en état visée par l'art. 809, al. 1er.

Nous avons déjà rencontré l'hypothèse de l'allocation d'une provision symbolique destinée à faire cesser un trouble (2). Si la provision accordée va au-delà de ce caractère symbolique, il semble que l'on passe d'un texte (l'art. 809, al. 1er) à un autre (l'art. 809, al. 2), puisqu'on sera proche de l'exécution d'une obligation non sérieusement contestable. Pourtant, s'il s'agit là de la mesure la mieux adaptée à la réalisation de la finalité de l'art. 809, al. 1er, l'efficacité de ce texte

(1) Ainsi, si le 28 janv. 1992, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 1ère Ch. A, préc., a interdit la diffusion d'affiches présentant un caractère manifestement illicite, c'est aussi parce que ces affiches, destinées à discréditer des marques de cigarettes, risquaient de freiner les ventes réalisées par les sociétés demanderesses. De la même manière, les remblais effectués dans l'affaire portée devant la 1ère Ch. de la Cour de cassation le 14 mai 1991, préc., étaient non seulement constitutifs d'un trouble manifestement illicite, mais "de nature à causer une atteinte grave à l'environnement (en) dénaturant le site". V. aussi P. ESTOUP, "La pratique des procédures rapides", op. cit., n° 91, spéc. p. 76 : "toute mesure de remise en état a nécessairement un aspect conservatoire".

(2) V. supra, p. 320 (aff. du "point de détail").

commande de prescrire le versement d'une telle provision (1).

La solution n'est pas différente lorsque la mesure adéquate consiste en l'exécution d'une obligation :

Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 26 février 1991, on se souvient que la société venderesse avait refusé de livrer certains modèles de pulvérisateurs à une seconde société, au motif qu'ils étaient nouveaux et n'entraient pas dans le cadre défini par le contrat. La Cour d'appel avait néanmoins ordonné l'exécution de la commande aux conditions du contrat, pour prévenir "un préjudice grave et imminent". La Cour de cassation a approuvé les juges d'appel, d'une part, en ce qu'ils ont retenu que les relations contractuelles qui unissaient les deux sociétés étaient plus que "celles d'un vendeur et d'un acheteur" et conféraient à la seconde des droits particuliers à l'égard de la première et, d'autre part, en ce qu'ils ont ordonné la mesure qui leur a paru s'imposer à titre conservatoire, en l'occurrence, l'exécution de la livraison (2).

(1) V. Cass. Civ. 2e, 23 oct. 1991, Bull. II, n° 280, p. 146 : "la demande de provision était destinée à permettre l'exécution de travaux confortatifs urgents" pour remédier aux désordres causés à l'immeuble d'une personne par la démolition d'un immeuble voisin. V. déjà Cass. Civ. 2e, 21 avr. 1982, préc. : les acquéreurs d'un immeuble ayant constaté le manque d'étanchéité des toitures, ont demandé une provision pour l'exécution de travaux de remise en état. Déboutés de leur demande en première instance, ils obtinrent gain de cause devant la Cour d'appel. Le pourvoi formé devant la Cour de cassation ne modifia pas la solution, la demande présentée par les acquéreurs n'étant, "sous une autre forme, que l'exercice du droit de demander au juge des référés, en vertu de l'article 809, alinéa 1er, du nouveau Code de procédure civile, les mesures de remise en état qui s'imposaient".

(2) Cass. Com., 26 fév. 1991, préc.

Le juge du fond résoudra quant à lui la difficulté sérieuse tenant tant à l'interprétation des correspondances échangées qu'à la qualification de modèles "nouveaux" ou "anciens améliorés" de pulvérisateurs.

Dans l'attente de cette décision et pour éviter un dommage inéluctable compte tenu de l'exclusivité prévue au contrat, le juge des référés ordonne toutes les mesures qu'il estime devoir s'imposer. En l'espèce, la poursuite de l'exécution du contrat était d'autant plus nécessaire que les difficultés soulevées et le dommage qui menaçait étaient sérieux (1).

Par suite, les mesures prévues par l'art. 809, al. 2, ne sont pas exclusivement réservées aux situations que régit ce texte. Suivant la finalité qu'elles poursuivent, elles peuvent aussi relever de l'alinéa 1er de cet article.

Il est intéressant de remarquer que le cas échéant, elles apparaissent aussi alors que c'est l'art. 808 nouv. c. pr. civ. qui est invoqué :

Un Groupement Agricole d'Exploitation en Commun (le G.A.E.C.), membre coopérateur d'une société Coopérative Agricole de Laiterie (la C.A.L.), a cessé ses livraisons de lait en prétextant que la C.A.L., en cédant la totalité de son actif à une autre société, avait perdu toute existence juridique. La Cour d'appel, confirmant la décision de première instance, a été d'un avis différent et a déclaré qu'en réalité, la C.A.L. avait, à la date de l'introduction de l'instance, "une personnalité et une existence juridique réelle, concrétisée par

(1) On retrouve aussi dans cet arrêt l'idée que "foi est due au titre", v. aussi supra, p. 236.

ses organes de direction". En conséquence de quoi la Cour a rejeté "les arguments de l'appelant selon lesquels la Coopérative aurait disparu pour "fusion dissimulée" avec d'autres unions de coopératives".

Se fondant sur la nécessité qu'il y avait pour la C.A.L. de recevoir ses livraisons aux échéances prévues et sur le fait que le G.A.E.C. a cessé celles-ci "sans fournir aucune explication de sa carence", la Cour d'appel a considéré que l'existence de ce différend justifiait l'obligation d'exécuter les engagements contractuels acceptés (1).

En définitive, on n'est pas très éloigné de la notion de dommage imminent.

La finalité des textes et en particulier celle de l'art. 809, al. 1er, ici étudiée, permet, lorsque la situation l'exige (2), d'ordonner toutes les mesures nécessaires, même celles expressément prévues et apparemment réservées au seul alinéa second de ce même texte.

La volonté de prévenir le dommage imminent ou de faire cesser le trouble manifestement illicite (3) justifie ainsi la palette extrêmement diversifiée des mesures que le juge des référés peut prescrire.

A la différence de l'art. 809, al. 2, où le Président ordonne, par provision, l'exécution d'une obligation non sérieusement contestable, l'art. 809, al. 1er, l'autorise à prescrire toute

(1) La Cour de cassation n'a pas été d'un avis différent, v. Cass. Civ. 1ère, 15 nov. 1988, préc.

(2) Sur le choix des mesures qui s'imposent, v. infra, p. 336, - 2 -.

(3) Voir de contenir une situation dans l'attente d'un règlement définitif du différend sur le fondement de l'art. 808 nouv. c. pr. civ., cf. Cass. Civ. 1ère, 15 nov. 1988, préc.

mesure destinée à prévenir un dommage imminent ou à faire cesser, pour l'avenir, un trouble en cours. Toute mesure de **sauvegarde** (ce qui conforte l'appellation du référé de l'art. 809, al. 1er) peut être employée par le juge des référés.

Devant un éventail aussi large des possibilités qui s'offrent à lui pour réaliser la mission qui lui est confiée par le texte, le juge du provisoire se trouve confronté à la question du choix des mesures "qui s'imposent".

- 2 - Le choix des mesures :

Il appartient au juge des référés d'opter, parmi les mesures qui relèvent de son pouvoir (1), pour "la mesure adéquate, au moment opportun, sans perdre de vue l'objectif visé" (2).

Le choix de la mesure qui s'impose est gouverné par la recherche d'un équilibre entre les intérêts légitimes des plaideurs (3). Bien que le Président parvienne à la conclusion que le trouble est manifestement illicite ou que le dommage est imminent, c'est en définitive la pesée des intérêts en présence qui dicte la décision du juge quant à l'adoption de telle mesure par préférence à telle autre (4).

(1) Ce qui exclu, par ex., l'annulation d'un acte, v. infra, p. 520, - 1 -.

(2) J.-R. MIRBEAU-GAUVIN, préc., D. 1989. Chron., 39, n° 18, in fine.

(3) V. Cass. Civ. 1ère, 29 oct. 1990, préc. ; T. com. Paris, réf., 2 avr. 1990, Rev. jurisp. com. 1990. 204, note D. SCHMIDT ; v. aussi T.G.I. Paris, réf., 19 oct. 1990, préc. ; Ph. BERTIN, "Des larmes de crocodile", Gaz. Pal. 1987. 1. Doctr., 343, note (1) ; J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1981. 440-441.

(4) V. par ex. Cass. Civ. 2e, 21 janv. 1987, préc.

Une fois encore, c'est le degré de sérieux de la contestation qui va graduer les mesures que le Président va prescrire. Plus la mesure retenue est contraignante pour celui contre lequel elle est exécutée, plus il est important que des raisons sérieuses l'imposent (1).

Le choix de la mesure résulte alors d'une comparaison entre le préjudice qui découlerait de son exécution pour la partie condamnée et celui que causerait au demandeur la poursuite de l'acte ou de la situation dénoncée (2). Cette nécessaire confrontation, qui se présente dans toutes les affaires, est encore davantage perceptible lorsque s'opposent deux libertés aussi fondamentales que la liberté d'expression et le respect de la personnalité d'autrui (3).

(1) V. J. NORMAND, préc., Dr. soc. 1980, Sp. 49 et obs. in Rev. trim. dr. civ. 1980. 602 et 1981. 896 ; v. aussi G. COUTURIER, préc., Dr. soc. 1981. 248, n° 32, in fine.

(2) V. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1980. 604.

(3) Seule une atteinte d'une "exceptionnelle gravité qu'aucune réparation ultérieure ne pourrait compenser" justifie une mesure aussi draconienne qu'une saisie, v. E. DERIEUX, op. cit., p. 460 ; B. TEYSSIE, op. cit., "Les personnes", n° 36 et s., p. 31 et s., surtout n° 37, spéc. p. 33, in fine ; v. aussi supra, p. 309, in fine, et s. Rappr. Paris, 1ère Ch. A, 11 juin 1986, préc. : la Cour ordonne "la mise sous séquestre pendant un an (...) des sommes correspondant au nombre d'exemplaires du livre de Christine Villemin qui ont été ou seront vendus, multiplié par 58 francs (prix public du livre)" ainsi qu'une "mission de constat dont les résultats pourront servir éventuellement à la détermination, par les juges du fond, du préjudice subi par les consorts Laroche et Bolle". Tout en évitant la saisie pour assurer la liberté d'imprimerie, la Cour garantit, par ces mesures, l'indemnisation des personnes mises en cause par l'ouvrage pour le cas où les juges du fond viendraient à retenir la responsabilité de l'auteur.

Comp. T.G.I. Paris, réf., 23 juin 1984, Rev. trim. dr. civ. 1985. 439, obs. J. NORMAND : le Président refuse la saisie mais souhaite une remise en état volontaire, "incitée" par le prononcé d'une astreinte de 40 francs par numéro à titre de dommages-intérêts provisionnels.

Chaque affaire invite le juge des référés à décider de ce qui lui paraît être le plus approprié (1). Le principe est ici celui de la souveraineté du Président (2). Ce qui domine le référé, c'est l'imperium du juge, qui est totalement libre quant à la mesure à prendre (3). C'est en effet dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des mesures propres à prévenir un dommage imminent ou à faire cesser un trouble manifestement illicite, que le juge du provisoire se prononce (4). Cette solution confère au Président "une grande marge de liberté (indispensable) pour choisir le moyen le plus adéquat pour supprimer la cause du trouble" (5), ou prévenir le dommage imminent.

Si aux termes du texte les mesures doivent s'imposer, c'est

(1) V. Cass. Civ. 1ère, 9 mai 1990, préc.

(2) V. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1985. 439 ; v. aussi A. PERDRIAU, préc., J.C.P. 1988. I. 3365, n° 32 ; rappr. pour une solution identique quant au choix du mode de réparation, M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, op. cit., p. 277.

(3) A la limite, le juge des référés pourrait refuser d'ordonner la mesure réclamée. Le plaigneur n'a pas, en effet, de droit subjectif à ce que le juge des référés prenne une mesure : le Président peut ordonner les mesures nécessaires. La réunion des conditions de l'art. 809, al. 1er (la solution vaut également pour les autres textes relatifs au référé), n'impose pas au juge des référés le devoir de prescrire une mesure. Rappr. Versailles, 14e Ch. civ., 13 fév. 1991, Gaz. Pal. 1991. I. 271, note P. ESTOUP ; M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, op. cit., p. 231 (en matière de contrefaçon de brevets d'invention). Il ne doit cependant pas en résulter une contradiction entre les motifs et le dispositif de la décision (par ex. constatation du trouble manifestement illicite mais débouté du demandeur, v. Cass. Com., 20 janv. 1987, Bull. IV, n° 19, p. 13).

(4) V. sur ce point, Cass. Civ. 2e, 11 oct. 1989, préc. ; rappr. Cass. Civ. 2e, 21 juil. 1986, préc., Bull. II, n° 119, p. 82 ; v. aussi Cass. Com., 10 fév. 1987, Bull. IV, n° 40, p. 30 ; J.-P. ROUSSE, préc., Gaz. Pal. 1977. I. Doctr., 249, spéc. p. 251, col. de droite, in fine.

(5) A. SERIAUX, op. cit., n° 147, p. 503.

pour ajouter à la prudence du Président, pour qu'il adapte le plus parfaitement possible la mesure qu'il prononce au but recherché (1). On a même vu la Cour de cassation rappeler ce principe à une Cour d'appel qui, statuant en référé, avait saisi un roman sur tout le territoire français sans caractériser la proportionnalité de cette mesure au but poursuivi et, partant, sa nécessité (2).

Le rapport de la Cour de cassation pour l'année 1989 (3), nous apprend que s'il a "jusqu'à présent toujours été admis que le choix de la "mesure qui s'impose" relevait du pouvoir souverain des juges des référés, qui en usent d'ailleurs habituellement comme d'un pouvoir discrétionnaire", la Première chambre civile ne faisait qu'y apporter, "en matière de liberté d'expression, une exception tirée de l'article 10-2 de la Convention européenne des droits de l'Homme (...)" . Ce texte prévoit que l'exercice de la liberté d'expression peut être soumis à certaines restrictions "qui constituent des **mesures nécessaires** (notamment) à la protection de la réputation ou des droits d'autrui".

Mais où se situe la différence, de l'art. 10-2 de la Convention ("mesures nécessaires") à l'art. 809, al. 1er nouv. c. pr. civ. ("mesures qui s'imposent") ? Et mieux encore, de

- (1) A. PERDRIAU, préc., J.C.P. 1988. I. 3365, n° 32 ; v. aussi T.G.I. Paris, réf., 28 juin 1974, D. 1974. 751, 1ère esp., note R. LINDON (limitation de la saisie d'un journal à un arrondissement de Paris) ; rappr. Paris, 1ère Ch. A, 18 déc. 1987, D. 1988. I.R. 24 ; P. KAYSER, op. cit., n° 201, spéc. p. 257 ; J. RAVANAS, op. cit., n° 413, p. 467.
- (2) Cass. Civ. 1ère, 31 janv. 1989, Bull. I, n° 47, p. 30.
- (3) Année 1989, p. 343.

cet art. 10-2 à l'art. 484 du nouveau Code (le juge des référés ordonne "immédiatement les **mesures nécessaires**") ?

La Cour de cassation a néanmoins censuré la décision de la Cour d'appel pour Violation de la loi.

Les faits de l'espèce étaient certes propices à une cassation, d'autant qu'ils permettaient d'insister sur la prudence particulière qui doit animer le juge des référés lorsque la liberté de la presse est en cause (1). Mais si la solution devait annoncer une modulation du "poids du contrôle (que la Cour de cassation) entend exercer à l'avenir" (2), il serait peut être opportun que la Cour adopte une position similaire concernant l'appréciation de la notion de dommage imminent et du caractère manifestement illicite du trouble (3).

-
- (1) En ordonnant une mesure de saisie, le Président risque en effet d'obérer gravement les finances de l'éditeur. L'objection à l'intervention du juge des référés tirée de l'existence de la loi de 1881 sur la liberté de la presse, même si elle apparaît moins dirimante depuis la loi du 17 juil. 1970 (v. supra, p. 297), n'est certainement pas totalement absente de la décision de la Cour de cassation d'exercer un contrôle en matière de liberté d'expression.
- (2) Rapport de la Cour de cassation, Année 1989, p. 344.
- (3) Cf. supra, p. 261, - 2 -.

C O N C L U S I O N D U C H A P I T R E

Dans le cadre de l'art. 809, al. 1er du nouveau Code, l'utilisation de formules différentes de celles employées par l'art. 808, a dégagé une certaine autonomie de ce premier texte par rapport aux conditions fixées par le second. Ceci explique pourquoi les plaideurs assignent fréquemment leurs adversaires sur le double fondement des art. 808 et 809, puisque cela leur permet de limiter les risques d'une ordonnance de renvoi au principal (1).

On peut cependant constater une "indéniable interférence des conditions et l'analogie des mesures qui peuvent être prises par le juge" (2).

Malgré "une spécification plus précise des mesures que le juge des référés peut prendre" (3), le référé de l'art. 809, al. 1er, conserve toutes les caractéristiques propres à la juridiction présidentielle.

Lorsqu'il statue sur le fondement de ce texte, le Président est encore le juge du provisoire.

Cela n'est pas pour étonner, puisque l'objectif recherché par

(1) V. P. BONDUAIRE, préc., Fasc. A, v° "Référés", n° 113.

(2) P. BONDUAIRE, préc., Fasc. A, v° "Référés", n° 114.

(3) R. PERROT, préc., Gaz. Pal. 1974. 2. Doctr., 895, n° 22, in fine ; rappr. J.-F. BOIRON, J. NORMAND, préc., v° "Référé", n° 22 : l'art. 808 permet de prescrire "toutes les mesures (...)" . "Il s'agit, notamment (art. 809 et autres textes parallèles), des "mesures conservatoires ou de remise en état (...)" .

les réformes successives a été de permettre au juge des référés de toujours intervenir en fonction de l'évidence de la situation. Les pouvoirs octroyés au Président par l'art. 809, al. 1er, sont ainsi une manière à l'inciter à vérifier, - existence ou non d'une contestation sérieuse -, s'il y a place pour une mesure de sauvegarde.

C H A P I T R E 2

La recherche de l'accord des parties :
conciliation et médiation judiciaire

L'histoire, comme la pratique quotidienne des juridictions, tend à démontrer que les magistrats s'accordent parfaitement avec le fort mouvement d'opinion en faveur de la recherche d'une solution amiable lorsqu'un litige naît.

L'historique de la conciliation judiciaire n'est pas propre à la formation des référés et nous n'en conserverons que certaines dates qui nous permettront de constater que cette propension à favoriser la conciliation suivant le principe qu'il "vaut mieux s'entendre que plaider" a été et demeure aujourd'hui encore une préoccupation de premier plan.

Si la forme classique du lien d'instance se caractérise par une relation triangulaire mettant aux prises les plaideurs, confrontés à leur juge, la décision judiciaire a néanmoins toujours été considérée comme un "mode extrême de règlement des différends" (1). La tendance libérale découlant de la pensée révolutionnaire a imposé l'idée que la fraternité étant supérieure à la contrainte, le recours à un procédé d'arbitrage constitue le "moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens" (art. 1er de la loi des 16 et 24 août 1790 ; l'art. 2 de cette loi autorisant l'arbitrage "dans tous les cas et en toutes matières sans exception") (2). Aussi, les nombreuses tentatives qui poursuivent la mise en place du "paradigme de justice" que symbolise la conciliation (3) jalonnent l'évolution historique de notre droit.

(1) P. BELLET, "Les conciliateurs en France", in Coll. Pau, 1981, Economica, 1983, p. 37 et s.

(2) Sur la période révolutionnaire, v. A. GOUTET, "De la conciliation en matière civile", th. Paris, 1936, p. 10 et s.

(3) F. RUELLAN, préc., J.C.P. 1990. I. 3431.

Toutefois, si cette manière de résoudre une querelle apparaît souvent comme primordiale, tant pour le justiciable (1) que pour le législateur, la doctrine ou le juge (2), l'examen de la pratique des juridictions a parfois révélé une relative distance entre les espoirs de chacun et la réalité des faits.

Ainsi, si la loi des 16 et 24 août 1790 avait instauré un préliminaire obligatoire de conciliation pour toutes les affaires relevant de la compétence des tribunaux de district (3), institution consacrée par les art. 48 à 58 c. pr. civ. (4), le peu d'enthousiasme dont firent preuve les plaideurs conduisit en 1949 à la suppression de ce procédé, qu'on avait pris l'habitude de nommer "la grande conciliation", exception faite de certaines juridictions (conseils de prud'hommes, juges de paix, tribunaux paritaires de baux ruraux) et des textes spéciaux (par exemple, en matière de divorce) (5).

A l'inverse, la "petite conciliation" pratiquée pour les affaires venant en justice de paix n'était pas, à l'origine,

- (1) N. BONNART-PONTAY, "Le règlement des litiges en dehors des tribunaux : l'expérience des conciliateurs en France", in Coll. Pau, 1981, Economica, 1983, p. 45 et s. Rappr. R. PERROT, préc., Rev. int. dr. comp. 1977. 659, n° 9, p. 668, a.
- (2) G. BOLARD, "De la déception à l'espoir : la conciliation", in Mél. P. HEBRAUD, Toulouse, 1981, p. 47 ; Ph. BONNET, préc., J.C.P. 1979. I. 2949 ; P. ESTOUP, "La Justice française", Litec, 1989, p. 172 ; A. GOUTET, op. cit.
- (3) La nécessité de procéder à une tentative de conciliation a été renforcée par l'art. 6 de la Constitution de 1791, les art. 86 et s. de la Constitution de 1793 et l'art. 215 de la Constitution de 1795 : "Les Constitutions de la France depuis 1789", Garnier-Flammarion, Paris, 1970, p. 59, 89 et 125 ; A. GOUTET, op. cit., p. 13.
- (4) V. P. CUCHE, J. VINCENT, op. cit., n° 310, p. 325.
- (5) Loi n° 49-178 du 9 fév. 1949, J.O. du 10 fév., p. 1499.

obligatoire ; c'est la pratique des juges de paix qui lui a progressivement conféré ce trait (1). L'attitude ainsi adoptée par ces magistrats a été consacrée par l'art. 17 de la loi du 25 mai 1838, avec un caractère facultatif dans un premier temps, puis obligatoire avec l'intervention de la loi du 2 mai 1855. Mais lorsqu'en 1958 la réforme de l'organisation judiciaire a substitué des tribunaux d'instance aux justices de paix, la part de la conciliation dans l'activité de ces juges s'est rapidement trouvée considérablement amoindrie, à telle enseigne que le décret n° 75-1122 en date du 5 décembre 1975 (2) est venu supprimer le préliminaire obligatoire de conciliation devant ce juge.

S'il est probable que ce phénomène traduise essentiellement l'influence de la psychologie sur le droit (3), il faut se féliciter du mouvement inverse qui s'est enclenché depuis. La mission de conciliation est désormais ressentie comme essentielle chez un nombre croissant de magistrats (4). L'aboutissement de cette souhaitable évolution revêt toute son importance en référé.

(1) H. GUERARD, "Manuel Technique de la justice de paix", éd. 1955-1956, Librairies Techniques, 1955.

(2) J.O. du 9 déc. 1975, p. 12518.

(3) P. ESTOUP, "Conciliation judiciaire et extra-judiciaire dans les tribunaux d'instance", Gaz. Pal. 1986. 1., Doctr., 288 : "... les nouveaux juges d'instance ont tenu à prouver qu'ils étaient (...) "de la même farine" que les juges de grande instance.

Ils ont voulu, comme eux, se comporter en techniciens du droit...".

(4) P. ESTOUP, préc., Gaz. Pal. 1986. 1. Doctr., 288 ; "Etude et pratique de la conciliation", D. 1986. Chron., 161 ; "La conciliation judiciaire. Avantages, Obstacles et Perspectives", Gaz. Pal. 1989. 1. Doctr., 299.

S'il entre, avec les textes actuels, dans la mission du juge de trancher "le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables" (art. 12, al. 1er nouv. c. pr. civ.), **le juge est aussi un conciliateur** (art. 21 et 127 et s., nouv. c. pr. civ.) (1).

Le juge des référés doit bien prendre conscience que cette mission qui lui est dévolue est loin d'être subsidiaire et peut non seulement contribuer à rétablir la paix sociale en aboutissant à une solution négociée, mais également permettre l'économie d'une procédure juridictionnelle (même si la conciliation est obtenue en cours d'instance).

L'engouement que suscite la recherche d'une solution amiable lorsqu'un litige s'élève suppose que l'on précise les techniques dont dispose le juge du provisoire pour atteindre l'objectif poursuivi. Il ne sera évidemment pas question ici d'arbitrage, puisque tant en théorie qu'en droit positif français, la sentence arbitrale revêt un caractère obligatoire : si les plaideurs disposent de la liberté de recourir à un arbitre, la décision qu'il sera amené à rendre constituera un acte juridictionnel auquel les parties doivent

(1) V. aussi Annexe I, question n° 13. Il est à remarquer qu'une loi du 6 janv. 1986 a ajouté un second alinéa ainsi rédigé à l'art. L. 3 du code des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel : "Les tribunaux administratifs exercent (...) également une mission de conciliation", v. E. HONORAT, E. BAPTISTE, "Chronique générale de jurisprudence administrative française", A.J.D.A. 1989. 424.

se soumettre (1). Et si l'on constate une certaine "dérive transactionnelle de l'arbitrage" en raison du "confort" que la découverte d'un consensus entraîne (2), il n'en demeure pas moins que la décision élaborée par l'arbitre s'impose aux parties (3).

L'hypothèse dans laquelle le juge statue en amiable compositeur ne retiendra pas davantage notre attention, car si les parties s'accordent pour "conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur" (art. 12, al. 5 nouv. c. pr. civ.), la décision rendue en équité s'imposera à elles, sous réserve d'appel ("si elles n'y ont pas spécialement renoncé", art. 12, al. 5 nouv. c. pr. civ., *in fine*) ou d'irrégularité sanctionnable (4).

Notre propos sera axé, en conséquence, sur les moyens offerts au juge des référés pour tenter de concilier les antagonistes, ainsi que sur la pratique de la médiation judiciaire telle qu'elle existe déjà et qui a fait l'objet d'un

(1) P. HEBRAUD, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1971. 416 ; Ch. JAROSSON, op. cit., n° 174 et s., p. 101 et s. ; A. LORIEUX, "Place de la Médiation dans le Procès Civil", Gaz. Pal. 1991. 1. Doctr., 66 ; J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit., n° 1343 et s., p. 861 et s. ; rappr. Ph. FOUCHARD, "L'arbitrage judiciaire", in Mél. P. BELLET, Litec, 1991, p. 167, spéc. p. 184 ; v. aussi T.G.I. Paris, 1ère Ch., 1ère Sect., 14 mars 1984, Rev. arb. 1984. 382 , spéc. p. 385, les quatrième, cinquième et sixième motifs.

(2) P. LEVEL, préc., J.C.P.-E. 1989. II. 15615.

(3) Et ce dès l'instant de la stipulation de la convention d'arbitrage, compromis ou clause compromissoire.

(4) Il peut s'agir d'une saisine irrégulière de l'amiable compositeur, d'une violation d'une règle d'ordre public, de l'expiration du délai pour statuer, ou encore du non respect du principe de la contradiction ; v. P. ESTOUP, "L'amiable composition", D. 1986. Chron., 221.

récent projet de loi (1).

Nous chercherons d'abord à approcher la définition de ces mécanismes et d'en démontrer l'utilité en fonction des domaines favorables à leur développement devant le juge du provisoire, - Section 1 -, avant d'examiner les fondements possibles et le déroulement de ces techniques de résolution des conflits au regard de leurs perspectives d'avenir devant le juge des référés, - Section 2 -.

(1) "Projet de loi instituant la médiation devant les juridictions de l'ordre judiciaire", v. Annexe II.

S E C T I O N 1

Une approche des mécanismes de conciliation et de médiation judiciaire devant le juge du provisoire

Percevoir tous les intérêts du recours par le juge du provisoire aux procédés de conciliation et de médiation suppose que ces deux mécanismes soient non seulement définis et mis en parallèle, mais encore que leurs atouts soient démontrés, - § 1 -.

C'est à partir des éléments découverts lors de cette première analyse des systèmes de règlement des litiges examinés, qu'il faudra évaluer leurs domaines d'application en référé, - § 2 -.

§ 1. Notions et intérêts de la conciliation et de la médiation judiciaire.

Un essai de définition des concepts de conciliation et de médiation judiciaire, - A -, est un préalable indispensable à l'étude des avantages que présentent ces procédés devant le juge des référés, - B -.

A. ESSAI DE DEFINITION DES CONCEPTS DE CONCILIATION ET DE MEDIATION JUDICIAIRE :

La conciliation et la médiation sont deux mécanismes tellement proches l'un de l'autre, qu'ils sont souvent difficiles à distinguer, - 1 -.

Néanmoins, si des nuances sont à remarquer, elles tiennent davantage à la volonté d'apporter une réponse adéquate à une situation conflictuelle particulière, qu'à une différence de degré dans l'intervention du tiers, magistrat ou médiateur selon le mode de règlement des litiges envisagé, - 2 -.

- 1 - Les caractères communs à la conciliation et à la médiation :

A l'origine, le juge apparaît comme un "conciliateur et un arbitre" (1). La poursuite de l'accord des parties en litige est ainsi considérée comme l'un des éléments de l'office du juge (2).

Si la conciliation s'entend de l'"action de concilier" et du "résultat de cette action" et le médiateur de "celui qui est au milieu" (du latin mediare), "qui s'entremet pour amener un accord entre deux ou plusieurs personnes" (3), dans les deux cas c'est un tiers qui va intervenir, pour tenter, lors d'une

(1) P. ESTOUP, "Le Projet de Réforme de la Procédure Civile", Gaz. Pal. 1989. 1. Doctr., 176.

(2) A. SUPIOT, préc., Dr. soc. 1985. 225.

(3) Le Robert, v° "Conciliation" et "Médiateur".

audition des parties (1), de faire converger les intérêts en présence afin d'éviter les rapports de force brutaux (2).

Le juge comme le médiateur va donc s'efforcer de rechercher la volonté concordante des parties, qui, et c'est là un corollaire du principe de l'autonomie de la volonté, sont les principaux acteurs de la conciliation et de la médiation (3).

Conciliation et médiation se présentent alors comme des procédés analogues, permettant une "ultime tentative pour dénouer dans la sérénité une situation conflictuelle" (4). Cette concordance révèle ainsi le second de ces mécanismes comme un mode particulier du premier (5). Une habitude de langage consiste en outre à utiliser indifféremment les deux expressions (6).

Or, s'il ne s'agit de différences fondamentales, tout au moins quant à l'objet de l'intervention du tiers, chacun de ces

- (1) L'audition des parties constitue un moyen éminemment favorable pour tenter une conciliation (v. aussi Annexe I, question n° 20, c-), particulièrement dans l'hypothèse d'un "référent-cabinet" qui, comme son nom l'indique, intervient loin des salles d'audience afin d'éviter la foule et le déchaînement des passions.
- (2) G. BLANC, préc., Rev. trim. dr. com. 1987. 173 ; B. OPPETIT, préc., Rev. arb. 1984. 307.
- (3) Ceci résulte des art. 127 et 129 nouv. c. pr. civ., v. Y. DESDEVISES, "Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de procédure civile", D. 1981. Chron., 241.
- (4) J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1981. 441.
- (5) P. ESTOUP, préc., Gaz. Pal. 1989. 1. Doctr., 176, spéc. p. 177, A, col. de droite.
- (6) La formule : "les comparants ont accepté de se concilier sous notre médiation" (H. GUERARD, op. cit., p. 22, II, sous "Procès-verbal de conciliation"), est aujourd'hui encore présente à l'esprit de nombreux magistrats qui estiment que le juge des références "fait soit lui-même la médiation" (art. 21 nouv. c. pr. civ.), soit il constate une possibilité de médiation et il l'indique aux parties" (Annexe I, question n° 12) ; v. également P. ESTOUP, préc., D. 1986. Chron., 221 ; R. PERROT, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1979. 198.

procédés possède des caractéristiques propres à faciliter la distinction. Cette dernière repose sur l'analyse de la situation conflictuelle et réside dans le choix subséquent de la solution la plus adéquate pour répondre à une situation de fait ou de droit "complexe et bloquée" (1).

- 2 - Les spécificités de la médiation judiciaire :

Chaque élément autorisant la distinction entre la médiation judiciaire et la conciliation au sens des art. 21 et 127 et s. nouv. c. pr. civ., sera en mesure de valider l'idée suivant laquelle la médiation forme "un nouveau mode de règlement des litiges, qui complète le tryptique formé par la conciliation, l'amiable composition et la procédure contentieuse traditionnelle de règlement des litiges par voie de jugement" (2).

Ces éléments de distinction peuvent être résumés et classés en deux propositions que nous formulerais de la manière suivante : D'une part, la médiation judiciaire n'a pas pour unique objectif la recherche de la conciliation à tout prix ; d'autre part, la médiation judiciaire est une réponse spécifique à une situation singulière.

La médiation judiciaire n'a pas pour unique objectif la renonciation des plaideurs à tout ou partie de leurs préentions réciproques.

(1) Annexe II, Exposé des motifs du projet de loi.

(2) P. ESTOUP, préc., Gaz. Pal. 1989. 1. Doctr., 176, spéc. p. 177, col. de gauche.

Il faut préciser à titre liminaire que si la médiation aboutit à une conciliation devant le médiateur (ou devant le juge au vu du compte-rendu de médiation, ce qui est parfaitement concevable), il s'agit en réalité d'un résultat découlant de l'exercice de la mission de médiation confiée au tiers et non d'une volonté de concilier à tout prix.

En cas de conciliation, les parties mettent fin au litige par une transaction, convention par laquelle ils consentent à des concessions réciproques (1) .

La procédure de médiation, quant à elle, correspond davantage pour ce qui est de son contenu à "cette mesure pacificatrice" visée par le projet de loi. Son ambition est de réapprendre aux antagonistes à discuter ensemble. Une négociation, ou pour le moins un dialogue mené sous la médiation d'une personnalité choisie en fonction de la nature du litige et du tempérament des plaideurs, doit permettre l'instauration d'une discussion véritable entre les parties.

L'aboutissement logique et espéré de l'introduction d'un tel débat en cours d'instance est, soit la conclusion d'un accord propre à mettre fin à une querelle complexe et totalement bloquée (2), soit la mise en place de conditions favorables à

- (1) Ce qui suppose que les parties aient la libre disposition des droits litigieux. Cependant, même si l'existence du droit litigieux intéresse l'ordre public, ses modalités d'exercice peuvent faire l'objet d'un accord, v. Cass. Civ., 13 mars 1922, D.P. 1925. I. 139 ; P. BELLET, préc., in Coll. Pau, 1981, Economica, 1983, p. 37 ; P. LEVEL, préc., J.C.P.-E. 1989. II. 15615.
- (2) Dans un conflit qui opposait de nombreuses discothèques à la SACEM quant au taux de la redevance de droits d'auteurs perçue par cette dernière, la Cour d'appel de Versailles a estimé qu'une "négociation menée sous la médiation d'un expert commis à cette fin, devrait permettre (...) un accord propre à mettre fin à une querelle vieille déjà de plus de 10 ans" : Versailles, 1ère Ch., 10 nov. 1988, Gaz. Pal. 1989. I. 213, note J.-P. MARCHI. Il s'agit alors d'un mode particulier de conciliation, de réconciliation.

l'acceptation de la décision à intervenir (1). Au-delà d'un objectif de conciliation, le médiateur exerce dans ce second cas une mission de concertation.

L'exposé du projet de loi (2) démontre que **la médiation judiciaire est conçue comme une réponse spécifique à une situation particulière**. Car il énonce que le renvoi à la médiation a pour objet essentiel "de mettre les parties en présence et de les aider à renouer un dialogue en confrontant leurs prétentions respectives". Cette formule, semblable à celles qui figurent déjà dans un certain nombre d'ordonnances de référé (3), insiste nettement sur la fonction première du médiateur judiciaire : apaiser le climat, faciliter la discussion entre des personnes qui, en conflit aujourd'hui, auront peut-être à nouveau à collaborer ensemble dans le futur (4). La médiation apparaît ainsi comme une réponse à une défaillance de l'institution judiciaire qui n'est pas, ou qui n'a pas été à un moment donné, en mesure d'apporter une solution

- (1) Auquel cas la médiation judiciaire, par les échanges intervenus, va assurer une meilleure compréhension de la décision et faciliter son exécution ; v. en ce sens, J.-Cl. FOURGOUX, note sous T.G.I. Paris, réf., 16 nov. 1988, Gaz. Pal. 1989. 2. 790, spéc. I ; J. NORMAND, op. cit., n° 21, p. 19 ; v. également Paris, 1ère Ch. A, 6 juin 1989, Gaz. Pal. 1989. 2. 618.
- (2) V. Annexe II.
- (3) Et notamment de décisions parisiennes, le T.G.I. de Paris ayant entrepris une expérimentation de médiation judiciaire en marge de textes existants.
- (4) J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1981. 437 ; rappr. J. COPPER-ROYER, "La médiation alternative à la solution contentieuse des litiges familiaux", Gaz. Pal. 1989. 1. Doctr., 49. Dans ces hypothèses, la "médiation préserve l'avenir, la paix sociale" (H. NALLET, Discours de clôture pour la journée sur "La médiation pénale et les alternatives aux poursuites", 27 fév. 1991, Ministère de la Justice, 1991).

satisfaisante à une situation conflictuelle (1). Il est cependant évident que le recours à une telle mesure sera limité à des situations particulières et uniquement lorsqu'elle sera réellement indispensable. Si le juge des référés constate la possibilité d'organiser devant le tribunal un débat semblable à celui qui se déroulerait devant un médiateur judiciaire, il ne devra pas hésiter un instant et, usant du pouvoir qui lui est accordé par les articles 21 et 127 et s. nouv. c. pr. civ., rechercher lui-même la conciliation des parties (2).

Un auteur a avancé l'idée que le "médiateur est plus actif et plus directif" que le juge lorsqu'il s'efforce de concilier les adversaires et que la distinction entre les procédés de conciliation et de médiation se limite à cette constatation d'une différence de degré dans l'intervention du tiers (3).

Le médiateur va certainement s'évertuer à mettre en exergue les causes profondes du différend et mener, avec les parties, une

- (1) E. JULLIEN, "La médiation", Rev. trim. Versailles 1989, n° 14, p. 25 et s., interventions de M. le Président REMY, de M. le Premier Président ESTOUP et de Me LISSARRAGUE.
- (2) Cf. T.G.I. Paris, réf., 26 mai 1989, préc., inédit, n° 5862/89-1 : "après avoir entendu les parties, nous leur avons soumis la possibilité d'organiser un débat à jour fixe devant le tribunal, ce qu'elles ont approuvé, et de réfléchir ensemble (...)" . La conciliation réalisée se matérialise le plus souvent sous la forme d'une décision de "donné acte" sur échéancier (par ex. T.G.I. Paris, réf., 16 juin 1989, deux esp., inédits, n° 6180/89-9 et n° 6833/89-1) mais peut également donner lieu à un désistement (v. T.G.I. Paris, réf. P.V., 15 juin 1989, inédit, n° 3720/89-31).
- (3) P. LEVEL, préc., J.C.P.-E. 1989. II. 15615, p. 643 ; rappr. Ch. JARROSSON, note sous Paris, 1ère Ch. C, 28 mars 1991, Rev. arb. 1991. 470, n° 9, in fine.

réflexion plus poussée que celle qui a ordinairement lieu lors d'une tentative de conciliation. La référence au degré d'intervention du tiers est donc pertinente. Mais elle ne constitue pas en soi une réponse suffisante à la question posée. Car le médiateur judiciaire n'a pas pour fonction de juger ou de décider. Il écoute, propose et aspire à faciliter la conclusion d'un accord ... ce que le juge des référés peut également accomplir en tentant une conciliation !

En réalité, la quintessence de la distinction se situe principalement dans la situation de fait qui a donné lieu à la saisine du juge. Selon que cette situation est inextricable (1) ou par trop passionnelle (2), la solution de sagesse commande de se tourner vers une médiation.

Le recours aux procédés de conciliation et de médiation offre-t-il cependant un intérêt spécifique devant le juge du provisoire ?

- (1) Songeons à l'hypothèse rapportée par M. le Président REMY : le Président du T.G.I. ordonne l'expulsion d'intégristes occupant une église. "Au niveau de la Cour, les intégristes avaient réintégré de force l'église". Ordonner une nouvelle expulsion en confirmant l'ordonnance du Président du T.G.I. n'aurait que prolongé le conflit, v. Rev. trim. Versailles 1989, préc., p. 27.
- (2) Songeons aux conflits mettant en cause des rapports de voisinage, v. aussi en ce sens, M. le Garde des Sceaux, J.O. débats Ass. Nat., Séance du 5 avr. 1990, p. 162-163.

B. LES INTERETS DU RECOURS AUX PROCEDURES DE CONCILIATION ET DE MEDIATION EN REFERE :

La crainte de l'équité (1) et la force des habitudes (2) sont, parmi les obstacles à la conciliation et à la médiation judiciaire, ceux dont le poids pèse le plus sur le développement d'une alternative pourtant hautement souhaitable entre la recherche d'une solution négociée à un litige et un dénouement par l'instance. La volonté de concilier les parties dont font preuve les juges des référés est importante (3). Elle s'explique par le jeu de l'important principe de la contradiction, qui permet de progresser vers un véritable droit négocié, - 1 -, mais également par la nature même de la juridiction de ce juge, particulièrement propice à l'engagement d'une discussion susceptible d'apaiser les passions, - 2 -.

- 1 - Du principe de la contradiction au concept du droit négocié :

Le rôle notable du juge dans le respect des principes

(1) P.C. TIMBAL, A. CASTALDO, "Histoire des institutions publiques et des faits sociaux", Précis Dalloz, 8e éd., 1990, n° 643, p. 403. V. aussi M. GROS, "L'équité et le droit", Les Affiches Moniteur 16 fév. 1993. 1.

Alors pourtant que l'art. 6 du projet de Code civil de l'an VIII définissait l'équité comme "le retour à la loi naturelle" ; v. également F. ZENATI, "Le juge et l'équité", Ann. Fac. Lyon, 1985. 89, n° 29 : "L'équité n'est qu'un moment du droit, celui où il n'est qu'à l'état de solution particulière". Dans le même sens, v. P. BELLET, "Le juge et l'équité", in Mél. R. RODIERE, 1981, Dalloz, p. 9 et s.

(2) P. ESTOUP, préc., Gaz. Pal. 1989. 1. Doctr., 299.

(3) Annexe I, question n° 13.

directeurs du procès (1) est un gage supplémentaire de l'effectivité de leur application. Le principe de la contradiction domine l'ensemble de ces préceptes fondamentaux de l'instance (2) et commande que les parties soient non seulement entendues ou appelées, mais encore en mesure de débattre, sans restriction, de tous les éléments de l'espèce (3).

La mise en oeuvre de ce principe, qui conduit à "l'égalité des justiciables dans le procès" (4), laisse place à un débat qui peut fonder une tentative de conciliation et qui est à même d'augmenter les chances de réussite d'une démarche en ce sens.

On a toutefois avancé qu'une véritable contradiction ne pouvait résulter du seul débat oral : il faut en effet que chacun connaisse les positions de son adversaire et ceci en temps utile (5). Une analyse convenable de la situation suppose indubitablement une réflexion digne de ce nom. Est-elle envisageable en instance de référé ?

Même si la justice rendue en référé peut parfois sembler expéditive (6), nous verrons que la réponse à cette question

- (1) P. ESTOUP, "Déclin et renouveau de la procédure civile", D. 1987. Chron., 105 ; Cl. PARODI, "L'esprit général et les innovations du Nouveau code de procédure civile", Répertoire du notariat Defrénois, 1976 ; G. WIEDERKEHR, "Le principe du contradictoire", D. 1974. Chron., 95. Adde G. BOLARD, "Les principes directeurs du procès civil", J.C.P. 1993. I. 3693.
- (2) "Le principe de la contradiction (est), sans doute le plus fondamental" de ces préceptes, cf. Rapport au Premier Ministre précédant le décret du 9 sept. 1971, préc., spéc. col. de droite ; v. également Cl. PARODI, op. cit., p. 82. Adde G. BOLARD, préc., J.C.P. 1993. I. 3693, n° 13 et s.
- (3) G. WIEDERKEHR, "Droits de la défense et procédure civile", D. 1978. Chron., 36.
- (4) P. ESTOUP, préc., D. 1987. Chron., 105.
- (5) B. BOCCARA, "Le désert du contradictoire", J.C.P. 1981. I. 3004.
- (6) V. R. PERROT, préc., Gaz. Pal. 1974. 2. Doctr., 895, spéc. p. 898, col. de gauche.

est certainement positive, en raison des particularités de la juridiction du Président (1).

Une question plus délicate réside dans l'application concrète de la règle de la contradiction lorsque le magistrat saisi constate l'existence d'une volonté réelle de conciliation chez un plaideur qui est visiblement dans l'ignorance la plus totale de ses droits. Quelle devra être la position du juge dans de telles circonstances ? Cette éventualité est d'autant plus pertinente que le ministère d'avocat n'est pas obligatoire devant le juge du provisoire (2). Une contradiction véritable ne supposerait-elle pas que le Président intervienne alors pour rappeler la règle de droit éventuellement applicable ?

En d'autres termes, faut-il privilégier la conciliation, à l'instar des anciens juges de paix, ou faut-il au contraire éclairer les parties sur leurs droits respectifs, puis, à la lumière de cet éclairage nouveau, proposer une conciliation ? On ne peut s'empêcher d'établir ici un rapprochement entre la justice de paix et l'institution des référés. Dans les deux cas, nous sommes en présence d'un juge unique, choisi en raison de ses compétences particulières et de son autorité charismatique, ayant pour rôle essentiel de régler les difficultés qui naissent à l'occasion de litiges dont on estime la solution simple.

Mais de rurale à industrielle, la société a évolué ... et avec elle l'appréciation que les plaideurs se font de l'Autorité. Et

(1) Cf. infra, page 368, - 2 -.

(2) V. supra, p. XIX, note (4).

si les juges de paix, "plus notables que juristes", imposaient "parfois aux justiciables le sacrifice de droits incontestables" (1), il n'en va plus de même de nos jours (2) où le plaideur, circonspect à l'égard d'une conciliation devant un juge qu'il ne connaît plus comme jadis (3), va avant tout chercher à imposer ses droits.

N'est-ce pas après tout logique et normal, puisque l'équité consiste à "respecter les droits de chacun" (4) ?

En regard de cela, lorsque le plaideur en question est précisément dans l'ignorance de ses droits, comme ce fut le cas dans une affaire relatée par M. RUELLAN (5), que devra faire le juge ?

Se taire ... et prendre acte de la transaction qui, selon l'art. 2052, al. 2 c. civ., ne pourra être attaquée "pour cause d'erreur de droit" (6) ; ou rappeler le droit ... avant

(1) F. RUELLAN, préc., J.C.P. 1990. I. 3431.

(2) Cf. M. VIGNERON, aud. sol. de la réception de serment des auditeurs de justice, 10 fév. 1989, Gaz. Pal. 6 juin 1989, p. 2 et s. : "Si l'équité ne saurait être absente du raisonnement du magistrat, elle ne saurait cependant résulter de la violation de la règle de droit".

V. Cass. Soc., 19 mai 1967, Bull. V, n° 410, p. 343 ; Cass. Soc., 21 fév. 1980, Bull. V, n° 170, p. 128 ; Cass. Civ. 2e, 19 janv. 1983, Bull. II, n° 10, p. 7.

(3) A. GOUTET, op. cit., p. 78.

(4) Petit Larousse, v° "Equité".

(5) F. RUELLAN, préc., J.C.P. 1990. I. 3431 : dans les rapports entre bailleur et locataire, la jurisprudence met à la charge du premier les travaux qualifiés "grosse réparation". Or un locataire qui ne savait pas qu'il avait juridiquement raison en demandant au bailleur de régler la facture correspondant à une telle réparation, propose un partage par moitié de la somme litigieuse.

(6) V. L. BOYER, "La notion de transaction", th. Toulouse, 1947, p. 68 et s. et Rép. pr. civ. Dalloz, v° "Transaction", n° 273 ; à l'opposé, l'acquiescement à la demande peut être remis en question pour erreur de droit, v. Cass. Civ. 2e, 20 oct. 1982, Bull. II, n° 128, p. 93.

de proposer la conciliation (1) ?

S'il désire "observer lui-même le principe de la contradiction" (et l'art. 16, al. 1er nouv. c. pr. civ. lui en fait obligation), le juge devra en toute circonstance préférer cette dernière option (2). Pourrait-on d'ailleurs réellement estimer qu'en privilégiant la conciliation dans une telle situation le juge fait oeuvre de paix sociale alors qu'il ferme complaisamment les yeux sur une violation intolérable de l'équité et par suite du principe d'égalité qui doit unir les parties lors d'un procès ?

On pourrait nous rétorquer que le juge ne doit pas se substituer aux conseils des plaideurs. Outre la spécificité du référé (qui ne suppose pas nécessairement la présence de ces conseils des parties), le juge peut "relever d'office les moyens de pur droit" (art. 12, al. 3 nouv. c. pr. civ.) et "inviter les parties à fournir les explications de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige" (art. 13 nouv. c. pr. civ.). Ce qui lui donne l'occasion de confondre le plaideur malhonnête ... ou pour le moins l'étonner s'il est tout aussi ignorant de ses droits que son adversaire !

La solution, en ce qu'elle favorise un constant dialogue entre le droit, l'équité et même la tradition (3), est assurément

- (1) Cette solution semble avoir été retenue dans l'espèce rapportée par M. RUELLAN, *supra*, p. 361, note (1).
- (2) D. CHABANOL, "Une autre façon de juger : la conciliation juridictionnelle dans les Tribunaux administratifs", *Gaz. Pal.* 1987. 1. *Doctr.*, 472 : "à pratiquer une conciliation qui conduirait à cette extrémité (méconnaître la règle de droit) le juge perdrait son âme".
- (3) M. CAPPELLETTI, B. GARTH, "Settlement of disputes out of court", in *Coll. Pau*, 1981, *Economica*, 1983, spéc. p. 10.

précieuse, d'un point de vue tant sociologique que psychologique (1). En cas d'accord, le rapprochement effectué entre les parties au cours du débat contradictoire met fin à un litige que l'emportement pouvait prolonger à l'infini dans le temps (2). Que le Président soit le juge du provisoire n'emporte sur ce point aucune conséquence.

Il n'apparaît pas inutile de préciser ici qu'il n'est pas rare que les intérêts économiques en présence soient faibles.

Il existe en effet à côté des tentatives de conciliation et de médiation dont la presse se fait l'écho, une multiplicité de procédures "au quotidien", plus anonymes, mais tout aussi essentielles pour ceux qui en sont les acteurs (3).

Pour tous, l'adoption d'une solution négociée sera le gage d'une meilleure acceptation de celle-ci.

C'est en quoi la poursuite d'une conciliation ou la mise en oeuvre d'une médiation méritent d'être rapprochées du contrat du code civil :

Il n'y a pas de conciliation ou de médiation contre la volonté expresse de l'une ou de toutes les parties à l'instance (4),

(1) G. BOLARD, préc., in Mél. P. HEBRAUD, Toulouse, 1981, p. 47.

(2) V. également J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1979, 178 : "Le débat contradictoire n'est pas seulement un affrontement. C'est aussi une chance de conciliation que le juge doit saisir".

(3) G. PLUYETTE, "La médiation judiciaire. Bilan des applications au Tribunal de Grande Instance de Paris", inédit, spéc. p. 18.

(4) Paris, 1ère Ch. A, 29 mars 1989, D. 1989. I.R. 125 : "une conciliation, qui ne dépend que du rapprochement volontaire des parties, n'est pas de nature (...) à être imposée à l'une des parties qui s'y refuse" ; dans le même sens, v. T.G.I. Paris, réf., 2 oct. 1989, J.C.P. 1990. II. 21518, obs. J. BEAUCHARD ; P. LEVEL, préc., J.C.P.-E. 1989. II. 15615, n° 6 ; rappr. P. DRAI, "Libres propos sur la médiation judiciaire", in Mél. P. BELLET, Litec, 1991, spéc. p. 126.

qui peuvent renoncer à tout instant à ces procédés. Bien que l'on ait pu juger que la médiation est "une modalité d'application de l'art. 21 nouv. c. pr. civ." et constitue "une mesure d'administration judiciaire relevant de l'Office du Juge et de son devoir de veiller au règlement par voie amiable ou imposée des différends qui lui sont soumis" (1), le caractère consensuel de ces mécanismes conduit à la nécessité d'un accord permanent des parties (2). La liberté des plaideurs doit donc être absolue en la matière. Aussi convient-il d'éviter un écueil qui serait susceptible de surgir sur cette voie du libre arbitre, en l'occurrence une intervention par trop marquée du juge (3).

Lorsqu'il intervient, l'accord entre les plaideurs crée un véritable droit négocié, qui confère une efficacité particulière à l'ordonnance de référé. De provisoire qu'elle était, la décision va correspondre à une extinction définitive du litige.

C'est cette possibilité offerte au magistrat d'apaiser un climat souvent tendu qui donne tout son attrait aux mécanismes de conciliation et de médiation. Cette faculté dont dispose le juge des référés est d'autant plus vitale que nous avons

(1) Paris, 1ère Ch. A, 17 déc. 1987, Dr. ouvr. 1988. 527, note M. R. ; Cass. Civ. 2e, 16 juin 1993, D. 1993. I.R. 176.

(2) G. BLANC, préc., Rev. trim. dr. com. 1987. 173 ; il faut remarquer que dans l'espèce qui a donné lieu à la décision de la Cour d'appel de Paris en date du 17 décembre 1987, préc., supra, note (1), le médiateur avait "déjà réuni les parties au litige", ce qui peut expliquer la solution visant à "laisser mener à son terme l'opération de médiation prescrite par le premier juge", nonobstant l'appel interjeté.

(3) Cf. infra, p. 407.

observé que les personnes qui sont en conflit aujourd'hui pourront être amenées à collaborer ensemble ultérieurement (1). L'objectif poursuivi est alors de parvenir à une justice "coexistentielle" (2), visant à rétablir des relations sociales plus paisibles (3).

La volonté d'aboutir à une solution amiable est d'ailleurs une constante dans l'esprit de la plupart des magistrats chargés des référés (4). Ce qui n'a rien de surprenant, puisque la juridiction du Président est parfaitement adaptée à la poursuite d'un tel résultat.

- 2 - La juridiction des référés, haut-lieu du droit négocié :

En tant que juge unique, le juge des référés est en

(1) Cf. supra, p. 335, note (4).

(2) E. VESCOVI, "Rapport statistique pour l'Assemblée Générale du 15 mars 1980", in Journée d'étude, T.G.I. Paris, 1983.

(3) J. COPPER-ROYER, préc., Gaz. Pal. 1989. 1. Doctr., 49.

(4) V. CHANDEZE, "Guide pratique du référé", Rapport de stage au T.G.I. de Paris, C.J., 2e Année, 1989 ; P. DRAI, préc., in Mél. P. BELLET, Litec, 1991, spéc. p. 124 ; A. MARON, op. cit. ; rappr. T.G.I. Paris, réf., 23 janv. 1990, préc. : "... l'existence d'une voie de fait (...) n'apparaît pas établie avec l'évidence et l'incontestabilité qui s'impose au juge des référés pour prescrire les mesures de remise en état, alors (...) qu'une solution amiable et dans un esprit de bonne foi peut et doit être recherchée tant dans ses aspects juridiques que financiers ; qu'à cet égard, toute partie diligente pourra nous saisir à nouveau aux fins de désignation d'un médiateur judiciaire, pour faciliter le règlement du présent litige, s'il y a lieu". Comp. Annexe I, questions n° 12, n° 13, n° 20, b- et c- ; v. cep. question n° 20, la remarque e-.

position de force pour tenter de rapprocher les parties. Il dispose pour ce faire d'un nombre important de moyens : On peut, dans un premier réflexe, songer à la faculté de renvoyer l'affaire, soit "en état de référé devant la formation collégiale" comme le permet l'art. 487 nouv. c. pr. civ., soit à une nouvelle audience, en espérant que le délai qui s'écoulera jusqu'à la date fixée permettra à la situation d'évoluer vers une meilleure entente des plaideurs. La Cour d'appel de Paris semble s'être inspirée de cette idée le 24 juin 1980 (1). Constatant que toute possibilité de conciliation n'était pas épuisée, les juges ont préféré surseoir à statuer pour tenter de conclure un accord effectif sur le contentieux.

Ce mécanisme qui consiste à jouer sur le facteur temps n'est cependant utilisé qu'exceptionnellement (2). Cela se comprend aisément, car s'il s'agit d'un moyen certainement efficace pour parvenir à une meilleure compréhension mutuelle, le magistrat qui désire favoriser un tel rapprochement entre les parties ne doit pas se cantonner à un rôle d'observateur lointain. Il faut amener les parties au dialogue de manière à progresser vers une solution négociée (3). Le temps n'est plus à la neutralité du juge civil ! Il faut qu'il assume son rôle directeur dans la

(1) Paris, 1^{re} Ch. A, 24 juin 1980, Dr. ouvr. 1980. 258.

(2) Et s'il l'est, les magistrats accordent logiquement leur préférence à des procédés tels le renvoi ou la médiation.
L'intérêt de l'art. 487 nouv. c. pr. civ. est avant tout de porter le débat, en l'état de référé, devant la formation collégiale, v. Annexe I, question n° 14, 2^e indice.

(3) P. MIGNUCCI, Rapport au Coll. Pau, Cahier de l'Université, 1979, spéc. p. 76-77 ; T.G.I. Bordeaux, réf., 24 janv. 1977, Dr. ouvr. 1977. 277.

tenue de l'instance (1). Dans cette optique, le juge va éviter de siéger en écoutant passivement l'exposé des prétentions successives des parties. Si le juge des référés intervient à l'occasion même des plaidoiries en interrompant les plaideurs, en cherchant à les destabiliser au sens positif du terme afin de parvenir à un meilleur éclairage du litige, il contribue par voie de conséquence à faciliter la discussion (2). Car le procès est bien souvent la manifestation d'un malaise plus profond, que l'instance en référé permet de mettre en exergue ... pour mieux le résoudre.

La solution amiable au conflit qui oppose les plaideurs peut ne leur apparaître qu'au courant de l'instance. C'est pourquoi l'écoute et les interventions du magistrat doivent être permanentes et constamment tournées vers la recherche d'une possibilité d'entente des parties.

Cette idée explique que le juge devra s'efforcer de concilier lui-même les plaideurs, sauf lorsque la nature particulière du litige ou les circonstances qui l'entourent exigent de faire appel à un médiateur (3). Le référé se prête en effet à une intervention "pacificatrice" du juge. Car quel magistrat plus

- (1) Dans le même sens, v. M. FRANCES, op. cit., p. 238 ; rappr. G. FLECHEUX, "Le droit d'être entendu", in Mél. P. BELLET, Litec, 1991, spéc. p. 165 ; Cl. PARODI, op. cit., n° 27, p. 46.
- (2) Rappr. P. BELLET, préc., in Journée d'étude, T.G.I. Paris, 1983, spéc. p. 10 ; A. LORIEUX, "Traitement des affaires civiles d'une mise en état dynamique à une audience interactive", Gaz. Pal. 1992. 1. Doctr., 470 ; H. MOTULSKY, "Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 sept. 1971", "Ecrits - Etudes et notes de procédure civile", op. cit., n° 68, p. 173.
- (3) V. P. ESTOUP, préc., Gaz. Pal. 1989. 1. Doctr., 176, spéc. p. 177, col. centrale ; T.G.I. Paris, réf., 26 mai 1989, préc., inédit, n° 5862/89-1.

que le juge des référés correspond à cette image de Saint Louis rendant la Justice sous un chêne et qui trône sans conteste dans notre inconscient juridique collectif (1) ?

Nul mieux que le juge des référés n'est à même de prendre les mesures propres à détendre le climat ; nul mieux que lui ne possède autant de facilités pour accomplir cette mission d'apaisement :

En raison de sa souplesse, de son absence de formalisme et du contact direct avec les plaideurs qu'elle présuppose, la juridiction du provisoire participe de par son essence même à ce rôle de paix sociale qui est attaché à la fonction de juger. L'élément essentiel est ici la comparution personnelle des parties. Le Président DE BELLEYME, père historique du référé, l'avait bien compris, lui qui, envisageant les mesures d'instruction auxquelles peut recourir le juge des référés, estimait que sans la comparution des parties en personne, "le Président perdrait une occasion heureuse d'éteindre les procès par une conciliation" (2).

Le référé est d'autant plus adapté à ce type de visée que le juge qui cherche à détendre le climat afin que se renoue un dialogue est dans un cadre que nous pouvons largement qualifier de provisoire, puisqu'il ne préjuge en rien la solution définitive du litige (3).

(1) V. aussi Ph. GRANDJEAN, préc., Rev. jurisp. com. 1993. 177 ; P. DRAI, préc., in Mél. P. BELLET, Litec, 1991, p. 123, spéc. p. 125.

(2) DE BELLEYME, op. cit., 2e éd., 1844, t. II, p. 35 ; v. également J.-F. LE CLEC'H, préc., J.C.P. 1934. I. 1125.

(3) V. Y. SAINT-JOURS, préc., D. 1974. Chron., 135.

Si la négociation réussit, le juge du provisoire aura fait oeuvre définitive et cela sans encourir le moindre reproche. Si elle échoue, nous retournons au domaine du juridictionnel le plus absolu et le juge statuera conformément aux règles de droit applicables (1).

L'intérêt que suscitent les mécanismes de conciliation et de médiation au stade du référé s'explique donc essentiellement au regard de la nature de cette juridiction. Les avantages liés à la nomination d'un médiateur en référé ont cependant été contestés (2) et beaucoup estiment que le succès actuel et grandissant de ces procédés de règlement amiable des litiges se mesure à la seule aune de leur résultat : l'économie d'une procédure juridictionnelle.

"La nomination d'un médiateur (en référé) ne saurait (...) être approuvée" (3). Subordonner une décision d'expulsion à l'ouverture de pourparlers ou commettre un médiateur a d'ailleurs été jugé "intrinsèquement contradictoire puisque par ailleurs elle (l'ordonnance) constate l'urgence et cependant diffère sa décision sur le fond" (4).

Nous y voilà ! L'impératif d'urgence du référé invoqué comme obstacle à la médiation.

Cette critique, concevable en 1976, n'est plus actuelle.

- (1) Rappr. Paris, 1ère Ch. A, 28 sept. 1976, J.C.P. 1978. II. 18810, obs. J. ROBERT. V. aussi Paris, 1ère Ch. C, 28 mars 1991, D. 1992. somm. 124, obs. P. JULIEN, Rev. arb. 1991. 470, note Ch. JARROSSON.
- (2) M.-C. SEFFERT, obs. sous T.G.I. Paris, réf., 1er avr. 1977, J.C.P. 1977. II. 18665.
- (3) M.-C. SEFFERT, obs. sous T.G.I. Paris, réf., 1er avr. 1977, préc.
- (4) Amiens, 2e Ch. civ., 23 fév. 1976, J.C.P. 1976. IV. 317.

Ce n'est pas parce qu'une procédure de référé est engagée qu'il y a inévitablement urgence à prendre des mesures immédiates. Tout dépend en réalité de la situation des parties. L'urgence est aujourd'hui une notion très relative (1).

Et il n'est pas à exclure que dans certaines situations il puisse y avoir urgence à nommer un médiateur : Prenons l'exemple d'une occupation d'usine par des grévistes. L'employeur saisit le juge des référés et demande l'évacuation des locaux de travail, en invoquant des atteintes au droit de propriété ou à la liberté d'exercer son industrie, à la liberté du travail des non-grévistes et au libre accès par le personnel mais aussi par le public au lieu de travail.

Les grévistes vont certainement en appeler à l'inviolabilité du droit de grève et critiquer la pression inadmissible exercée par l'employeur du fait qu'il agit en justice dans le seul but d'attenter au droit de grève et à la liberté de négociation.

C'est au juge des référés qu'il reviendra de concilier ces droits, tous aussi légitimes les uns que les autres (2). Il pourra certes opter pour une évacuation immédiate ; mais l'ordonnance d'expulsion qu'il rendra alors encourra le risque de rester lettre morte. Il pourra au contraire favoriser le droit de grève ; ce n'est peut-être pas la meilleure manière d'encourager le dialogue.

(1) Cf. supra, p. 5 et s.

(2) V. T.G.I. Grenoble, réf., 26 octobre 1979, préc. : "Il appartient au juge d'en déterminer les limites et d'arbitrer les conflits opposant ce droit de grève, d'une part, et d'autre part, le droit d'usage et de jouissance de l'employeur à l'égard des locaux ou des machines, aussi bien que le droit d'exercer librement son travail qui appartient à tout employé non gréviste".

Il convient en premier lieu de débloquer la situation en rapprochant les parties. Le juge pourrait s'en charger personnellement ; mais une telle démarche suppose des rencontres fréquentes et des compétences particulières dans le conflit singulier qu'est celui des occupations d'usines. La solution de bon sens consiste à nommer un médiateur qui sera en relation permanente avec les parties ... et avec le juge, devant lequel on reviendra en cas de difficulté ou d'accord (partiel comme total).

La médiation va permettre la reprise du dialogue dans l'usine et du travail dans les ateliers. Le recours à un médiateur, loin de différer la décision du juge sur le fond, va réussir là où une solution purement judiciaire eût certainement conduit à prolonger le conflit. Aussi, admettre l'urgence et commettre un médiateur n'apparaît plus contradictoire.

L'exemple donné peut être généralisé : le juge va recourir à la médiation chaque fois qu'il se rend compte que son ordonnance à intervenir ne permettra pas d'assurer la solution du litige, ni même de préparer dans de bonnes conditions un déroulement satisfaisant du procès au fond.

Il est néanmoins utile de préciser qu'une médiation doit tout de même être dénouée dans un délai suffisamment bref, de l'ordre de trois mois, faute de quoi il serait déraisonnable de ne pas y mettre fin (1).

L'intérêt actuel pour la conciliation et la médiation ne reposerait en réalité que sur une volonté de désengager les juges en désencombrant les rôles des tribunaux.

(1) En ce sens, v. A. LORIEUX, préc., Gaz. Pal. 1991. 1. Doctr., 66 ; v. aussi infra, p. 415, note (3).

Cette affirmation, insidieuse, ne tient pas compte de la double vocation du juge (1). Il est certain que ces mécanismes de résolution amiable des conflits évitent de mener un procès jusqu'à son terme "traditionnel", mais il ne s'agit en aucune manière d'y recourir systématiquement afin d'alléger les rôles des juridictions.

La critique vise principalement la médiation, étant donné que la conciliation se pratique devant le juge lui-même. La médiation a même pu apparaître comme une délégation du juge de ses pouvoirs à un tiers, ce qu'elle n'est certainement pas (2). Mais l'opinion suivant laquelle le développement moderne de la médiation ne brigue qu'un désencombrement des tribunaux doit être combattue (3). La mise en oeuvre d'une médiation poursuit un objectif propre et déterminé : rétablir un dialogue entre des personnes qui l'ont rompu. Si le rétablissement de liens moins tendus entre les parties conduit à une solution non juridictionnelle, il ne faut pas blâmer cette réussite mais l'approuver sans réserve.

De ce qui a été dit précédemment, on constate que la commission d'un médiateur n'est praticable que dans un nombre délimité d'hypothèses ; cette remarque peut être transposée dans une certaine mesure à la tentative de conciliation pratiquée par le juge des référés.

Quelles sont ces hypothèses ? C'est ce qu'il convient d'établir maintenant.

(1) Cf. supra, p. 347.

(2) V. infra, p. 404-405.

(3) V. P. LEVEL, préc., J.C.P. 1989-E. II. 15615, n° 6.

§ 2. Le domaine d'application des mécanismes de conciliation et de médiation judiciaire en référé.

Les mécanismes de conciliation et de médiation judiciaire semblent a priori en mesure de couvrir un champ d'activité extrêmement étendu (1). D'autant plus que le juge des référés s'engage dans cette voie chaque fois qu'il entrevoit la possibilité d'amener les adversaires à un accord. Il semble toutefois nécessaire de délimiter le domaine dans lequel le recours à ces mécanismes est envisageable. Car la recherche d'un tel accord entre les plaideurs ne constitue pas une fin en soi : le recours aux procédés sus-cités se décide toujours en fonction de la nature du litige et des intérêts en présence. Aussi la poursuite d'un règlement amiable du différend qui oppose les parties est d'une part, limitée en raison de ses caractéristiques mêmes, - A -, et d'autre part, guidée par les particularités du litige qui tiennent plus à une appréciation des éléments de fait propres à la situation qu'à un examen purement juridique de ses données, - B -.

A. LES LIMITES A L'EBAUCHE D'UNE CONCILIATION OU D'UNE MEDIATION JUDICIAIRE :

Lorsque le juge des référés est appelé à statuer sur un droit sérieusement contestable ou, au contraire, évident, il ne semble pas qu'il y ait véritablement place pour une tentative de conciliation ou de médiation judiciaire. Le degré

(1) V. P. ESTOUP, préc., D. 1986. Chron., 161.

d'évidence du droit litigieux se présente ainsi comme une limite à la recherche d'une solution amiable au litige, - 1 -. En outre, certains litiges sont totalement exclusifs de la notion de "règlement amiable du conflit", - 2 -.

- 1 - La question est de savoir si le juge des référés a la possibilité de recourir aux mécanismes de conciliation et de médiation judiciaire alors qu'il est en présence, soit d'une contestation sérieuse sur le droit qui fonde l'action, soit, à l'inverse, d'un droit évident.

Peut-on envisager une tentative de résolution amiable d'un litige en présence d'une contestation sérieuse ?

On sait que la contestation sérieuse n'est pas un obstacle systématique à l'intervention du juge des référés (1) et pour peu que les parties soient disposées à discuter librement de leur désaccord, la contestation sérieuse n'empêchera en rien une mesure d'apaisement, tentative de conciliation ou mise en oeuvre d'une médiation.

La contestation sérieuse sur un droit ne pourra donc pas à elle seule exclure une tentative de règlement pacifique du conflit. Il suffit que les parties adoptent une attitude qui permette de s'engager sur la voie du dialogue. La médiation ne peut s'effectuer que dans un esprit d'ouverture. Il en résulte, a contrario, que la seule contestation sérieuse qui soit en mesure de constituer un obstacle à un tel processus de règlement des litiges est le refus systématique et opiniâtre de

(1) Cf. supra, p. 117, - B -.

l'une ou des deux parties à négocier (1).

D'un autre côté, il n'est pas à exclure que le refus d'une négociation procède de la certitude du droit dont dispose l'un ou l'autre plaideur. Ainsi lorsque le droit sur lequel se fonde le demandeur est évident (prenons l'exemple de la demande qui tend au paiement d'une lettre de change acceptée), toute mesure de conciliation ou de médiation est vouée à un échec quasi certain. Nous retrouvons ici l'une des raisons pour lesquelles une telle démarche ne doit pas intervenir contre l'application d'une règle de droit évidente (2).

La conciliation et la médiation devant le Président apparaissent alors comme la manifestation de la volonté de dialogue des plaideurs. Elles ne sont cependant pas toujours praticables. Il existe en effet un certain nombre d'hypothèses où le recours à ces mécanismes de règlement amiable est impossible.

- 2 - Toutes les circonstances susceptibles de donner lieu à un procès ne sont pas de nature à permettre une intervention médiatrice du juge. Des raisons liées à la nature juridique du litige ou à l'une des données de l'espèce empêchent la mise en jeu d'une mesure d'apaisement.

(1) V. par ex. T.G.I. Paris, réf., 1er juin 1989, inédit, n° 5339/89 : le défendeur "n'entend pas renoncer à ses recours et plaintes (...) il s'ensuit que les conditions présidant à la mise en oeuvre de l'article 21 Nouveau Code de procédure civile ou à une médiation ne sont pas réunies".

(2) Cf. supra, p. 361.

On peut ainsi songer à tous les cas qui nécessitent la prescription de mesures conservatoires (1) ou encore de mesures d'expertise. L'établissement de preuves périssables peut difficilement donner lieu à une tentative de conciliation ou de médiation judiciaire.

Mais l'essentiel des éléments réducteurs des procédés de conciliation et de médiation réside bel et bien dans l'attitude des parties. Fréquemment, le juge devra faire face à une forte animosité des plaideurs. Un tel comportement constitue, à n'en point douter, une donnée particulièrement décisive pour la suite des débats puisqu'elle empêche tout espoir d'apaisement.

Exception faite des exclusions tenant à la nature juridique du litige ou à l'animosité des parties, le rayon d'action des mécanismes de conciliation et de médiation judiciaire semble relativement étendu. Et le recours à ces procédés peut être utilement envisagé dans des situations où le litige est gouverné par des éléments de fait qui priment les considérations de pur droit (2).

B. UN DOMAINE DELIMITÉ PAR LES CARACTÉRISTIQUES DE FAIT DU LITIGE :

Il est évident que certains litiges se prêtent plus que d'autres à un essai de résolution amiable, - 1 -. Les diverses affaires qui constituent un terrain propice à un tel essai tiennent essentiellement à des considérations d'opportunité. C'est le caractère bloqué du différend qui

(1) Sur ces mesures, v. J.-R. MIRBEAU-GAUVIN, préc., D. 1989. Chron., 39.

(2) V. G. PLUYETTE, préc., p. 11.

implique et explique le recours à une tentative de conciliation (1) et, plus particulièrement en matière de rapports sociaux et de droit du travail, la désignation d'un médiateur judiciaire, - 2 -.

- 1 - Les affaires propices à une tentative de résolution amiable :

Il ne s'agit pas ici de dresser une liste exhaustive des situations qui se prêtent à une conciliation ou à une médiation judiciaire (2). Nous en établirons simplement les lignes directrices. Ces dernières sont dominées par une constante qui réside dans un appel au bon sens tiré d'une réflexion sur les circonstances de fait qui entourent le litige.

Lorsque le juge des référés en analysant les faits de l'espèce qui lui est soumise constate que la situation est totalement bloquée (3), il lui incombe de rapprocher les adversaires afin de parvenir à un accord amiable ou, du moins,

- (1) Rappr. A. DELATTRE, J.O. débats Ass. Nat., Séance du 5 avr. 1990, p. 161, col. de droite.
- (2) On se reportera aux articles (préc.) détaillés de M. P. ESTOUP : "Etude et pratique de la conciliation", D. 1986. Chron., 161 ; "Conciliation judiciaire et extra-judiciaire dans les tribunaux d'instance", Gaz. Pal. 1986. 1. Doctr., 288 ; "La conciliation judiciaire. Avantages, Obstacles et Perspectives", Gaz. Pal. 1989. 1. Doctr., 299. Adde P. BELLET, préc., in Coll. Pau, 1981, Economica, 1983, p. 37 et s.
- (3) Soit que la querelle s'inscrit par trop durablement dans le temps (v. aff. SACEM, supra, p. 354, note (2)), soit que les faits l'emportent sur le droit (cf. les problèmes liés à l'expulsion d'intégristes occupant une église : Paris, lère Ch. A, 13 juil. 1977, D. 1977. 458, note Y. GERALDY, infra, p. 389).

afin d'assurer l'exécution de la décision qu'il sera amené à rendre.

Le constat d'une disproportion des enjeux du conflit par rapport aux intérêts en présence sert fréquemment de révélateur aux plaideurs. C'est pour eux la confirmation et même la marque du caractère déraisonnable du conflit qui les oppose. Mais si ce constat leur dévoile leur égarement, voire leur aveuglement, il a surtout l'avantage de pouvoir provoquer une réaction salutaire qui, si elle n'aboutit pas nécessairement à un accord, a le mérite de promouvoir "la confrontation des points de vue respectifs des parties à un litige" dont l'issue apparaît plus qu'incertaine (1).

Par conséquent, les situations les plus adaptées à cette forme de règlement se rencontrent en matière de contrats et pour tout ce qui a trait à leur exécution (2), de copropriété (3), sans oublier les litiges familiaux (4), de voisinage ... ce qui constitue un domaine des plus vastes (5).

(1) Paris, 1ère Ch. A, 17 déc. 1987, préc.

(2) Pour un accord sur des délais de paiement, v. par ex. T.G.I. Paris, réf., 16 juin 1989, préc., inédit, n° 6180/89-9.

On peut également envisager la poursuite d'un tel accord lorsqu'à la suite d'un manquement contractuel, les mesures d'exécution engagées sont disproportionnées par rapport à la valeur en litige.

(3) V. T.G.I. Paris, réf., 16 juin 1989, préc., inédit, n° 6833/89-1.

(4) On songe notamment au référendum matrimonial qui offre au juge aux affaires matrimoniales (juge aux affaires familiales à compter du 1er fév. 1994) une occasion supplémentaire de concilier les parties (art. 1074 nouv. c. pr. civ.). Sur la compétence de ce magistrat en tant que juge des références, v. Cl. LIENHARD, préc., D. 1985. Chron., 16. Sur le recours à la médiation familiale, v. du même auteur, note sous T.G.I. Argentan, 23 juin 1988 et T.G.I. La Rochelle, 17 fév. 1988, D. 1989. 412.

(5) Cf. articles préc., p. 377, note (2).

Ce qui finalement domine la question et caractérise les affaires pour lesquelles le recours aux mécanismes de conciliation et de médiation judiciaire est particulièrement propice, c'est la nature des relations qui unissent les parties. Ordinaire et tout ce qu'il y a de normale au départ, une situation dégénère, s'enlise et finit par geler toutes les possibilités de solution.

Une jurisprudence extrêmement fournie en matière d'expulsions illustre pleinement les circonstances propres à fonder une mesure de conciliation ou de médiation.

- 2 - Un exemple significatif : les demandes d'expulsion :

Que l'ordonnance de référé puisse entraîner un dommage irréversible et nuire aux intérêts d'une partie est une opinion déjà ancienne (1). Bien que le choix des mesures à ordonner soit guidé par la volonté d'"éviter" un dommage irréversible (plutôt) que l'entraîner", une telle conséquence est admise lorsque "la mesure prise s'impose manifestement" (2). Ainsi, une fois l'expulsion réalisée, il faut se persuader de son caractère le plus souvent définitif (3).

L'exécution de cette décision peut néanmoins être source de difficultés et déboucher, dans le pire des cas, sur une impasse. Il faut assurément donner à la décision de justice les

(1) V. Cass. Req., 17 fév. 1874, préc. ; v. aussi supra, p. 41, - A -.

(2) Annexe I, question n° 8.

(3) V. Annexe I, question n° 15 : "La réintégration est illusoire". Adde cep. infra, p. 441 et s.

moyens d'être pleinement efficiente. Cela suppose que les plaideurs acceptent de se soumettre à la solution donnée au litige par le juge.

Deux situations doivent alors être envisagées :

Une première hypothèse concerne les demandes d'expulsion fondées sur l'acquisition d'une clause résolutoire insérée à un contrat de bail ou dirigées contre les occupants sans droits ni titres de locaux commerciaux ou à usage d'habitation (1).

Une tentative de conciliation ou de médiation semble par avance vouée à l'échec en de telles circonstances. Elle n'apparaît toutefois pas totalement vaine. Car une présence active des parties permet d'assurer l'exécution de la décision qui va être rendue. Ne serait-ce qu'en les réunissant en un commun accord sur l'octroi de délai, soit de paiement, soit d'évacuation. Eclairer les parties sur leurs droits tout en favorisant la discussion sur les moyens de rétablir des relations saines ou, plus prosaïquement, sur les modalités d'exécution de la décision, est un apport indéniablement positif d'une communication réussie et par suite d'une bonne administration de la Justice.

(1) Par ex. Cass. Civ. 1ère, préc. ; T.G.I. Paris, réf., 16 juin 1989, inédit, n° 4181/89-3. V. aussi Ph. BERTIN, préc., v° "Référez civil", n° 163-164 (logement de fonction et expulsion de concierges) ; J.-F. BOIRON, préc., v° "Référez commercial", n° 61-62 ; J. SEIGNOLLE, préc., J.C.P. 1958. I. 1401, n° 34.

Ne peut être assimilée à ce cas la condition du locataire en titre contre lequel est demandée une expulsion en raison de troubles de jouissance occasionnés aux voisins, ou toute autre violation grave de ses obligations contractuelles, en l'absence de clause résolutoire ; v. cep. Ph. BERTIN, préc., v° "Référez civil", n° 161.

Cette communication revêt une importance capitale dans une seconde catégorie de litiges, pour lesquels il n'est pas seulement utile d'éclairer les parties sur leurs droits et favoriser un débat qui peut déboucher sur une résolution amiable du différend ou faciliter l'exécution de l'ordonnance à intervenir, mais absolument nécessaire d'introduire un véritable dialogue entre les plaideurs. En certaines circonstances, l'ouverture d'un débat se révèle comme le seul moyen capable de délier une situation des plus inextricables. Les litiges qui ont mis en avant cet apport de la conciliation mais surtout de la médiation judiciaire, sont relatifs à l'expulsion des grévistes occupant les lieux de travail (1).

L'occupation des lieux de travail constituant "certainement le moyen le plus efficace pour l'exercice du droit de grève" (2), la difficulté porte sur l'appréciation du caractère légitime ou non des modalités d'exercice de ce droit. Car l'occupation n'est pas nécessairement illégitime par elle-même (3) : si l'ordre et la sécurité sont préservés à l'intérieur des lieux de travail, la demande d'expulsion doit être rejetée (4) ou

(1) V. déjà, au regard de la condition d'urgence, supra, p. 370-371.

(2) T.G.I. Grasse, réf., 24 oct. 1979, préc.

(3) A. JEAMMAUD, note sous Cass. Soc., 17 mai 1977, D. 1977. 650 ; J.C. JAVILLIER, note sous quatre esp., D. 1974. 783, spéc. p. 787-788. V. contra, F. CHEVALLIER-DUMAS, obs. sous Poitiers, Ch. civ., 2e Sect., 6 sept. 1979, J.C.P.-C.I. 1980. II. 13361, *in fine* ; Y. DESDEVISES, préc., D. 1981. Chron., 241, spéc. n° 16 ; v. aussi supra, p. 208 et s.

(4) T.G.I. Versailles, réf., 5 et 12 juin 1978, Dr. ouvr. 1980. 20 et 22.

reportée (1). La seconde solution apparaît plus adaptée aux réalités concrètes de ces types de conflit, puisqu'un rejet pur et simple de la demande laisse la situation en l'état et n'est pas de nature à faire progresser le litige vers une nécessaire solution. S'il "n'est pas démontré qu'une solution de force serait la mesure la plus appropriée à court ou à moyen terme" (2), le juge du provisoire doit retarder sa décision sur la demande d'expulsion (3). Cela suppose tout de même que l'occupation n'aille pas au-delà de l'exercice normal du droit de grève et permette d'assurer la continuité du travail et la pérennité de l'entreprise.

L'appréciation du caractère légitime de l'occupation présuppose une information du juge sur les éléments nécessaires à une vision globale et réelle du litige (4). C'est ainsi que certains juges des référés ont nommé des experts, des consultants ou des techniciens, afin de déterminer les causes

(1) T.G.I. Paris, réf., 21 sept. 1979, Dr. ouvr. 1980. 26 : dans l'attente d'une réunion d'ores et déjà fixée, "le personnel gréviste n'apportera aucun obstacle" à la liberté du travail du personnel non gréviste. En cas de non respect de ces engagements "assumés en notre présence", il sera "procédé à l'évacuation" des grévistes. Poursuivant un objectif similaire : T.G.I. Bordeaux, réf., 14 juin 1974, Dr. soc. 1975. 128, 1ère esp., obs. J. SAVATIER ; T.G.I. Bordeaux, réf., 19 déc. 1977, D. 1978. 637, note H. SINAY, G. WIEDERKEHR ; T.G.I. Grasse, réf., 24 oct. 1979, préc.

(2) T.G.I. Versailles, réf., 12 juin 1978, préc.

(3) T.G.I. Versailles, réf., 16 juin 1978, Dr. ouvr. 1980. 24.

(4) V. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1977. 599 et 1979. 177 ; rappr. T.G.I. Evry-Corbeil, réf., 4 janv. 1974, D. 1974. 783, 1ère esp., note J.-C. JAVILLIER ; T.G.I. Bordeaux, réf., 14 juin 1974, préc. ; T.G.I. Bordeaux, réf., 19 déc. 1977, préc.

du différend (1). Par suite l'expulsion ne peut plus être automatique (2), au moins durant le temps nécessaire aux investigations.

A ce stade, l'intervention du juge des référés ne peut se limiter à prendre acte de la situation et d'en tirer des conséquences brutales sans effet bénéfique véritable sur la suite du litige :

On peut évidemment tenter de mettre fin à une occupation illégitime des locaux en ordonnant l'évacuation immédiate des lieux. On peut à l'inverse refuser d'accorder cette expulsion en estimant que l'occupation est pacifique (3). Dans les deux cas, on ne résoud pas la difficulté. Le recours à l'épreuve de force n'est pas le meilleur moyen pour "faciliter la décrispation des relations de travail" dans un tel conflit (4). L'attentisme ne l'est pas davantage !

(1) J. SAVATIER, obs. sous T.G.I. Bordeaux, réf., 14 juin 1974, préc.

Parallèlement, il leur était souvent confiée une mission apparemment accessoire (mais pratiquement essentielle) de rechercher une solution amiable au conflit, v. T.G.I. Versailles, réf., 12 juin 1978 et Versailles, 5e Ch., 20 juin 1978, Dr. ouvr. 1980. 22 et 24 ; T.G.I. Privas, réf., 13 oct. 1989, préc. ; Ph. BERTIN, préc., v° "Référe civil", n° 200 ; J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1979. 174 ; J. SAVATIER, "Expulsion et licenciement des grévistes occupant les locaux de travail", Dr. soc. 1978. 119 ; Y. DESDEVISES, obs. sous Cass. Soc., 17 mai 1977, J.C.P. 1978. II. 18992 ; J.-C. JAVILLIER, note sous quatre esp., D. 1974. 783 ; H. SINAY, G. WIEDERKEHR, note sous T.G.I. Bordeaux, réf., 19 déc. 1977, préc.

(2) J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1977. 602. V. aussi A. SUPIOT, op. cit., p. 697.

(3) Ou que l'atteinte aux droits ou aux biens de l'employeur n'est pas démontrée, idée que l'on trouve déjà dans l'ordonnance rendue par le Président BELLET le 29 mai 1968 dans l'affaire Citroën, préc., qui fait état d'atteintes "éventuellement portées par les occupants de l'usine aux droits ou aux biens de la Société".

(4) T.G.I. Versailles, réf., 12 juin 1978, préc. ; v. cep. T.G.I. Nevers, réf., 21 mars 1975, préc., qui estime qu'une expulsion immédiate est une mesure devant "permettre la reprise des pourparlers et détendre le climat social".

Il vaut mieux favoriser la discussion, permettre l'ouverture de négociations sérieuses (1), "négociations auxquelles toutes les parties en cause devront finalement se résoudre" (2). Ne serait-ce qu'en raison de la poursuite d'éventuelles relations dans le futur (3).

Cette nécessité de négocier est évidente (4). Il y va de l'intérêt de tous, y compris du demandeur à l'action qui, s'il cherche parfois à se ménager une preuve judiciaire de l'illicéité de l'occupation en vue de sanctions ultérieures (5), espère en premier lieu une amélioration de la situation. Aussi, plutôt que d'appliquer une logique d'expulsion ou au contraire de laisser faire, il faut se diriger vers une procédure de solution amiable (6).

On peut notamment songer à prononcer une mesure destinée à éviter ou à faire cesser un trouble illicite ; en enjoignant, par exemple, à chacun de respecter les droits de l'autre partie (7), de manière à ce que l'exploitation puisse se poursuivre ou

- (1) L'objectif à atteindre est l'introduction d'une concertation entre les parties afin de parvenir à un accord qui soit en mesure de satisfaire tout le monde, cf. P. MIGNUCCI, Rapport au Coll. Pau, Cahiers de l'Université, 1979, spéc. p. 77 ; B. TEYSSIE, préc., Dr. soc. 1988. 562.
- (2) T.G.I. Paris, réf., 21 sept. 1979, préc.
- (3) V. supra, p. 355, note (4).
- (4) Cf. T.G.I. Lure, réf., 29 mars 1975, préc. ; Versailles, 5e Ch., 20 juin 1978, préc. ; et surtout, T.G.I. Grenoble, réf., 26 oct. 1979, préc., qui condamne la direction d'une société aux entiers dépens car elle n'a pas "tenté d'amorcer une négociation qui aurait peut-être empêché la présente instance".
- (5) La procédure de référé pouvant servir "à débusquer les fautes lourdes", v. H. SINAY, préc., D. 1989. Chron., 297, spéc. 299 ; J. SAVATIER, préc., Dr. soc. 1988. 655.
- (6) J. SAVATIER, préc., Dr. soc. 1988. 655.
- (7) T.G.I. Paris, réf., 21 sept. 1979, préc. ; T.G.I. Grasse, réf., 24 oct. 1979, préc. ; T.G.I. Valence, réf., 13 oct. 1992, Dr. ouvr. 1993. 26.

être reprise, tout en favorisant concomitamment l'ouverture d'un dialogue par la mise en place d'une médiation (1).

Une expulsion immédiate peut donc méconnaître l'intérêt qui existe à rapprocher les plaideurs et risque de "créer l'irréparable" (2). Ceci est particulièrement patent dans le cas où des négociations sont déjà en cours. Pour éviter un nouvel embrasement des passions, il est alors indispensable de différer la décision sur l'évacuation des locaux (3).

On a pu déclarer qu'il est important de rétablir la légalité avant d'engager quelle que forme que ce soit de négociation (4). Une tentative de conciliation suppose d'abord la cessation de la voie de fait que constitue l'occupation (5). "Nul ne doit se mettre hors-la-loi pour discuter" (6).

Rappelons toutefois qu'une occupation n'est pas forcément constitutive d'un trouble manifestement illicite. La difficulté

- (1) J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1981. 437 ; B. TEYSSIE, préc., Dr. soc. 1988. 562, spéc. p. 565 : "Le renvoi à la médiation est l'ultime tentative conduisant à la conciliation quand une expulsion est demandée en réfééré".
- (2) T.G.I. Belfort, réf., 8 oct. 1979, Dr. ouvr. 1980. 27.
- (3) T.G.I. Bordeaux, réf., 19 déc. 1977, préc.
- (4) F. CHEVALLIER-DUMAS, obs. sous Poitiers, Ch. civ., 2e Sect., 6 sept. 1979, préc.
- (5) V. Y. DESDEVISES, préc., D. 1981. Chron., 241, n° 16.
- (6) F. CHEVALLIER-DUMAS, obs. sous Poitiers, Ch. civ., 2e Sect., 6 sept. 1979, préc. ; rappr. Paris, 1ère Ch., 2 juil. 1975, Jurisp. soc. U.I.M.M., n° 352, p. 235 : "en suspendant sa décision au résultat d'une mesure d'instruction (...) le premier juge a par là même admis, contrairement à la loi, que la contrainte résultant d'une voie de fait pouvait être génératrice de droit" ; Versailles, 5e Ch., 20 juin 1978, préc. : "si le premier juge ne pouvait, en l'état de la cause, différer sa décision sur la demande d'expulsion (...) des mesures de consultation étaient urgentes comme étant de nature à faciliter une solution du conflit".

n'est donc pas de mettre fin à une action illégale, mais bel et bien de favoriser l'ouverture d'un débat sur une question qui, sans lui, est susceptible de dégénérer en un insoluble conflit.

L'influence de cette volonté commune à tous les acteurs du monde judiciaire d'établir un dialogue entre les plaideurs est tellement fondamentale, qu'elle masque parfois le délicat problème de la détermination du degré de gravité du trouble invoqué à l'appui de la demande d'expulsion. Certaines décisions semblent en effet se contenter de déterminer la partie qui est à l'origine de l'absence de progrès dans les négociations pour légitimer ou, au contraire, refuser l'expulsion. L'impression qui en résulte est que la mesure que le juge des référés sera amené à prononcer, dépend en grande partie de l'appréciation de la volonté de négocier de chacun des plaideurs (1). Il a ainsi été jugé que "l'ouverture de négociations sérieuses légitime l'expulsion" (2), ou encore que l'occupation n'a plus lieu d'être lorsque l'avancement du différend ne souffre pas du seul fait de l'employeur (3). Plus que la situation de fait, c'est donc l'esprit de dialogue des parties qui est l'objet de l'analyse du juge des référés ! On ne peut qu'être conforté dans cette impression à la lecture

- (1) L'employeur est à cet égard souvent considéré comme le débiteur d'une obligation de négocier, v. A. RAMIN, préc., Dr. soc. 1989. 839 ; comp. P. MASANOVIC, "L'exécution forcée des obligations dans les rapports collectifs de travail en matière d'organisation et de fonctionnement de l'entreprise", Dr. ouvr. 1991. 181.
- (2) T.G.I. Bayonne, réf., 10 juin 1975, Dr. ouvr. 1976. 71.
- (3) T.G.I. Paris, réf., 12 mars 1974, D. 1974. 783, 4e esp., note J.-C. JAVILLIER.

de l'ordonnance de référé rendue le 9 octobre 1989 par le Président du T.G.I. de Mulhouse (1), qui estime que "l'occupation temporaire des locaux s'explique et peut être tolérée, pour autant qu'elle facilite la négociation" ; le dialogue amorcé, "il faut considérer que l'occupation de l'entreprise est (...) entièrement illicite". Néanmoins, l'ordonnance précise ensuite que l'occupation "est non seulement contraire au droit inviolable de propriété mais constitue surtout une atteinte intolérable à la liberté du travail des non grévistes". Cette précision a le mérite de replacer les divers éléments dans leur contexte (2). Le caractère d'illicéité du trouble se mesure à l'aune des atteintes portées aux droits concurrents et non au degré de volonté de négocier des plaideurs.

Quoiqu'il en soit, il apparaît opportun de tout mettre en oeuvre pour parvenir à une solution amiable, en retardant au maximum le recours à l'utilisation de la force. D'autant mieux que la mise en oeuvre d'une mesure d'expulsion peut donner lieu à des difficultés d'exécution dont "la force d'inertie" de l'institution administrative est une illustration (3). Car il n'est pas à exclure que l'intervention

(1) Dr. soc. 1990. 175.

(2) De la même manière, il est important de remarquer que si le Président du T.G.I. de Paris ordonne l'évacuation des locaux dans sa décision du 12 mars 1974, préc., c'est bien en raison de "la constance de la voie de fait". Et c'est de cette voie de fait caractérisée que découle l'absence de progrès dans les négociations.

(3) Pour une vue d'ensemble, v. J. NORMAND, "Les difficultés d'exécution des décisions de justice", in Mél. H.-D. COSNARD, *Economica*, 1990, p. 393 et s. ; v. aussi F. DE ROCCA, "Principe d'une Indemnisation Liée au Refus de Concours de la Force Publique", *Gaz. Pal.* 1989. 2. *Doctr.*, 355.

de la force publique soit indispensable pour assurer l'exécution de la décision de justice. Or, cet appel à la puissance publique peut rester lettre morte dans l'hypothèse d'un refus ou d'hésitations de sa part à s'impliquer dans l'action.

Le temps est à la communication et la logique économique et sociale contemporaine conduit à stigmatiser toute intervention des forces de l'ordre visant à évacuer des locaux illicitement occupés, en invitant les parties à reprendre "le chemin de la discussion" (1).

Mais le recours à ce qui passe aujourd'hui pour une solution extrême est toujours en filigrane : en cas d'échec des négociations et de durcissement du conflit, il ne reste qu'à en tirer les conséquences ... et ordonner l'expulsion (2). Ajoutons toutefois que le juge des référés dispose de la faculté de prononcer une astreinte afin de pallier la possible

(1) V. en ce sens le communiqué de la Fédération du Bas-Rhin du Parti Socialiste dans l'affaire de la brasserie de Mutzig, suite à l'intervention de la gendarmerie, "Dernières Nouvelles d'Alsace", 5 déc. 1990, p. régionales. I.

(2) T.G.I. Bobigny, réf., 8 mars 1974, Dr. ouvr. 1975. 94 ; T.G.I. Paris, réf., 12 mars 1974, préc. ; T.G.I. Paris, réf., 21 sept. 1979, préc. ; T.G.I. Belfort, réf., 8 oct. 1979, préc. ; T.G.I. Roanne, réf., 7 mars 1991, aff. "La Vie en Pull", "Le Pays Roannais", 15 mars 1991, p. 10 ; H. SINAY, préc., D. 1989. Chron., 297 ; B. TEYSSIE, préc., v° "Grève dans le secteur privé", n° 124. Dans ce cas, le recours à la médiation judiciaire n'a fait que reporter dans le temps le règlement du conflit, qui reste entier. Cette procédure n'est donc "qu'intermédiaire" (H. SINAY, préc., in Mél. M. DAVID, "Convergences", Calligrammes, 1991, p. 416).

Plus généralement et au-delà de la question de l'expulsion, l'impossibilité de parvenir à un accord impose au juge des référés de statuer sur la demande et "de trancher le différend", v. par ex. T.G.I. Paris, réf., 14 juin 1989, inédit, n° 4553/89.

inertie des pouvoirs publics (1).

Ce qui est vrai entre partenaires sociaux l'est aussi entre toute partie en litige. Simplement, les circonstances de la cause, parce que différentes, influent sur le choix de la mesure (conciliation ou médiation). Le principe en lui-même demeure inchangé. Il s'agit toujours d'obtenir un accord des plaideurs sur l'ensemble des questions litigieuses ou, du moins, sur les modalités d'exécution de la décision à venir. C'est pourquoi, lorsque le débat porte sur l'octroi de délais pour évacuer (cas des squatters) (2), cela correspond en pratique à un ultime essai de libération amiable du lieu occupé.

C'est ainsi que dans l'affaire de l'Eglise Saint-Nicolas-du-Chardonnet, l'expulsion forcée des intégristes qui occupaient le lieu de culte a été fixée à sept semaines de l'arrêt d'appel, le médiateur n'ayant pu obtenir un accord des parties. La décision précise que l'évacuation volontaire des locaux, "seule issue raisonnable du présent conflit, peut encore être espérée" et qu'en l'espèce, "la mesure d'expulsion présente d'ailleurs des difficultés particulières tenant au fait qu'une Eglise est un lieu public qui doit rester accessible à tous (...) aux heures normales d'ouverture" (3).

- (1) T.G.I. Carpentras, réf., 5 juin 1984, Jurisp. soc. U.I.M.M. 1985. 69.
Sur les astreintes, v. infra, p. 628.
- (2) Paris, 1ère Ch., 9 nov. 1955, Gaz. Pal. 1955. 2. 356, concl. LINDON. Cette décision avait accordé des délais pour évacuer, en se fondant, non sur l'art. 1244 c. civ., écarté pour des motifs tirés de l'illicéité de l'occupation, mais sur des considérations d'ordre public.
- (3) Paris, 1ère Ch. A, 13 juil. 1977, préc.

Les intérêts que présentent les mécanismes de conciliation et de médiation judiciaire devant le juge des référés étant précisés, il convient à présent de s'interroger sur les perspectives de développement de ces procédés, compte tenu des textes et de la mission qui fondent l'intervention du juge du provisoire.

Si l'avenir de la conciliation par le juge des référés est relativement fixé, il n'en va pas de même pour la médiation judiciaire.

Le fondement et les règles qui président au déroulement d'une conciliation par le magistrat chargé des référés sont précis et clairs. L'art. 21 nouv. c. pr. civ. ne souffre d'aucune discussion et le juge peut tenter la conciliation "tout au long de l'instance", "au lieu et au moment que le juge estime favorable" (art. 127 et s. nouv. c. proc. civ.).

Plus complexes sont les règles qui dirigent la destinée de la médiation judiciaire.

C'est donc au regard de la mesure de médiation prononcée par le juge des référés que nous analyserons la situation.

S E C T I O N 2

Les perspectives d'avenir de la médiation
judiciaire en référé

La création jurisprudentielle de la médiation judiciaire pâtit de son manque de fondement certain et de la crainte suscitée par les risques latents de déviation de l'institution, - § 1 -.

L'élaboration de règles propres à assurer son déroulement et son développement régulier apparaît donc indispensable, - § 2 -.

§ 1. Une fragile création de la jurisprudence.

La fragilité du procédé qui tend à la désignation d'un médiateur par le juge des référés tient à l'absence de fondement certain de l'institution récemment créée, - A -.

S'ajoute à cet aspect du mécanisme la crainte de vices, l'un endémique (l'illégalité), l'autre plus latent (les craintes de pressions exercées contre les plaideurs), que le recours à la médiation judiciaire recèlerait, - B -.

A. UN PROCEDE RECENT AU FONDEMENT INCERTAIN :

Bien qu'issue d'une jurisprudence prétorienne et hardie, la médiation judiciaire ne constitue pas un procédé totalement inattendu. Utilisé parfois sans visa de texte

particulier (1), le recours à un tiers chargé de rapprocher les parties à un litige s'est rapidement appuyé sur les textes applicables aux mesures d'instruction, - 1 -.

Mais l'on ne saurait se satisfaire d'un "détournement de texte", même si l'objectif poursuivi est louable. Un fondement juridique certain doit accompagner l'émergence de la médiation judiciaire, - 2 -.

- 1 - Une création en marge des textes :

Dès l'instant où les juges des référés ont estimé utile de déterminer les causes du différend dont ils étaient saisis, il est apparu intéressant d'étendre la portée des textes relatifs aux mesures d'instruction exécutées par un technicien (2). Mais l'objectif que poursuit la commission d'un technicien (constatant, consultant ou expert) est d'"éclairer" le juge (art. 232 nouv. c. pr. civ.) et par voie de conséquence les plaideurs "sur une question de fait" ("sur des questions purement techniques" selon les termes de l'ancien art. 302 c. pr. civ.). C'est là sa mission. "Il ne doit jamais porter d'appréciation d'ordre juridique" (art. 238 nouv. c. pr. civ.) et ne peut être investi par le juge de la "mission de concilier les parties" (art. 240 nouv. c. pr. civ.). A chacun son

- (1) P. ESTOUP, préc., Gaz. Pal. 1989. 1. Doctr., 176, spéc. p. 177, A, col. de droite.
- (2) Cf. supra, p. 383, note (1) et les références citées ; Cl. PARODI, "Les règles spécifiques aux mesures d'instruction exécutées par un technicien", in Coll. Poitiers, 1975, P.U.F., 1976, p. 37 et s., spéc. p. 40-41 : "au tribunal de commerce de Saintes, on nomme des experts-conciliateurs".

domaine (1) ! Cette règle évite une dispersion de la mission du technicien qui, s'il favorise l'aspect de la conciliation, vide la mesure d'instruction de son sens. D'où l'interdiction énoncée à l'art. 240.

L'efficacité de cette prohibition de principe est toutefois altérée par l'existence de l'art. 281 nouv. c. pr. civ., qui permet au technicien de "constater que sa mission est devenue sans objet" lorsque "les parties viennent à se concilier". Partant de cette formule, il est possible de commettre un technicien en lui confiant, sans vraiment le dire, une mission de "bons offices" (2), "au mépris de la prohibition de l'art. 240 nouv. c. pr. civ." (3). Même à considérer que cette manière

- (1) F. GORPHE, op. cit., p. 93-94 ; E. BLANC, J. VIATTE, op. cit., art. 240 : si la mission de conciliation ne peut appartenir au technicien, c'est pour qu'elle ne soit exercée que par le juge ; J. NORMAND, "Remarques sur l'expertise judiciaire au lendemain du Nouveau Code de Procédure Civile", in Mél. J. VINCENT, Dalloz, 1981, spéc. p. 260 ; M. OLIVIER, préc., v° "Mesures d'instruction confiées à un technicien", n° 496 ; Cl. PARODI, préc., in Coll. Poitiers, 1975, P.U.F., 1976, p. 37 et s., spéc. p. 49-50.
- (2) Par ex. Cass. Civ. 3e, 12 avr. 1972, Bull. III, n° 214, p. 153 ; Cass. Civ. 2e, 21 mars 1979, Bull. II, n° 91, p. 64 : au moyen qui reproche à un arrêt d'avoir violé l'art. 240 nouv. c. pr. civ., la Cour de cassation répond que la mission donnée à l'expert n'était pas de concilier les parties, "mais seulement de déposer son rapport au cas où celles-ci ne parviendraient pas, entre elles, à une conciliation" ; Cass. Soc., 26 juil. 1984, Dr. soc. 1985. 118, note J. SAVATIER. La Cour de cassation écarte la sanction (nullité) qui frappe l'accord transactionnel qui intervient lorsque l'expert, loin de concilier les parties, leur propose une solution qu'elles acceptent : Cass. Civ. 2e, 21 juil. 1986, Bull. II, n° 131, p. 89, Gaz. Pal. 1987. 1. somm. 173, note S. GUINCHARD, T. MOUSSA.
- (3) R. PERROT, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1980. 162 ; les rapports de divers I.E.J. associés au Coll. de Poitiers, 1975, constatent d'ailleurs cette faveur des juridictions pour la conciliation par le technicien, nonobstant les termes de l'art. 240, v. Coll. Poitiers, 1975, P.U.F., 1976, Rapports des I.E.J. de Bordeaux (p. 201-6), de Dijon (p. 211-3), de Limoges (p. 229-b), de Poitiers (p. 258-b) et de Reims (p. 282-b).

d'agir de la jurisprudence "a souvent donné d'heureux résultats qui mettent en échec l'opportunité de l'art. 240" (1), il n'en demeure pas moins que la finalité première du texte n'est pas respectée (2).

Pour échapper à la critique, la médiation judiciaire doit se découvrir un fondement certain. A cet égard, il faut se détacher des textes applicables aux mesures d'instruction confiées à un technicien.

- 2 - La recherche d'un fondement certain :

La désignation d'un technicien à qui est confiée une mission de conciliation, semble se situer dans la perspective de l'art. 21 nouv. c. pr. civ. (3).

Aussi, la plupart des décisions se sont-elles orientées vers ce texte (4), avec parfois de sérieuses difficultés à franchir le pas (5). Il faut avouer que la solution ne s'impose pas d'elle-même. Mais c'est le mérite de la jurisprudence que d'avoir su déceler parmi les facultés offertes au juge du provisoire, la

(1) Ph. BERTIN, préc., v° "Référé civil", n° 200.

(2) P. ESTOUP, préc., Gaz. Pal. 1989. 1. Doctr., 176, spéc. p. 177, B ; Y. DESDEVISES, préc., D. 1981. Chron., 241.

(3) Y. DESDEVISES, préc., D. 1981. Chron., 241, n° 16 et obs. sous Cass. Soc., 17 mai 1977, préc.

(4) V. Paris, 1ère Ch. A, 17 déc. 1987, préc. ; Versailles, 1ère Ch., 10 nov. 1988, préc. ; T.G.I. Paris, réf., 16 nov. 1988, préc. ; Paris, 1ère Ch. A, 6 juin 1989, préc. ; T.G.I. Privas, réf., 13 oct. 1989, préc.

(5) Cf. Versailles, 5e Ch., 20 juin 1978, préc. : "le premier juge (...) a employé à tort dans les motifs de sa décision le terme de médiation" mais "des mesures de consultation étaient urgentes comme étant de nature à faciliter une solution du conflit".

possibilité de désigner un mandataire de justice avec pour fonction la recherche d'un rapprochement des plaideurs et pour raison d'être la volonté d'offrir aux parties à l'instance un moyen ultime de résoudre le conflit d'une manière raisonnable (1).

Un premier élément qui doit être clarifié est la base textuelle sur laquelle le juge des référés peut s'appuyer pour désigner un médiateur.

Peut-il se fonder sur les articles 808 et 809, al. 1er du nouveau Code ?

Nous avons déjà eu l'occasion de démontrer qu'il peut y avoir urgence à nommer un tiers et à l'investir d'une mission de "bons offices" (2). Le débat s'oriente ici vers la notion de mesure dont peut décider le juge des référés. La désignation d'un médiateur constitue-t-elle une mesure au sens des articles 808 et 809, al. 1er du nouveau Code ?

Il faut certainement exclure la possibilité de désigner ce "mandataire de justice" en se référant à l'art. 809, al. 1er.

A l'évidence, il ne s'agit pas d'une mesure de remise en état ; et la nomination d'un tiers est distincte des mesures conservatoires visées à l'article 809, al. 1er (3). Sauf à

- (1) Tout en sachant qu'une médiation est aussi de nature à permettre une meilleure acceptation de l'ordonnance qui sera rendue, en cas d'échec de cette tentative de réunir et d'accorder ceux qui s'opposent, cf. supra, p. 355, spéc. note (1).
- (2) Cf. supra, p. 369 et s.
- (3) Sur la distinction entre mesures urgentes et conservatoires, v. J.-R. MIRBEAU-GAUVIN, préc., D. 1989. Chron., 39, n° 17.

considérer que la désignation d'un médiateur participe de la sauvegarde de certains biens ou des "droits des parties, dans l'attente d'un événement ultérieur (souvent l'issue d'un procès)" (1) et constitue en tant que telle une mesure conservatoire, ce qui paraît être une conception bien extensive de la notion de conservation.

La mesure visée à l'art. 808 semble a priori plus propice à une mission de concertation. Si les parties ne s'y opposent pas, aucune contestation sérieuse n'est en mesure d'empêcher la médiation judiciaire (2). Le différend spécifié par le texte peut éventuellement se résoudre par l'entremise du médiateur judiciaire (3). La contestation qui divise les plaideurs, loin d'écartier l'intervention du juge des référés, va la justifier. Et le juge pourra "ordonner immédiatement les mesures nécessaires" (art. 484 nouv. c. pr. civ.).

Ces mesures qui sont prescrites dans le cadre d'une "décision provisoire" n'en sont pas moins exécutoires de plein droit (4). L'exécution immédiate de l'ordonnance de référé presuppose la possibilité de son exécution forcée (5). Or, la désignation d'un médiateur judiciaire ne peut faire l'objet d'une telle exécution, puisqu'elle dépend essentiellement de l'accord des

(1) G. CORNU, "Droit civil. Introduction - Les personnes - Les biens", Montchrestien, 1991, n° 129, spéc. p. 53.

(2) Cf. supra, p. 374, - 1 -.

(3) A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, préc., Dr. soc. 1990. 167, spéc. 171.

(4) Art. 489 et 514, al. 2, nouv. c. pr. civ. V. aussi infra, p. 474.

(5) E. BLANC, J. VIATTE, op. cit., Chapitre III, v^o "Exécution provisoire", p. 348 et s. ; J.-J. HANINE, préc., J.C.P. 1976. I. 2756, n° 4.

parties au litige (1). Elle ne peut, en conséquence, s'insérer dans l'arsenal des mesures dont dispose le juge des référés au titre de l'art. 808 nouv. c. pr. civ.

Cependant, cela ne signifie pas qu'il soit radicalement impossible au juge des référés de prescrire une mesure de médiation.

Les termes employés à l'art. 21 du nouveau Code sont explicites : "Il entre dans la mission du juge de concilier les parties". Ils doivent être mis en rapport avec le Titre sixième du nouveau Code, qui réglemente la conciliation : "Les parties peuvent se concilier (...) à l'initiative du juge" (art. 127), "au lieu et au moment que le juge estime favorables" (art. 128). Rien n'interdit au juge d'organiser le processus de conciliation comme il l'entend, en particulier en chargeant un médiateur de la mission d'assurer "la confrontation des points de vue respectifs des parties à un litige et d'entamer la négociation" (2).

La désignation d'un médiateur se présente alors comme une mesure avant dire droit (3). Elle se distingue cependant des mesures provisoires dont il est fait état à l'art. 482 du nouveau Code. En effet, dans ce dernier cas, le but poursuivi est de protéger l'une des parties contre les lenteurs de la justice en prenant des mesures provisoires pendant l'instance

(1) V. en ce sens, Paris, 1ère Ch. A, 29 mars 1989, préc.

(2) Paris, 1ère Ch. A, 16 mai 1988, préc.

(3) V. J.-Cl. FOURGOUX, note sous T.G.I. Paris, réf., 16 nov. 1988, préc. ; rappr. Paris, 1ère Ch. A, 28 sept. 1976, préc., v. le dispositif de l'arrêt.

et pour la durée de celle-ci (1). L'objectif poursuivi par la mise en oeuvre d'une médiation est différent : il ne s'agit pas d'édicter une mesure provisoire destinée à préserver les intérêts d'une partie contre le fâcheux écoulement du temps dans un procès qui s'éternise, mais d'"assurer la bonne marche de la procédure" (2) en désignant un auxiliaire de la justice. Ainsi, opter pour la qualification de "jugement avant dire droit" supposerait une nouvelle lecture de l'art. 482 et une définition plus extensive de la "mesure provisoire" qu'il vise. Il a toutefois été jugé que la nomination d'un médiateur est "une mesure d'administration judiciaire relevant de l'office du juge et de son devoir de veiller au règlement par voie amiable ou imposée des différends qui lui sont soumis" (3). La solution envisagée n'est pas sans conséquence. L'art. 537 du nouveau Code énonce que "les mesures d'administration judiciaire ne sont sujettes à aucun recours". Ne risque-t-on pas alors de voir un juge des référés imposer une médiation aux parties ? Ce risque est cependant atténué, puisque la notion d'excès de pouvoir est appréciée largement de manière à autoriser l'exercice d'un pourvoi en cassation (4).

Néanmoins, certains éléments donnent à penser que la qualification de "jugement avant dire droit" n'est pas à exclure catégoriquement. Elle est concevable si l'on raisonne par analogie à l'art. 773 nouv. c. pr. civ., applicable au juge

(1) J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit., n° 733, p. 513.

(2) J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit., n° 106, p. 117 ; E. BLANC, J. VIATTE, op. cit., art. 499.

(3) Paris, 1ère Ch. A, 17 déc. 1987, préc. (v. supra, p. 364).

(4) V. A. BENABENT, Rép. pr. civ. Dalloz, v° "Jugement", n° 28 ; J. BORE, op. cit., n° 1904 et s., p. 579 et s. ; J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit., n° 106, p. 118, in fine.

de la mise en état. Cet article distingue les mesures qui font "l'objet d'une simple mention au dossier", de celles que le magistrat prescrit par "ordonnance motivée". Non seulement le juge des référés désigne le médiateur en rendant une ordonnance, mais il est possible de revenir devant le juge à tout moment.

Si le juge du provisoire peut favoriser le rapprochement des parties par le recours à l'art. 21 nouv. c. pr. civ., se présente une seconde difficulté qui tient à la formule même des articles 21 et 127 et suivants du nouveau Code : La rédaction de ces textes semble imposer l'existence préalable d'une instance judiciaire. A moins d'adopter une conception extensive de l'art. 21 qui ferait accéder le juge au premier rang des conciliateurs. Mais si l'art. 21 permettait de saisir ainsi le juge à titre principal, se poserait le problème de la gestion de son temps par le magistrat et par voie de conséquence, celui de l'utilité des mécanismes parallèles de résolution amiable des conflits qui sont en large expansion ces dernières années. En toute occurrence, le recours à la médiation judiciaire serait à envisager. Les besoins de la pratique, dans une telle vision de l'art. 21, l'imposeraient. En réalité, la saisine préalable d'un juge devant statuer correspond à une spécificité complémentaire de la médiation judiciaire au regard des autres formes de règlement pacifique des litiges. La mission générale donnée au juge par l'art. 21 est la sienne "tout au long de l'instance" (art. 127 nouv. c. pr. civ.).

Cette thèse se trouve confortée par la lecture de l'art. 30 nouv. c. pr. civ., qui énonce que "l'action est le droit pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci, afin que le juge la dise bien ou mal fondée". Ce qui présume l'existence d'une prétention que le juge doit pouvoir

trancher (1).

L'art. 21 seul ne saurait donc fonder une mesure de médiation judiciaire, qui apparaît comme une mesure accessoire à une demande principale. Les textes relatifs à la conciliation (et par suite à une mesure de médiation judiciaire) doivent ainsi être combinés avec les textes généraux applicables au réfééré.

Une difficulté supplémentaire se greffe sur ce point. Elle tient à la question de la compétence et des pouvoirs du juge saisi.

Le juge des référés doit en effet pouvoir trancher le différend qui lui est soumis. Cela suppose, avant même de s'interroger sur l'opportunité de la mesure de concertation, qu'il soit compétent et que le litige relève de ses pouvoirs (2). Le problème mérite d'être soulevé, car on a pu déceler dans une décision de la Première Chambre civile de la Cour de cassation, du 27 février 1985 (3), l'idée suivant laquelle, même incompétent, le juge des référés peut concilier les parties (4). La lecture de l'arrêt ne nous conduit pas à des conclusions similaires, du moins concernant l'espèce. Car en fait, l'incompétence du juge des référés a été rachetée, non en vertu d'une vocation générale du juge à concilier, mais en raison d'une règle de procédure : la demanderesse au pourvoi n'avait pas contesté la compétence du juge des référés avant de présenter une défense sur l'objet de la demande. Or,

(1) J. BEAUCHARD, obs. sous T.G.I. Paris, réf., 2 oct. 1989, préc.

(2) Sur la distinction entre compétence et pouvoirs, v. J. NORMAND, obs. in Rev. trim. dr. civ. 1983. 783 ; v. aussi supra, p. 117, - B -.

(3) Cass. Civ. 1ère, 27 fév. 1985, Bull. I., n° 78, p. 72.

(4) E. BLANC, J. VIATTE, op. cit., art. 127 à 131.

l'incompétence relevée par les parties constitue une exception de procédure, qui doit sous peine d'irrecevabilité, être soulevée *in limine litis* (art. 74 nouv. c. pr. civ.).

Peut-il y avoir une action pour demander "l'organisation d'une conciliation sur un conflit situé hors du pouvoir juridictionnel, faute de contestation sur un ou plusieurs points de fait et de droit à juger" (1) ? C'est par la négative qu'a répondu à cette question le déléataire du Président du T.G.I. de Paris statuant en référé, le 2 octobre 1989 : le juge ne peut "déléguer à un tiers les pouvoirs (de conciliation) qu'il ne détient pas lui-même", le différend se situant "hors de ses pouvoirs juridictionnels" (2). Mais il faut remarquer qu'en l'espèce les parties ne s'accordaient pas sur la mesure de concertation proposée.

En réalité, si tout le monde s'entend et qu'il n'y a aucune contestation sur le principe d'une conciliation, l'accord réalisé, même devant un juge incompétent, est un contrat. La question est alors de savoir s'il s'agit vraiment d'un contrat judiciaire. Mais l'acte, le contrat en lui-même, demeure (3).

A l'inverse, lorsque le juge des référés agit dans son domaine de compétence et de pouvoir, le recours à la médiation judiciaire n'est pas à exclure d'office. Sauf à considérer que cette mesure recèle en elle des dangers plus grands que les avantages qu'il y aurait à en faire usage.

(1) J. BEAUCHARD, obs. sous T.G.I. Paris, réf., 2 oct. 1989, préc. ; v. également J. VINCENT, S. GUINCHARD, op. cit., n° 98, spéc. p. 112, note (2).

(2) T.G.I. Paris, réf., 2 oct. 1989, préc.

(3) V. aussi *infra*, p. 440.

Aussi, tournons-nous vers :

B. LES MENACES RECELEES PAR LE PROCEDE DE MEDIATION JUDICIAIRE :

On a pu estimer qu'entre la "tentation par excès" qui vise à trancher le litige dans le vif et la "tentation par défaut (la médiation)", il est nécessaire de trouver un équilibre (1).

La pratique de la médiation devant le juge du provisoire se présente alors comme un procédé extrême dont il faut peut-être se méfier, en tout cas, se dégager.

Les raisons généralement avancées en ce sens se scindent en deux catégories. L'une est fondée sur une prétendue illicéité du procédé en ce qu'il organise une délégation d'un pouvoir du juge au profit d'un tiers, - 1 - ; la seconde regroupe les craintes de dérapages virtuels de l'institution, - 2 -.

- 1 - Le problème de la médiation-délégation :

Les principes fondamentaux de l'Organisation judiciaire interdisent au juge de déléguer ses pouvoirs de manière générale (2). Or, la médiation judiciaire peut apparaître comme étant une délégation par le juge des références de son pouvoir de concilier (3). Ce pouvoir, que le juge ne

(1) A. RAMIN, préc., Dr. soc. 1989. 839.

(2) P. ESTOUP, préc., Gaz. Pal. 1989. 1. Doctr., 176, spéc. p. 178, col. de gauche ; J. BEAUCHARD, obs. sous T.G.I. Paris, réf., 2 oct. 1989, préc., spéc. I, B, 2.

(3) P. ESTOUP, préc., Gaz. Pal. 1989. 1. Doctr., 176, spéc. p. 178, col. de gauche.

peut déléguer en vertu de l'art. 240 nouv. c. pr. civ. au mandataire de justice prévu à l'art. 232 de ce même code, comment pourrait-il appartenir à ce médiateur créé sui generis (1) ?

Deux précisions importantes permettent néanmoins de justifier cette possibilité qui, en tout état de cause, doit participer des pouvoirs du juge des référés.

Premièrement, la mise en parallèle de ces deux tiers à l'instance (technicien chargé d'une mesure d'instruction - médiateur judiciaire), n'est pas véritablement pertinente en soi. Car même si dans l'évolution qui s'est produite, la médiation judiciaire est issue d'un détournement des textes relatifs aux mesures d'instruction (2), il n'est pas justifiable de lui étendre par analogie la prohibition de l'art. 240. En effet, s'il est vrai que l'objectif poursuivi par cet article est d'éviter que l'expert, absorbé par une mission de conciliation, s'écarte de sa fonction première (3),

(1) Cf. J. BEAUCHARD, obs. sous T.G.I. Paris, réf., 2 oct. 1989, préc.

(2) Et aujourd'hui encore les magistrats hésitent à se détacher de ces textes, adoptant parfois une formulation toute emprunte de nuances et subtilités, v. T.G.I. Privas, réf., 13 oct. 1989, préc. : "si le juge ne peut déléguer au technicien chargé d'une mesure d'instruction, la mission de concilier les parties, il entre dans la mission naturelle de ce mandataire de justice, d'éclairer tous les intéressés sur les voies possibles d'un souhaitable rapprochement".

On trouve également des magistrats qui indiquent clairement la mission de conciliation qu'il confèrent à l'expert, v. T. com. Paris, réf., 14 fév. 1990, J.C.P.-N. 1991. II. 229, obs. A. VIANDIER.

(3) Etonnamment les juridictions administratives semblent opter pour une position très libérale vis à vis de la conciliation par l'expert, v. L. DUBOIS, "Les rôles respectifs du juge administratif et du technicien dans l'administration de la preuve", in Coll. Poitiers, 1975, P.U.F., 1976, p. 83 et s., spéc. p. 106.

cette finalité, propre aux mesures d'instruction, ne peut constituer un risque au regard de la médiation judiciaire. La mission principale du médiateur n'est pas de recueillir des informations sur une question de fait qui requérait ses lumières de spécialiste, mais de confronter les thèses en présence, d'engager et d'encourager le dialogue, de faciliter, tant que faire se peut, le rapprochement des adversaires (1). Ce ministère ne peut donc en rien justifier la récrimination qui lui est adressée.

Deuxièmement, la médiation judiciaire n'est pas une délégation par le juge de son pouvoir de concilier les parties ; il s'agit d'une simple "modalité du processus de conciliation" (2). L'esprit de la médiation judiciaire impose que le juge des référés conserve l'entièvre maîtrise des opérations (3). Il investit un tiers d'une mission de "bons offices", à charge pour ce tiers de lui rendre systématiquement et régulièrement compte de l'évolution de la situation. Le médiateur désigné par le juge n'a pas de pouvoir particulier et en tout cas ne dispose daucun de ceux du juge. En cas de difficulté, il revient devant le Président du tribunal ou son

(1) V. en ce sens H. SINAY, G. WIEDERKEHR, note sous T.G.I. Bordeaux, 19 déc. 1977, préc., spéc. p. 640, B, in fine : "Pendant son éphémère passage, les négociations, par hypothèse en cours, pourront fructifier. Là se borne son rôle".

(2) Paris, 1ère Ch. A, 16 mai 1988, préc.

(3) On peut remarquer que même lorsque la médiation était menée par un technicien le juge demeurait à la tête du processus, cf. Y. SAINT-JOURS, préc., D. 1974. Chron., 135 : "le rapport des experts (...) devrait permettre de donner (...), sous contrôle du juge, une information précise permettant de renouer la négociation et de dénouer la crise".

déléguataire pour qu'il prenne toute mesure appropriée. Mais le médiateur judiciaire ne juge ni ne décide de la situation litigieuse. C'est ce qui le distingue des autres formes de médiation (1).

Il est d'ailleurs quasi inévitable de revenir devant le juge des référés à l'issue de la mission du tiers mandaté. Lorsque les plaideurs sont parvenus à un accord, le juge des référés peut être saisi pour lui conférer force exécutoire (art. 129 et s. nouv. c. pr. civ.). Quand à l'inverse le désaccord persiste, il en est tout de même référé au magistrat qui avait ordonné la mesure, pour qu'il statue sur la question litigieuse (2).

Le refus de la médiation judiciaire fondé sur une prévue illégitimité du procédé ne peut donc être retenu.

En revanche, on peut se demander si cette nouvelle manière d'aborder un procès ne comporte pas des risques d'atteinte à la libre volonté des parties à l'instance.

- 2 - Les risques d'atteinte à la liberté des plaideurs :

Les craintes liées à un détournement de l'institution

- (1) Et en particulier en droit social, cf. H. SINAY, G. WIEDERKEHR, note sous T.G.I. Bordeaux, réf., 19 déc. 1977, préc., spéc. p. 640, B, in fine : "contrairement au médiateur qui tente de résoudre le conflit par une recommandation qui, acceptée, deviendra une convention collective", le médiateur désigné par le juge des référés n'"est pas l'ordonnateur" de la négociation. "Il ne résoud pas lui-même le conflit" ; v. aussi P. LEVEL, préc., J.C.P.-E. 1989. II. 15615, n° 3, B ; G. PLUYETTE, préc., p. 6.
- (2) Une éventuelle ultime tentative de concilier les parties au vu du rapport de mission du médiateur n'est pas à exclure dans ce cas.

de la médiation judiciaire peuvent être résumées en un concept, celui de "pressions". Pressions qui pourraient émaner du médiateur, mais aussi du juge des référés.

En ce qui concerne **les pressions qui pourraient émaner du médiateur** pour contraindre les parties à s'accorder (ou l'une d'entre elles à s'incliner), le risque est lié à la menace de l'émission d'un rapport défavorable à l'égard d'un plaideur plus réticent qu'un autre (1). Afin d'éviter une telle situation, il suffit de mettre les parties à l'abri de l'apprehension d'un rapport partial. Dans ce but, il est indispensable qu'elles soient à même "de déterminer les limites de leur confidentialité" (2). Si le conflit est placé "hors le juge", c'est pour tenter d'instaurer un dialogue et non pour le forcer. Ainsi, le rapport du médiateur pourra ne pas faire "mention des propositions transactionnelles éventuellement avancée par l'une ou l'autre des parties" (3), ce qui permet de parer à toute pression venant du médiateur.

Cette disposition doit s'accompagner de la possibilité de revenir à tout moment devant le juge. A cet effet, il est logique que l'ordonnance désignant le médiateur contienne une clause de référé (4).

Quant aux **pressions pouvant émaner du juge des**

- (1) Y. DESDEVISES, préc., D. 1981. Chron., 241, n° 17 ; v. sous l'empire des textes anciens, M. OLIVIER, préc., v° "Mesures d'instruction confiées à un technicien", n° 494 et s.
- (2) G. PLUYETTE, préc., p. 10. C'est ce que prévoit le projet de loi, v. Annexe II, art. 4 ; v. aussi infra, p. 408.
- (3) & (4) Ce sont là les solutions que l'on trouve en jurisprudence, v. par ex. T.G.I. Paris, réf., 16 nov. 1988, préc. ; Paris, 1ère Ch. A, 6 juin 1989, préc. ; T.G.I. Paris, réf., 27 sept. 1989, préc. ; v. aussi P. DRAI, préc., in Mél. P. BELLET, spéc. p. 126.

référés, le risque résiderait, d'une part, dans l'attitude du magistrat saisi et d'autre part, dans la faculté qu'on entendait lui réserver de procéder d'office à la désignation d'un médiateur (1).

Concernant l'attitude du juge, il est évident que s'il se contente de suggérer une "solution pragmatique" qu'il serait bon de retenir (2) ou invite les parties à rechercher un accord (3), il agit dans le cadre de sa mission. Il n'est cependant pas à exclure qu'il use de l'aspect comminatoire de ses pouvoirs juridictionnels pour imposer la concertation (4), voire des concessions. Cette attitude a pour effet d'altérer l'originalité et l'autonomie des mécanismes de conciliation et de médiation judiciaire.

En cas d'échec de la négociation, le juge va certes prendre toutes les mesures qui s'imposent en tranchant, dans la limite de ses pouvoirs, le différend qui oppose les parties (5). Mais

(1) L'art. 1er du projet de loi a été modifié sur ce point, v. Annexe II.

(2) Dans le problème du travail de nuit des femmes, la Cour d'appel de Colmar a suggéré la conclusion d'un nouvel accord, conforme à la législation en vigueur, v. "Dernières Nouvelles d'Alsace", 11 fév. 1988, p. régionales, I.

(3) Paris, 1ère Ch. B, 15 juin 1989, D. 1989. I.R. 226.

(4) Rappr. T.G.I. Troyes, réf., 8 sept. 1987, J.C.P. 1987. II. 20889, obs. B. JAUBERT : "ordonnons que les suggestions présentées par les élus du comité d'établissement soient mises à l'étude par la direction".

(5) Par ex. en matière de contrefaçon de revue de presse, après l'échec d'une tentative de conciliation, un Vice-Président du T.G.I. de Paris, a interdit "à titre provisoire et conservatoire, que les prochains numéros du magazine incriminé soient présentés sous la forme" adoptée pour le numéro précédent (26 mai 1989, préc., inédit, n° REF 5862/89-1). V. aussi T.G.I. Paris, réf., 14 juin 1989, préc. : un "accord ne pouvant pas, en l'état être obtenu, il y a lieu pour le juge de trancher le différend" ; rappr. Paris, 1ère Ch. A, 28 sept. 1976, préc. ; v. aussi Annexe I, question n° 12, les obs.

le magistrat qui est saisi d'un litige ne doit pas imposer une concertation contre la volonté affirmée des plaideurs. Ce point doit être souligné davantage dans l'hypothèse d'une tentative de conciliation que dans celle du recours à une médiation, car si, comme nous l'avons observé, "le rapport de mission (du médiateur) pourra ne pas faire mention des propositions transactionnelles avancées par l'une ou l'autre des parties", la conciliation quant à elle s'opère directement devant le magistrat.

S'agissant de la désignation d'office d'un médiateur par le juge des référés, on pourrait craindre que ce mécanisme soit utilisé pour pallier l'encombrement des rôles des juridictions. Une telle pratique dénaturerait totalement le concept de "médiation judiciaire". Le juge ne doit opter pour le procédé que dans la mesure où ce choix lui semble à l'évidence indiqué, eu égard à la situation de fait qui lui est soumise (1).

Le texte adopté en première lecture par l'Assemblée Nationale en 1990, impose au juge de demander leur accord aux parties. N'est-ce pas aller trop loin ? Car lui dénier le pouvoir de désignation d'office risque d'enlever toute portée à la médiation en référé. En effet, à moins d'obtenir l'adhésion formelle de leur client à la mesure de concertation envisagée, les avocats pourront hésiter à donner leur accord à la désignation d'un médiateur (2). On pourrait songer à rendre la

(1) P. ESTOUP, préc., Gaz. Pal. 1989. 1. Doctr., 176, spéc. p. 178, col. centrale ; T.G.I. Paris, réf., 1er juin 1989, préc. (v. supra, p. 375, note (1)).

(2) En ce sens, v. G. PLUYETTE, préc., p. 14. V. cep. Annexe I, question n° 20, remarque d-.

comparution personnelle des parties obligatoire devant le juge des référés, pour favoriser la conciliation (1) ou la nomination d'un médiateur. Mais leur présence constitue parfois un empêchement à la conciliation. Il vaudrait mieux admettre que le juge des référés puisse procéder d'office à cette désignation, sauf refus formel opposé par les plaideurs (2). A cette fin, il serait légitime que lorsqu'il songe à commettre un médiateur, le juge invite les parties à présenter leurs observations. Un minimum d'adhésion de leur part à la mesure envisagée est évidemment indispensable.

Partant du même point, M. LEVEL s'interroge sur les conséquences subséquentes d'une possibilité de désignation d'office d'un médiateur par le juge des référés : "pourra-t-il y procéder alors que l'affaire est en cours d'instruction devant une juridiction au fond ? Pourra-t-il y procéder alors que, par application d'une convention d'arbitrage, un arbitre est saisi ou va l'être ?" (3).

Sur la première question, on peut penser que la compétence du juge des référés sera écartée au profit de celle du juge de la mise en état, pour toutes "les affaires faisant l'objet d'une instruction à la mise en état" (4). La désignation d'un médiateur judiciaire peut effectivement être entendue comme étant une mesure provisoire attribuant compétence exclusive à ce juge, au sens de l'art. 771 nouv. c. pr. civ.

(1) A. MARON, op. cit., n° 43 et s., p. 60 et s.

(2) "La parade est plus à chercher autour de l'institution d'un recours en rétractation que dans un accord préalable des parties" : A. LORIEUX, préc., Gaz. Pal. 1991. I. Doctr., 66.

(3) P. LEVEL, préc., J.C.P.-E. 1989. II. 15615, n° 6, in fine.

(4) P. ESTOUP, préc., Gaz. Pal. 1989. I. Doctr., 176, spéc. p. 178, col. de droite.

Pour le reste, il semble que rien ne puisse s'opposer à la nomination d'un médiateur judiciaire par le juge des référés si elle ne se heurte à la volonté des plaideurs. Car ni l'instance engagée au fond, ni l'existence d'une clause compromissoire ne font obstacle à la faculté de saisir le juge des référés. La solution, fondée sur le caractère provisoire, non seulement de la mesure sollicitée, mais de l'ordonnance de référé, semble justifiée. L'intérêt évident qui existe à favoriser une résolution amiable du conflit la légitime.

Il risque tout de même d'en résulter un chevauchement de compétence dans l'hypothèse où la mission du médiateur se prolonge dans le temps. Quelle solution adopter dans ce cas ?

Le juge des référés est le juge du provisoire. Cela signifie que sa décision ne lie et ne doit gêner en aucune manière le juge du fond (ou l'arbitre) lorsque celui-ci est saisi (1). La désignation d'un médiateur judiciaire, provisoire par essence, ne saurait troubler l'instance en question. Soit le juge du fond ou l'arbitre estime inutile la tentative entreprise et statue. Soit la mesure entamée se développe sous de bons auspices et dans ce cas, il suffit de surseoir à statuer jusqu'au terme de la médiation.

Les dangers qui tiennent à l'illégalité et aux déviations possibles du mécanisme de la médiation judiciaire pouvant aisément être conjurés, aucun obstacle majeur ne paraît de nature à empêcher le juge des référés de désigner un tel mandataire de justice. Mais l'institution nouvelle doit être gouvernée par des règles claires et certaines, sous peine d'hypothéquer gravement son avenir.

(1) Sur cette question, v. plus généralement infra, p. 516.

§ 2. La nécessaire élaboration de règles certaines.

Pour que la médiation puisse tenir le rôle qu'on désire lui assigner, les juges des référés ont besoin de règles tangibles sur lesquelles s'appuyer.

Pour vaincre toutes les hésitations qui peuvent nuire à son expansion, il ne suffit pas de démontrer les avantages qu'il peut y avoir dans certains cas à recourir à ce procédé ; encore faut-il que les principes fondamentaux du mécanisme soient suffisamment précis. Faut-il alors se contenter de la pratique présente, ou au contraire développer le procédé en lui donnant une base légale ?, - A -. Les avis ne sont pas unanimes sur ce point.

Mais quelle que soit la réponse apportée à cette question, il est essentiel de dégager les règles qui président au déroulement de la procédure devant le juge du provisoire, - B -.

A. FAUT-IL INSTITUTIONNALISER LA MEDIATION JUDICIAIRE ?

Selon certains auteurs, l'institutionnalisation de la médiation constituerait un progrès indéniable du droit (1). Non seulement il ne serait plus nécessaire au juge des référés de "forcer le sens des textes" (2), mais l'existence d'une disposition légale expresse aurait l'avantage de lui rappeler avec fermeté qu'il entre également dans sa mission de

(1) Par ex. A. LORIEUX, préc., Gaz. Pal. 1991. 1. Doctr., 66.

(2) J. BEAUCHARD, obs. sous T.G.I. Paris, réf., 2 oct. 1989, préc.

favoriser, par tout moyen, le rapprochement des parties. La technique du renvoi à une médiation par le juge des référés est une formule naissante. Toute pratique nouvelle suscite des réticences qu'un texte peut aider à refouler (1).

Mais pour d'autres (2), la médiation judiciaire ne doit pas être institutionnalisée.

Tout d'abord, il n'est pas absolument indispensable de légiférer. Puisque les textes en vigueur n'interdisent pas au juge des référés de désigner un médiateur, il n'y a aucune raison dirimante de l'en empêcher (3). Et ce n'est pas parce qu'il existera un texte précis permettant au Président de recourir à une médiation, qu'il le fera (4).

Ensuite, une réglementation pourrait s'avérer dangereuse. Non en raison d'un risque de délégation de l'un de ses pouvoirs par le juge à un tiers (5), mais par la généralisation d'un recours à cette désignation. L'utilisation systématique de "la médiation est la négation de la médiation" (6).

-
- (1) Rappr. M. PRADERIE, ""L'accord à vivre" de Renault : un exemple, pas un modèle", Dr. soc. 1990. 477 : "Les prises de conscience se font le plus souvent le dos au mur".
 - (2) Par ex. A. RAMIN, préc., Dr. soc. 1989. 839, qui est en faveur de la conciliation par le juge (mais admet aussi que ce dernier puisse proposer l'intervention d'une tierce personne aux parties, afin de leur laisser une totale liberté d'action).
 - (3) P. ESTOUP, par E. JULLIEN, in Rev. trim. Versailles 1989, n° 14, p. 25 et s., spéc. p. 29.
 - (4) MONTESQUIEU, "L'esprit des lois", Livre XIX, Chap. XIV : "c'est une très mauvaise politique de changer par les lois ce qui doit être changé par les manières".
 - (5) V. supra, p. 404-405 : la médiation judiciaire n'est pas une délégation opérée par le juge des référés au profit du médiateur.
 - (6) M. REMY, par E. JULLIEN, in Rev. trim. Versailles 1989, n° 14, spéc. p. 27 ; P. ESTOUP, préc., Gaz. Pal. 1989. 1. Doctr., 176, spéc. p. 178, col. centrale.

Cette crainte est néanmoins à atténuer. Car les magistrats qui en font déjà usage n'y verront que la consécration d'une pratique légitime ; quant à ceux qui sont aujourd'hui réticents à y recourir, il est peu probable que l'adoption d'un texte soit de nature à leur enlever toute prudence.

Quoiqu'il en soit, la médiation judiciaire se doit d'être gouvernée par des règles simples et souples. En cas d'intervention législative, la réglementation devra se limiter au strict minimum et simplement "assurer la confiance dans le dialogue et la discussion" (1), tant il est vrai que "ce n'est pas l'intensité du débit coulant de ses sources qui fait la valeur d'une législation" (2).

Si un texte constituerait indéniablement une aide efficace au développement de ce mécanisme devant la juridiction du Président (3), il n'est cependant pas absolument indispensable à l'admission d'une mesure de médiation en référé.

Mais, avec ou sans texte, la médiation a besoin d'un régime certain pour pouvoir s'ajouter à la voie juridictionnelle (4). Sans quoi, ce procédé, placé sous le signe de l'insécurité, n'aurait plus qu'à disparaître.

(1) Annexe I, question n° 12. En ce sens, v. Annexe II, Exposé des motifs du projet de loi.

(2) J.-M. VARAUT, "Le droit au droit. Pour un libéralisme institutionnel", P.U.F., 1986, p. 27.

(3) D'autant qu'en prévoyant expressément le procédé au profit du juge des référés, il serait possible de saisir ce magistrat à titre principal, "à la seule fin de recourir à une médiation par des parties dont le litige s'éternise" (v. Annexe II, Exposé des motifs) ou risque de se prolonger dans le temps.

(4) B. OPPETIT, préc., Rev. arb. 1984. 307, spéc. p. 322, n° 12-2.

B. LES REGLES QUI PRESIDENT AU DEROULEMENT DE LA PROCEDURE :

Contrairement à la conciliation qui se déroule devant le juge, la médiation fait appel à un tiers. Dans les deux cas le magistrat ne tranche pas une opposition de prétentions. Il fait plutôt acte d'administration. Il n'en demeure pas moins que dans l'hypothèse de la médiation judiciaire, un tiers vient s'immiscer dans les débats. Le projet de loi, qui reprend les principes directeurs posés par la jurisprudence, précise les règles qui gouvernent le déroulement de la médiation devant le juge et prévoit expressément son application à la procédure de référé (1).

Lorsque le juge des référés estime qu'une mesure de médiation est opportune, il désigne avec l'accord des parties un tiers, qu'il charge de confronter les points de vue respectifs des plaideurs. Il est évident que le recours à une médiation doit rester facultatif pour les parties, qui peuvent y renoncer à tout instant (2). Négocier pour négocier ne débouche sur rien. C'est la raison pour laquelle la médiation (mais aussi la conciliation) ne doit pas constituer un préalable obligatoire et nécessaire à toute demande en justice (3). Par suite, il faut éviter d'"introduire dans leur organisation les caractères et les pouvoirs d'une véritable juridiction" (4).

(1) V. Annexe II, projet de loi, art. 1er, al. 2.

(2) V. T.G.I. Paris, réf., 26 mai 1989, préc., inédit, n° REF 5862/89-1 et 1er juin 1989, préc.

(3) Sur ce point, v. Y. DESDEVISES, préc., D. 1981. Chron., 241, n° 31 ; P. ESTOUP, préc., D. 1986. Chron., 161 et Gaz. Pal. 1986. 1. Doctr., 288.

(4) B. OPPETIT, préc., Rev. arb. 1984. 307, spéc. p. 324.

La désignation d'un médiateur est guidée par deux règles essentielles : elle ne doit pas créer une charge supplémentaire injustifiée pour les plaideurs, - 1 - ; elle repose, et c'est primordial, sur la confiance, - 2 -.

- 1 - En souhaitant éviter que la médiation génère une contrainte excessive pour les plaideurs, on vise ses conséquences tant sur les frais à engager que sur la durée de l'affaire.

En ce qui concerne les frais de la médiation, les sommes versées au médiateur doivent l'être par les parties. Compte tenu de la mission de ce mandataire de justice, il semble logique que les frais soient répartis par parts égales entre les plaideurs, sauf désaccord entre eux ou décision motivée du juge en sens contraire (1).

La nécessité de limiter au maximum ces frais conduit à refuser la médiation judiciaire dans tous les cas où elle ne paraît pas en mesure d'aboutir (2).

En outre, la médiation en référé ne doit pas servir des fins dilatoires. C'est pourquoi la durée de la mission du médiateur doit être brève (3), même si la prorogation du délai est envisageable. Par ailleurs, la cessation anticipée de la mission n'est pas à exclure en cas de stagnation persistante dans les négociations. L'art. 3 du projet de loi prévoit ces éventualités.

(1) & (2) V. P. ESTOUP, préc., Gaz. Pal. 1989. 1. Doctr., 176, spéc. p. 178 ; v. Annexe II, Exposé des motifs.

(3) De l'ordre de trois mois (v. Annexe II, projet de loi).

Que ce soit du point de vue de la durée de la procédure comme des frais exposés par les parties, l'essentiel réside donc dans l'utilité de la mesure (1), qui ne peut s'épanouir que dans un climat de confiance.

- 2 - Un sentiment de sécurité doit en effet accompagner la désignation du médiateur. Ceci tant du point de vue du choix du médiateur que des déclarations qui sont faites devant lui.

Le choix du médiateur est absolument déterminant (2). C'est en grande partie de sa personnalité que dépend le succès (ou l'échec) de la mesure entreprise. Il est un mandataire ad hoc, désigné en fonction de ses compétences et selon les caractéristiques particulières du litige (3).

Choisi par le juge, le médiateur bénéficie de la confiance de tous.

Un minimum de connaissances juridiques lui est toutefois indispensable, pour éviter qu'il lance les plaideurs dans des directions qui seraient contraires au droit de l'un d'entre eux. La pratique consistant à désigner des personnes qui ont généralement participé au fonctionnement de la justice, on peut penser que cet élément ne prête pas à difficulté (4).

-
- (1) V. aussi P. ESTOUP, préc., Gaz. Pal. 1989. 1. Doctr., 176, spéc. p. 178.
 (2) A. LORIEUX, préc., Gaz. Pal. 1991. 1. Doctr., 66 ; A. RAMIN, préc., Dr. soc. 1989. 839.
 (3) Il est évident qu'un litige intéressant le droit d'auteur diffère fondamentalement d'un conflit de co-propriété. Adde Annexe II, projet de loi, art. 2, al. 1er.
 (4) Parmi les médiateurs nommés, on trouve fréquemment des magistrats honoraires, des greffiers en chef honoraires, des avocats, des huissiers, voire des experts.

Si le choix du médiateur est important, il n'est cependant pas totalement suffisant à assurer une confiance absolue des plaideurs dans la personne désignée. Encore faut-il qu'ils soient sûrs que ce qu'ils peuvent être amenés à dire lors des diverses réunions de travail ne risque pas de les entraîner dans une procédure ou un processus annexe qu'ils n'avaient pas prévus. Pour donner toute son efficacité à la médiation, il est vital que les parties soient à même de déterminer les limites de leur confidentialité. "Le médiateur est tenu à l'obligation de secret" et les "constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être évoquées devant le juge saisi du litige qu'avec l'accord des parties" (art. 4 du projet de loi). On essaie d'éviter ainsi que le juge participe à la concertation. Car s'il s'aperçoit que l'un des plaideurs est de mauvaise foi ou de mauvaise volonté, le Président peut en garder une certaine animosité en cas d'échec de la conciliation. Pour éviter cela, la médiation se déroule "hors-le-juge". C'est une garantie des plaideurs (1). Mais le juge conserve un lien étroit avec le médiateur, qui reste sous son contrôle (2). C'est là une autre garantie des plaideurs.

(1) V. aussi supra, p. 405, - 2 -.

(2) Ph. LANGLOIS, obs. sous Paris, 1^{re} Ch. A, 16 mai 1988, préc. ; la nécessité d'un contact entre le juge et le médiateur peut être mise en parallèle avec certaines dispositions du nouveau Code relatives à l'expertise, v. spéc. art. 273 et 279, al. 1er.

C O N C L U S I O N D U C H A P I T R E

A côté des questions suscitées par l'augmentation constante des pouvoirs du juge des référés, figure un domaine tout aussi important qui concerne les aménagements dont ces pouvoirs peuvent faire l'objet.

La prise de conscience des magistrats sur l'importance que revêt la conciliation en référé est déterminante, tant pour les plaideurs que pour la Justice. La possibilité de recourir aux services d'un médiateur judiciaire poursuit une fin identique. Déjà touchée par les problèmes liés à l'exécution de ses jugements (et arrêts) (1), l'image de la Justice souffre actuellement d'une difficulté de liaison avec les justiciables et d'une compréhension parfois limitée de ses décisions (2). Il existe ici une place pour la conciliation et pour la médiation judiciaire. Rendre la responsabilité d'un problème aux gens qui le vivent, constitue une approche complémentaire d'un litige (3).

(1) Cf. J. NORMAND, préc., in Mél. H.-D. COSNARD, Economica, 1984, p. 393 et s.

(2) Ce problème est d'actualité, cf. P. DRAI, Allocution lors de l'Inauguration des Travaux de l'I.H.E.J., 21 mars 1991, Gaz. Pal. 17-18 mai 1991, p. 7 ; "Justice, la crise !", Congrès de l'Union Syndicale des Magistrats, Lyon, 19-20-21 oct. 1990, Gaz. Pal. 12-14 mai 1991, p. 8 ; v. aussi R. BOURE, P. MIGNARD, "La crise de l'institution judiciaire", éd. Christian Bourgois, 1977 ; J. LUGAN, "La crise de la Justice", Gaz. Pal. 12 fév. 1991. 26 ; A. POTOCKI, "La formation des magistrats (Plaidoyer pour une ouverture)", in Mél. P. BELLET, Litec, 1991, p. 459 et s.

(3) Cl. LIENHARD, note sous T.G.I. Argentan, 23 juin 1988 et T.G.I. La Rochelle, 17 fév. 1988, préc. : "la réponse pertinente ne se trouve pas dans l'exclusivité des uns ou des autres, mais dans une pluridisciplinarité des savoirs et une collaboration à la fois dans l'action et dans les formations".

La conciliation et la médiation judiciaire ne sont certes pas un remède miracle. C'est pourquoi elles ne doivent devenir un passage obligé ni pour les plaideurs, ni pour le juge des référés. Les mécanismes de résolution amiable des litiges n'ont pas la prétention de vouloir remplacer la voie juridictionnelle. Ce serait une grave erreur (1). Mais le recours à ces procédés, provisoires par essence, n'est pas de nature à gêner l'intervention de la juridiction de fond éventuellement appelée à statuer, puisque le juge du principal ne sera évidemment amené à se prononcer que si la tentative de résolution amiable échoue.

Les procédés de conciliation et de médiation judiciaire peuvent alors, au-delà des clivages partisans, rendre d'importants services à la Justice, en la rapprochant un peu plus des plaideurs. Il y va finalement de l'intérêt de tous.

(1) V. Cl. LIENHARD, loc. cit.