



Pourvoi n° Q1319684	Chambre mixte 28 novembre 2014
Décision attaquée : 30/05/2013 de la cour d'appel de Montpellier	

Société Proximmo C/ Société Arnal-Lafon-Cayrou	
rapporteur : Pascal Chauvin	<b>RAPPORT</b>

### **1 - Rappel des faits et de la procédure**

En 2006, la société Proximmo, promoteur immobilier, a fait construire un ensemble immobilier à La Primaube (Aveyron), après avoir confié notamment :

- une mission de maîtrise d'oeuvre à la société civile professionnelle d'architecture et d'urbanisme Arnal-Lafon-Cayrou,
- une mission d'étude de béton à la société à responsabilité limitée Ocd 34,
- une mission d'étude de sols à la société à responsabilité limitée Arcadis.

Par ordonnance de référé du 28 septembre 2006, les travaux ayant nécessité une quantité de béton très supérieure à celle préconisée par la société Ocd 34 à partir de l'étude de sols réalisée par la société Arcadis, le président du tribunal de grande instance de Rodez, saisi par la société Proximmo, a ordonné une mesure d'expertise.

Par acte du 11 août 2009, à la suite du dépôt du rapport d'expertise, la société Proximmo a assigné la société Arnal-Lafon-Cayrou et la société Ocd 34 en paiement de dommages-intérêts sur le fondement des articles 1146 et suivants du code civil.

Par jugement du 29 avril 2011, le tribunal de grande instance de Rodez a :

- déclaré recevables les demandes formées par la société Proximmo à l'encontre de la société Arnal-Lafon-Cayrou,
- condamné la société Arnal-Lafon-Cayrou à payer à la société Proximmo la somme de 26 478 euros avec intérêts au taux légal à compter de la décision,
- débouté la société Proximmo de ses demandes formées à l'encontre de la société Ocd 34,
- condamné la société Arnal-Lafon-Cayrou à payer à la société Proximmo une somme de 2 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamné la société Proximmo à verser à la société Ocd 34 une somme de 1 200 euros au même titre,
- ordonné l'exécution provisoire de la décision,
- condamné la société Arnal-Lafon-Cayrou aux dépens.

Q1319684

Alors que l'article 5.2 du contrat d'architecte conclu le 3 février 2006 entre la société Proximmo et la société Arnal-Lafon-Cayrou comportait une clause ainsi conçue : *"En cas de litige portant sur l'exécution du présent contrat, les parties conviennent de saisir pour avis le Conseil Régional de l'Ordre des Architectes dont relève Le Maître d'Oeuvre, avant toute procédure judiciaire. A défaut d'un règlement amiable, le litige opposant les parties sera du ressort des Juridictions Civiles territorialement compétentes"*, le tribunal, qui a relevé que, si elle n'avait pas été préalable à l'introduction de l'instance, la saisine du conseil régional de l'ordre des architectes était *"intervenue en cours de procédure"* et que celui-ci avait donné son avis le 13 décembre 2010, a jugé que, *"la situation ayant été régularisée"*, la demande formée par la société Proximmo était recevable.

Par arrêt du 30 mai 2013, la cour d'appel de Montpellier, saisie par la société Arnal-Lafon-Cayrou, a :

- infirmé le jugement, sauf en ce qu'il a débouté la société Proximmo de ses demandes formées à l'encontre de la société Ocd 34,
- statuant à nouveau sur les chefs infirmés et y ajoutant,
- déclaré irrecevable l'action formée par la société Proximmo à l'encontre de la société Arnal-Lafon-Cayrou,
- déclaré sans objet l'appel en garantie formé par la société Ocd 34 à l'encontre de la société Arnal-Lafon-Cayrou,
- condamné la société Proximmo à payer à la société Ocd 34 une somme de 3 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile en première instance et en appel,
- débouté la société Arnal-Lafon-Cayrou de sa demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamné la société Proximmo aux dépens de première instance et d'appel, avec bénéfice de l'article 699 du même code.

La cour d'appel a énoncé qu'il n'était pas contesté que la société Proximmo n'avait pas procédé à la saisine du conseil régional de l'ordre des architectes préalablement à l'introduction de l'instance, que, certes, celle-ci justifiait de l'envoi d'une demande d'avis datée du 21 septembre 2010, mais que *"cette démarche n'est pas susceptible de régulariser la fin de non-recevoir puisque la tentative de conciliation devait être effectuée avant l'introduction de l'instance, en application de la clause précitée qui est licite et constitue la loi des parties"*.

La société Proximmo a formé un pourvoi à l'encontre de cet arrêt et a formulé deux moyens, outre une demande en paiement d'une somme de 3 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Elle s'est désistée ensuite de son pourvoi en ce qu'il a été dirigé contre la société Ocd 34 et a déclaré le maintenir expressément en ce qu'il a été dirigé contre la société Arnal-Lafon-Cayrou, seul autre défendeur au pourvoi.

Q1319684

La société Arnal-Lafon-Cayrou a sollicité le rejet du premier moyen, ainsi qu'une somme de 3 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

La société Ocd 34 n'a pas constitué avocat.

Le pourvoi a été distribué à la troisième chambre civile qui, par un arrêt du 4 juin 2014, a ordonné le renvoi de celui-ci devant la chambre mixte.

## **2 - Enoncé des moyens**

### **1<sup>er</sup> moyen.**

La société Proximmo fait grief à l'arrêt attaqué de déclarer irrecevable son action à l'encontre de la société Arnal-Lafon-Cayrou :

- le défaut de mise en oeuvre d'une clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge constitue une fin de non-recevoir qui peut être régularisée jusqu'au jour où le juge statue, même postérieurement à l'acte introductif d'instance,
- en l'espèce, la cour d'appel a constaté que la saisine pour avis du conseil régional de l'ordre des architectes avait eu lieu avant que les premiers juges statuent,
- en se fondant, pour accueillir la fin de non-recevoir, sur la circonstance inopérante que cette saisine est intervenue après l'introduction de l'instance, la cour d'appel a, par refus d'application, violé l'article 126 du code de procédure civile.

### **2<sup>nd</sup> moyen.**

La société Proximmo fait grief à l'arrêt attaqué de confirmer le jugement la déboutant de ses demandes formées à l'encontre de la société Ocd 34 :

- le bureau d'étude est tenu, en sa qualité de professionnel et dans le cadre de l'exercice de sa mission, d'une obligation de conseil et d'information au profit du maître de l'ouvrage,
- en retenant, pour écarter cette obligation, que le contrat d'étude de béton excluait toute mission de contrôle des travaux ou de suivi du chantier à la charge du bureau, la cour d'appel a violé les articles 1135 et 1147 du code civil.

Il doit être relevé que, la société Proximmo s'étant désistée de son pourvoi en ce qu'il a été dirigé contre la société Ocd 34, le second moyen, qui concerne exclusivement les rapports juridiques entre ces sociétés, est devenu sans objet (en ce sens : Soc, 8 mars 1995, pourvoi n° 93-10.584 ; 1<sup>re</sup> Civ., 12 décembre 1995, pourvoi n° 93-19.664).

## **3 - Identification du point de droit faisant difficulté à juger**

L'irrecevabilité qui est attachée à la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en oeuvre de la clause d'un contrat instituant une saisine, obligatoire et préalable à la saisine du juge, d'un ordre professionnel pour avis, suivie d'une tentative de conciliation amiable, est-elle écartée par la mise en oeuvre de la clause au cours de l'instance judiciaire ?

Q1319684

#### **4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine**

*“Rendre la justice n’est que la seconde dette de la société. Empêcher les procès, c’est la première. Il faut que la société dise aux parties : pour arriver au temple de la justice, passez par celui de la concorde. J’espère qu’en passant vous transigerez.”* (Louis Prugnon, député, Assemblée nationale, 7 juillet 1790, *Archives parlementaires*, tome XVI, p. 739).

Le présent pourvoi, qui a trait à une clause contractuelle instituant une saisine, obligatoire et préalable à la saisine du juge, d’un conseil régional de l’ordre des architectes pour avis, suivie d’une tentative de conciliation amiable, porte sur la sanction du défaut de mise en oeuvre de la clause : la chambre mixte, qui, par arrêt du 14 février 2003, a jugé que le moyen tiré du défaut de mise en oeuvre d’une clause contractuelle de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge constitue une fin de non-recevoir, est aujourd’hui invitée à décider si la mise en oeuvre d’une clause de ce type au cours de l’instance judiciaire vaut régularisation de la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir et permet en conséquence d’écarter l’irrecevabilité encourue.

Selon la méthode dite de “l’entonnoir”, après avoir, en introduction, situé le contexte, nous exposerons le régime juridique général de telles clauses (I), puis nous examinerons le régime juridique spécifique de la sanction attachée à leur méconnaissance (II).

Il est à peine besoin d’insister sur la promotion croissante dont bénéficient de la part du législateur, depuis déjà une quinzaine d’années, les modes alternatifs de règlement des conflits (“MARC”)<sup>1</sup> : dans un dessein reflétant un sens élevé de la justice, il s’agit d’inciter les parties, seules ou assistées d’un avocat, seules ou avec l’aide d’un tiers, à participer directement à la résolution de leur litige, par le dialogue et la concertation, de manière à aboutir à une solution acceptée et non pas à une solution imposée ; mais, plus prosaïquement, dans un objectif traduisant une conception pragmatique de la justice, il s’agit de faciliter le dénouement des différends en évitant le recours aux juridictions afin de contribuer à leur allègement voire à leur désencombrement...

Les modes alternatifs de règlement des conflits désignent “l’ensemble des procédés permettant aux parties de se mettre d’accord sur la solution de leur conflit” selon les professeurs Cadiet, Normand et Amrani-Mekki, qui relèvent que “la définition est vague et [...] ne peut que l’être car les modes alternatifs de règlement des conflits sont moins une catégorie juridique qu’un état d’esprit” et pour lesquels la

---

<sup>1</sup>En réalité, ainsi que l’ont montré les professeurs Loïc Cadiet, Jacques Normand et Soraya Amrani-Mekki, “le développement contemporain des modes alternatifs de règlement des conflits est une sorte de retour aux sources [...]. A l’aube du premier millénaire, le droit de la résolution des conflits était en effet un droit d’imprégnation contractuelle, droit fait de composition, d’arbitrage, de transaction [...]. La juridictionnalisation du règlement des différends, dissociant le procès du contrat, n’est apparue qu’aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles, marqués par les trois longs règnes de Philippe-Auguste, Saint Louis et Philippe le Bel, ce phénomène participant de l’essor de la monarchie capétienne et de la consolidation du pouvoir royal : la justice est en effet un des instruments de conquête de l’Etat monarchique contre les pouvoirs féodaux de la noblesse” (*Théorie générale du procès*, 2<sup>e</sup> édition mise à jour, Thémis Droit, PUF, 2013, p. 460).

Q1319684

conception française, à la différence de la conception anglo-américaine, “*ne retient pas l’arbitrage au nombre des modes alternatifs de règlement des conflits*” mais “*ne les limite pas aux procédures impliquant une tierce personne : les parties peuvent aussi se concilier d’elles-mêmes*”<sup>2</sup>.

Les modes alternatifs de règlement des conflits peuvent être consubstantiels à une instance judiciaire ou en être indépendants.

Les premiers peuvent être imposés ou proposés par le législateur ou encore proposés par le juge.

Imposés ou proposés par le législateur : par exemple, conciliation devant certaines juridictions : tribunal d’instance (articles 829 et s. du code de procédure civile), conseil de prud’hommes (article R. 1451-1 et s. du code du travail), tribunal paritaire des baux ruraux (article 887 du code de procédure civile) ; tentative préalable de conciliation à l’initiative d’une partie devant le tribunal d’instance (article 830 du code de procédure civile) ; conciliation en certaines matières : divorce (article 252 du code civil), saisie des rémunérations (article R. 3252-6 du code du travail) ; médiation familiale, à titre expérimental et jusqu’au 31 décembre 2014, dans certains tribunaux de grande instance (article 15 de la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011).

Proposés par le juge : conciliation (articles 21 et s., 127 à 131 du code de procédure civile) ou médiation (articles 131-1 à 131-15 du code de procédure civile), qui peuvent intervenir à tous les stades de l’instance, devant toutes les juridictions, sur des droits dont les parties ont la libre disposition.

Les seconds peuvent dépendre d’organismes spécifiques ou résulter de la convention des parties.

Dépendre d’organismes spécifiques : commissions nationales et régionales de conciliation en matière de conflits collectifs du travail, comités consultatifs de règlement amiable des différends en matière de marchés publics, commissions départementales de conciliation en matière de baux d’habitation, commissions de surendettement des particuliers, médiateurs familiaux...

Résulter de la convention des parties : soit les parties confient à un tiers la mission de résoudre leur différend (la convention est alors dénommée *compromis*), soit les parties se chargent elles-mêmes de régler leur conflit (la convention est alors appelée *transaction*).

Ainsi que l’observent les professeurs Cadiet, Normand et Amrani-Mekki, “*la matière connaît une expansion considérable et un renouvellement majeur. La nouveauté s’observe dans l’usage qui est fait de la technique contractuelle : si le recours à la convention s’est beaucoup développé sur le terrain de l’élaboration conventionnelle de la solution du litige né, les parties recourent de plus en plus à la convention, en amont même de la naissance du litige, comme instrument*

---

<sup>2</sup>Op. cité, p. 465.

Q1319684

*d'anticipation conventionnelle du règlement de leur différend à naître*<sup>3</sup>. Et de faire remarquer que, “*sans aucun doute, il est plus facile de se mettre d'accord sur la manière de régler le litige à naître que sur un litige déjà né et cristallisé*”<sup>4</sup>.

A cet égard, à côté des clauses contractuelles autorisant une solution unilatérale du litige (telles les clauses pénales ou encore les clauses de résiliation de plein droit), il existe des *clauses contractuelles favorisant une solution bilatérale du conflit*, celles-là mêmes qui nous intéressent ici : ces clauses prennent deux formes, selon qu'elles prévoient ou non l'intervention d'un tiers qui aide les parties à trouver “un accord sur leur désaccord”.

Appartiennent à la seconde catégorie, donc sans intervention d'un tiers, les *clauses d'exécution loyale*, qui constituent un hommage à la bonne foi de l'article 1134 du code civil, ainsi que les *clauses d'arrangement ou de règlement amiable*, qui obligent les parties à rechercher une solution négociée à leur désaccord (en organisant éventuellement les modalités d'une telle recherche), l'inexécution de la clause pouvant se traduire par la mise en jeu de la responsabilité du cocontractant qui passerait outre ou encore par l'irrecevabilité de l'action engagée au mépris de la clause.

Relèvent de la première catégorie, par conséquent avec intervention d'un tiers, les *clauses d'expertise*, où le tiers est un technicien *ad hoc* ou choisi *intuitu personae* par les parties ou encore “institutionnalisé” (les parties se référant à un règlement élaboré par un organisme professionnel) qui, le plus souvent, donne un avis de nature à permettre aux parties d'apprécier leur chances réelles de succès dans le conflit les opposant, ainsi que les *clauses de conciliation ou de médiation*, où le tiers, au rôle plus actif, après avoir confronté les points de vue des parties, va tenter de rapprocher celles-ci et leur proposer une solution, sans toutefois pouvoir l'imposer.

Nous observerons que, désormais, de telles pratiques sont en partie encadrées : selon l'article 1528 du code de procédure civile, issu du décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012, “*les parties à un différend peuvent, à leur initiative et dans les conditions prévues par le présent livre, tenter de le résoudre de façon amiable avec l'assistance d'un médiateur, d'un conciliateur de justice ou, dans le cadre d'une procédure participative, de leurs avocats*” et, selon l'article 1530 du même code, issu du même texte réglementaire, “*la médiation et la conciliation conventionnelles [...] s'entendent [...] de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence*”.

#### I.- Le régime juridique général des clauses favorisant une solution bilatérale du litige par le recours à un tiers.

Outre sur la sanction de leur non-respect (sujet qui sera abordé dans la

---

<sup>3</sup>Op. cité, p. 458.

<sup>4</sup>Op. cité, p. 467.

Q1319684

seconde partie), la jurisprudence de la Cour de cassation a porté sur le contenu (A) et sur le domaine (B) de ces clauses.

#### A.- Le contenu des clauses.

##### 1) La Cour de cassation contrôle la qualification des clauses.

Par un arrêt du 20 juin 2006 (pourvoi n° 03-16.640, *Bull.* 2006, I, n° 310), la première chambre civile a, s'agissant d'*une clause intitulée "clause compromissoire" prévoyant l'intervention, en cas de litige, de conciliateurs chargés de faire accepter par les parties une solution amiable dans un délai de trois mois, faute de quoi les tribunaux judiciaires étaient seuls compétents*, rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt ayant condamné une partie à paiement sur la base de l'avis d'un conciliateur désigné par les parties, bien que la cour d'appel eût *"qualifié à tort de clause compromissoire et de sentence ce qui n'était qu'un préalable de conciliation"*.

De même, par un arrêt du 11 juillet 2006 (pourvoi n° 03-20.802, *Bull.* 2006, I, n° 369), la même chambre a, s'agissant d'une clause contractuelle dont la qualification de convention d'arbitrage avait été contestée par l'un des cocontractants et qui avait cependant donné lieu à la constitution d'un tribunal arbitral, rejeté le pourvoi après avoir approuvé la cour d'appel, *"qualifiant la clause figurant au contrat [...] comme instituant une procédure de conciliation préalable à la saisine de la juridiction étatique"*, d'avoir jugé *"que les arbitres s'étaient attribués une mission d'arbitre sans l'accord des parties"*, justifiant ainsi légalement sa décision d'annuler la sentence rendue.

Il résulte d'un arrêt rendu le 16 juin 2011 (pourvoi n° 10-22.780, *Bull.* 2011, II, n° 133) par la deuxième chambre civile qu'insérée dans un contrat d'assurance collective qui, ayant pour objet de couvrir le risque d'invalidité permanente totale, n'était pas conclu en raison d'une activité professionnelle, une clause intitulée "procédure de conciliation", prévoyant que les conclusions du médecin s'imposent aux parties, ne pouvait instaurer valablement une procédure d'arbitrage.

##### 2) La Cour de cassation exige une stipulation des clauses dans le contrat.

Par un arrêt de rejet du 6 mai 2003 (pourvoi n° 01-01.291, *Bull.* 2003, I, n° 108), s'agissant d'un litige opposant une clinique à un médecin, alors que celle-ci faisait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté une fin de non-recevoir tirée du non-respect par le praticien d'une procédure de conciliation préalable en soutenant notamment qu'une telle procédure était *"prévue par tous les modèles de contrat établis par les organisations professionnelles"* et constituait *"un usage professionnel opposable aux parties, sans qu'elles aient à s'y référer"*, la première chambre civile a jugé *"qu'une procédure préalable de conciliation ne [peut] résulter que d'une stipulation contractuelle, laquelle est, en effet, seule de nature à s'imposer au juge"*.

Pour le professeur Xavier Lagarde, *"cette solution ressemble fort à celle énoncée par l'article 1443 du Nouveau Code de procédure civile, selon lequel "la clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère"*. Cet emprunt

Q1319684

*paraît légitime. Certes, l'arbitrage n'est pas la conciliation et, ainsi qu'il a été dit, il serait maladroit, sinon absurde, de procéder à un emprunt généralisé pour définir le régime de la seconde. Il reste que ces deux techniques ont en commun de comporter une renonciation au droit au juge fût-ce à des degrés divers. Dès lors que l'exigence d'une rédaction écrite de la clause compromissoire s'explique (notamment) par sa dimension abdicative, l'identité de motifs commande d'appliquer la même solution à la clause de conciliation*<sup>5</sup>.

Pour les professeurs Jacques Mestre et Bertrand Fages, *“le présent arrêt [...] conduit une fois de plus à attirer l'attention des rédacteurs sur la nécessité qu'il y a à contractualiser expressément l'exigence d'une conciliation préalable. Cela peut être fait, au besoin, en intégrant très clairement dans le champ des dispositions contractuelles des parties contractantes la procédure prévue par l'autorité ordinale ou l'organisation professionnelle. Or, ici, le contrat était verbal, il n'existait aucune clause, et il n'était même pas établi que le médecin demandeur fût bien membre d'une organisation professionnelle déterminée, prévoyant impérativement le recours à une solution amiable*<sup>6</sup>.

D'une manière générale, M. Bernard Pons a remarqué qu'*“une clause de médiation se traduisant par une renonciation ne serait-ce que temporaire au droit d'accès au juge, l'exigence d'une “stipulation contractuelle” est conforme au principe général selon lequel “la renonciation à un droit ne résulte que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer”, exigence relayée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*<sup>7</sup>.

Suivant le même ordre d'idée, par un arrêt de rejet du 16 juin 2009 (pourvoi n° 07-14.913), la chambre commerciale a jugé *“qu'après avoir constaté que la clause de conciliation préalable n'avait pas été reproduite dans les actes [...], l'arrêt retient, par une interprétation souveraine des conventions des parties que leur rapprochement rendait nécessaire, qu'il n'y avait pas lieu de faire application de cette clause à la demande de Mme B... fondée sur ces seuls actes”*.

3) La Cour de cassation applique les clauses de manière stricte.

Par un arrêt du 7 mars 2007 (pourvoi n° 05-45.157), s'agissant d'une clause énonçant qu'*“en cas de difficultés soulevées soit par l'exécution, soit par l'interprétation du présent contrat, les parties s'engagent, préalablement à toute action contentieuse, à soumettre leur différend à deux membres du conseil départemental de l'Ordre des médecins du Finistère, chacun choisissant librement*

<sup>5</sup>RDC 2003, p. 189.

<sup>6</sup>RTD civ. 2003, p. 499.

<sup>7</sup>*Contrat de transaction - Solutions transactionnelles, Conciliation-Médiation-Procédure participative*, Dalloz Référence, 2014-2015, chapitre 312, clauses de conciliation-médiation, n° 312-43, p. 605.



Q1319684

*un des deux membres*”, alors que la cour d’appel, pour déclarer irrecevable l’action intentée devant la juridiction prud’homale, avait énoncé que le préliminaire de conciliation ainsi prévu n’avait pas été respecté puisque la clause *“englobe nécessairement les différends liés à la rupture du contrat de travail, laquelle n’était, en l’espèce, que la conséquence des difficultés rencontrées dans l’exécution du contrat de travail”*, la chambre sociale a cassé l’arrêt attaqué pour dénaturation de la clause au motif que celle-ci visait *“les difficultés soulevées par l’exécution ou l’interprétation du contrat et non pas le litige né de sa rupture”*.

Par un arrêt de rejet du 23 mai 2007 (pourvoi n° 06-15.668, *Bull.* 2007, III, n° 80), la troisième chambre civile a jugé que *“la clause de saisine préalable à toute action judiciaire en cas de litige sur l’exécution du contrat de l’ordre des architectes”* ne pouvait *“porter que sur les obligations des parties au regard des dispositions de l’article 1134 du code civil”* et n’avait pas *“vocation à s’appliquer lorsque la responsabilité de l’architecte [est] recherchée sur le fondement de l’article 1792 du même code”*.

Et, par un arrêt de cassation du 9 octobre 2007 (pourvoi n° 06-16.404), la même chambre a réaffirmé sa jurisprudence en cassant l’arrêt d’une cour d’appel qui, pour déclarer irrecevable une action engagée sur le fondement de l’article 1792 du code civil, avait retenu qu’une clause similaire devait s’appliquer dès lors que la demande portait *“sur une faute commise dans et pendant l’exécution du contrat”*.

Par un arrêt de rejet du 13 janvier 2010 (pourvoi n° 08-18.202, *Bull.* 2010, V, n° 10), s’agissant d’une clause d’un accord collectif prévoyant que *“les parties signataires, soucieuses d’éviter tout contentieux néfaste à l’objectif de relations sociales stables poursuivi par le présent accord, conviennent de se rencontrer selon la procédure décrite ci-après en cas de différend lié à l’application ou à l’interprétation des dispositions de l’accord et de ses éventuels avenants”*, que *“les parties s’abstiennent pendant la durée de la conciliation de toute action dont la nature risquerait d’aggraver le différend”* et qu’*“en cas de non-conciliation à l’issue de la procédure de conciliation prévue ci-dessus, les dispositions du code du travail relatives aux procédures de règlement des conflits collectifs du travail s’appliquent”*, la chambre sociale a jugé *“qu’il ne résulte pas de la clause litigieuse que le préliminaire de conciliation était obligatoire”*.

Dans le même sens, par un arrêt de rejet du 23 mai 2012 (pourvoi n° 10-27.596), la troisième chambre civile a jugé qu’en présence d’une clause d’un contrat de vente prévoyant qu’*“en cas de litige, les parties conviennent, préalablement à toute instance judiciaire, de soumettre leurs différends à un conciliateur désigné qui sera missionné par le président de la Chambre des notaires”*, la cour d’appel, qui avait *“relevé, par une interprétation souveraine exclusive de dénaturation que l’ambiguïté des termes de l’acte de vente rendait nécessaire, que les parties n’avaient pas fait de l’inobservation de la clause de conciliation une fin de non-recevoir”*, avait légalement justifié sa décision.

Mme Caroline Pelletier, qui s’est montrée critique à l’égard de ce dernier arrêt, en a tiré la conclusion suivante : *“À la lumière de cet arrêt, il apparaît*

Q1319684

*indispensable de mentionner le caractère à la fois obligatoire et préalable de la procédure de conciliation convenue, sous peine de voir la clause privée de toute efficacité par l'interprétation des juges du fond*<sup>8</sup>.

Par un arrêt de rejet du 12 juin 2012 (pourvoi n° 11-18.852) qui n'est pas sans rappeler les arrêts précités des 23 mai et 9 octobre 2007, la chambre commerciale, a jugé que *“la cour d'appel, qui a relevé que l'action engagée par la société P..., fondée sur les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, visait la rupture d'une relation commerciale établie, selon elle, depuis 2002, n'a pas méconnu la loi des parties en écartant la clause de médiation préalable figurant au contrat du 18 avril 2006, dont l'application était limitée aux différends portant sur la fin de ce contrat précis”*.

De nouveau, Mme Caroline Pelletier, qui n'a pas été convaincue par l'arrêt, en a déduit la conséquence suivante : *“l'arrêt invite les rédacteurs de contrats à davantage de précision, notamment lorsque le contrat prend place au sein d'une relation commerciale plus large. Il leur appartient en ce cas de préciser la portée de la clause de conciliation lorsque la fin du contrat est une des conséquences de la rupture de la relation commerciale globale”*<sup>9</sup>.

M. Diego de Lammerville et Mme Laurence Wynaendts sont allés dans le même sens : *“En l'état, la position retenue par la Cour de cassation incitera les praticiens à englober plus explicitement la rupture de relations commerciales établies dans les clauses de règlement amiable des litiges”*<sup>10</sup>.

Par un arrêt du 18 décembre 2013 (pourvoi n° 12-18.439, *Bull.* 2013, III, n° 169), s'agissant d'une clause, obligatoire et préalable à la saisine du juge, de saisine pour avis d'un conseil régional de l'ordre des architectes prévue dans un contrat conclu entre un maître de l'ouvrage et un architecte, la troisième chambre civile a jugé que la mise en oeuvre de la clause n'était pas une condition de recevabilité de l'action directe engagée contre l'assureur de celui-ci.

Par un arrêt de cassation du 29 avril 2014 (pourvoi n° 12-27.004, *Bull.* 2014, IV, n° 76), la chambre commerciale a jugé que *“la clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable, non assortie de conditions particulières de mise en oeuvre, ne constitue pas une procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge, dont le non-respect caractérise une fin de non-recevoir s'imposant à celui-ci”*.

---

<sup>8</sup>RDC 2013, p. 192.

<sup>9</sup>Op. cité, note 8.

<sup>10</sup>JCP 2012, éd. E, n° 40, p. 1585.

Q1319684

La clause litigieuse, non reproduite dans la décision, étant ainsi rédigée : *“Tout différend né entre les parties à l’occasion du présent contrat, notamment quant à son interprétation, son exécution ou sa résiliation, et subsistant, après vaine tentative de règlement amiable, sera soumis à la compétence exclusive du Tribunal de Commerce de Paris, nonobstant pluralité de défendeurs, appel en garantie et/ou procédure d’urgence, notamment par voie de référé ou sur requête”*, la chambre commerciale semble avoir considéré que celle-ci se bornait à mettre à la charge des parties une tentative de règlement amiable de leur litige sans pour autant instituer une procédure de conciliation obligatoire.

Si Mme Olivia Sabard a évoqué un *“affaiblissement de la portée des clauses de conciliation préalable”*<sup>11</sup>, M. Hervé Croze s’est voulu pragmatique : *“Il y a donc lieu de distinguer selon que la clause prévoit une véritable procédure de conciliation ou seulement une tentative de règlement amiable non assortie de conditions particulières, comme en l’espèce. Ce n’est que dans le premier cas qu’il y a une fin de non-recevoir à l’action en justice”*<sup>12</sup>.

4) La Cour de cassation s’assure de la parfaite mise en oeuvre des clauses.

Par un arrêt de cassation du 28 novembre 1995 (pourvoi n° 94-12.285), la chambre commerciale a jugé, après avoir rappelé le principe selon lequel *“la renonciation à un droit ne résulte que d’actes manifestant sans équivoque la volonté d’y renoncer”*, que la volonté d’une partie de renoncer à une procédure préalable de conciliation ne peut pas se déduire du seul fait qu’elle ne l’a pas mise en oeuvre avant d’être assignée.

Par un arrêt de cassation du 17 juin 2003 (pourvoi n° 99-16.001, *Bull.* 2003, IV, n° 101), tandis que, pour déclarer recevables les demandes formées judiciairement par un groupement d’intérêt économique à l’encontre d’antiquaires, l’arrêt attaqué avait retenu, d’une part, qu’il résultait de la teneur de “courriers” échangés entre les parties que les antiquaires n’avaient pas désigné de conciliateur, d’autre part, que ceux-ci avaient estimé qu’aucune conciliation ne pouvait intervenir et que le litige ne pouvait qu’être porté devant la juridiction compétente, la même chambre a jugé qu’en se déterminant ainsi, alors que les statuts du groupement imposaient, en cas de litige, le recours préalable à une procédure de conciliation impliquant que chacune des parties désigne un conciliateur, éventuellement après avoir été mise en demeure de le faire dans le délai d’un mois, la cour d’appel, qui n’avait pas recherché si le groupement avait procédé à cette mise en demeure et si le délai d’un mois avait été respecté, n’avait pas donné de base légale à sa décision.

---

<sup>11</sup>JCP 2014, éd. G, n° 25, p. 711.

<sup>12</sup>JCP 2014, éd. G, n° 21-22, p. 607.

Q1319684

Ce qui a fait dire au regretté professeur Roger Perrot : *“Dès lors que la volonté commune des parties a organisé une procédure de conciliation qui subordonne l'accès au juge, elle doit être scrupuleusement suivie. Et dans ces conditions, il importe peu que l'une d'entre elles ait la conviction qu'une tentative de conciliation ne débouchera sur aucun résultat positif. C'est toute la différence avec la médiation. Seule ici une renonciation commune aux exigences de la clause peut autoriser l'accès direct au tribunal”*<sup>13</sup>.

Dans un ordre d'idée assez voisin, par un arrêt de rejet du 8 avril 2009 (pourvoi n° 08-10.866, *Bull.* 2009, I, n° 78), s'agissant d'une clause selon laquelle, *“en cas de litige relatif à l'interprétation ou l'exécution d'une disposition du présent contrat, les parties désignent d'ores et déjà un médiateur et, d'un commun accord, M. le président du syndicat des fournisseurs pour coiffeurs et coiffeurs parfumeurs”* et, *“en cas d'échec ou de refus de la médiation, le tribunal de commerce de Paris sera seul compétent pour connaître les litiges susvisés”*, la première chambre civile a jugé qu'ayant relevé que la saisine du tribunal de commerce ne pouvait intervenir qu'en cas d'échec ou de refus de la médiation, c'était à bon droit que la cour d'appel en avait déduit que l'une des parties ne pouvait, par avance, refuser une procédure de médiation qui n'avait pas encore été mise en oeuvre.

5) La Cour de cassation admet l'opposabilité des clauses en cas de subrogation.

Il résulte d'un arrêt rendu le 6 mars 2007 par la première chambre civile (pourvoi n° 04-16.204, *Bull.* 2007, I, n° 91) qu'une clause de conciliation et d'arbitrage contenue dans un contrat n'est pas, du fait de sa transmission, inopposable à une société tierce agissant en qualité d'ayant droit de l'une des parties au contrat.

De même, il ressort d'un arrêt rendu le 28 avril 2011 par la troisième chambre civile (pourvoi n° 10-30.721, *Bull.* 2011, III, n° 58) qu'une clause de conciliation préalable figurant dans un contrat d'architecte est opposable aux acquéreurs qui agissent par subrogation sur le fondement contractuel à l'encontre de l'architecte, en dépit du fait qu'ils n'auraient pas eu personnellement connaissance de cette clause.

Le professeur Denis Mazeaud a approuvé l'arrêt : *“La subrogation a pour effet d'investir le subrogé de la créance primitive, dont le créancier subrogeant était titulaire, et de tous les avantages et accessoires de la créance en question. Cet effet translatif fonde donc la transmission de la clause de conciliation au créancier subrogé qui, tout tiers qu'il est au contrat dans lequel cette clause a été stipulée, peut donc se la voir opposer par le cocontractant du créancier subrogeant. C'est parce qu'elle est l'accessoire de la créance transmise que cette clause est opposable au subrogé, qui ne peut donc alors invoquer l'effet relatif du contrat dans lequel la clause était insérée”*<sup>14</sup>.

Mme Caroline Pelletier a émis une opinion assez proche : *“L'opposabilité de la clause de conciliation est une conséquence logique de la subrogation, et*

---

<sup>13</sup>RTD civ. 2004, p. 136.

<sup>14</sup>RDC 2011, p. 1191.

Q1319684

*l'absence de connaissance de cette clause par le subrogé ne pouvait permettre à celui-ci d'y échapper, dans la mesure où le débiteur ne doit pas voir la consistance ou l'étendue de ses droits contractuels modifiées par un mécanisme qui ne requiert pas son consentement et qui a pour fonction de faire circuler les créances, voire les positions contractuelles. Dans ce cas de figure, il appartient donc au subrogé de se renseigner quant au contenu du contrat conclu par le subrogeant avec le débiteur et sur lequel il entend se fonder pour exercer une action en justice contre ce dernier. À défaut de satisfaire à cette précaution élémentaire, il risque, comme en l'espèce, de se voir opposer une fin de non-recevoir liée à l'absence de mise en oeuvre d'une clause de conciliation dont un subrogé normalement diligent aurait dû avoir connaissance*<sup>15</sup>.

En dernier lieu, nous ferons observer que cette jurisprudence n'est évidemment pas sans rappeler celle selon laquelle, *“dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne”* (1<sup>re</sup> Civ., 27 mars 2007, pourvoi n° 04-20.842, Bull. 2007, I, n° 129).

#### B.- Le domaine des clauses.

Le champ d'application des clauses, essentiellement de conciliation, a donné lieu à débat dans deux matières, le droit de la consommation et le droit du travail, ainsi que dans une procédure, celle de référé.

Dès lors qu'il ne s'agit pas de la question centrale posée par le présent pourvoi, il n'y a pas lieu de retracer ici dans le détail l'évolution du droit dans ces différents domaines : il suffira d'en rappeler les traits saillants, de manière à permettre d'en tirer des enseignements quant à la solution à donner au problème soumis à la chambre mixte.

- en droit de la consommation.

Après deux recommandations dans le même sens émises les 30 janvier 1979 et 23 mars 1990, la commission des clauses abusives a, dans son rapport d'activité pour l'année 2001, clairement préconisé *“d'interdire les clauses ayant pour objet ou pour effet de supprimer l'exercice par le non-professionnel ou le consommateur des actions en justice ou voies de recours contre le professionnel, notamment en imposant le préalable d'un recours amiable ou en stipulant un délai d'action plus court que celui de la prescription légalement applicable”*<sup>16</sup>, alors pourtant qu'une recommandation émise le 30 mars 1998 par la Commission européenne reconnaissait que *“l'expérience acquise par plusieurs Etats membres démontre que les mécanismes alternatifs de règlement non judiciaire des litiges de consommation, pourvu que le respect de certains principes essentiels soit garanti, peuvent assurer de bons résultats, tant pour les consommateurs que pour les entreprises, en*

<sup>15</sup>RDC 2012, p. 882.

<sup>16</sup>NOR : ECOC0100146X, BOCCRF 30 mai 2002.

Q1319684

*réduisant le coût et la durée du règlement des litiges de consommation*<sup>17</sup>.

Dans le prolongement de la préconisation de la commission des clauses abusives, l'article R. 132-2 du code de la consommation, issu du décret n° 2009-302 du 18 mars 2009, énonce que sont présumées abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet de : "10° Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges".

Ainsi que l'a souligné M. Bernard Pons, "si une clause de médiation est libellée de telle sorte qu'elle prévoit "exclusivement" la saisine d'un médiateur comme mode de règlement d'un litige - ce qui en toute logique pourra paraître inconcevable, en ce qu'une telle stipulation reviendrait soit à obliger les parties à s'entendre, soit à obliger l'éventuel demandeur à renoncer à agir en justice - elle entre dans la catégorie des clauses "présumées abusives" [...]. Mais si une clause de médiation est conçue comme prévoyant la saisine d'un médiateur à titre obligatoire préalablement à l'éventuelle saisine d'un juge, elle entre dans le champ de la formule qui vise également les clauses ayant pour objet ou pour effet d'"entraver l'exercice d'actions en justice", si l'on considère que tel est le cas de toute clause de médiation en ce qu'une telle stipulation a nécessairement pour première incidence d'obliger l'éventuel demandeur à différer sa saisine du juge"<sup>18</sup>.

Par un arrêt de cassation rendu le 1<sup>er</sup> février 2005 au visa de l'article L. 132-1 du code de la consommation (pourvoi n° 03-19.692, *Bull.* 2005, I, n° 64), la première chambre civile a préféré retenir une approche plus souple.

En présence d'une clause ainsi rédigée : "En cas de litige pour l'exécution du présent contrat, les parties s'efforcent de trouver une solution amiable. A ce titre, le syndic accepte l'intervention d'associations d'usagers et des syndicats professionnels, par l'intermédiaire d'une commission de conciliation. Il en est de même pour les litiges qui viendraient à naître entre le syndic et un ou plusieurs copropriétaires. Toutefois, l'avis du conseil syndical sera requis pour cette commission de conciliation ; ladite commission n'émet qu'un avis qui peut ne pas satisfaire l'une ou l'autre des parties", alors que la cour d'appel avait estimé que le fait de contraindre un copropriétaire à un préliminaire de conciliation présentait un caractère abusif, la première chambre civile a jugé à l'inverse que la clause, "exempte d'un quelconque déséquilibre significatif au détriment du consommateur", ne revêtait pas un caractère abusif.

Cet arrêt a été approuvé en doctrine, notamment par les professeurs Jacques Mestre et Bertrand Fages pour qui : "...comme le montre excellemment notre collègue Caroline Pelletier (*Les clauses de conciliation et de médiation dans les contrats de conciliation*, *JCP* 24 mars 2005, p. 493), "la loi désigne comme suspectes les clauses qui font obstacle à toute saisine ultérieure d'une juridiction étatique en contraignant le consommateur à s'en remettre de façon exclusive à un

<sup>17</sup>Recommandation 98/257/CE concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation.

<sup>18</sup>Op. cité note 7, n° 312-71, p. 608.

Q1319684

*mode alternatif de règlement des litiges”, mais, en revanche, doit demeurer valable, en plein accord avec la position de la Cour de cassation, la clause qui préserve le droit d’agir en justice du consommateur après l’échec de la conciliation. Ce qui, évidemment, est heureux tant une bonne conciliation est susceptible d’offrir au consommateur une solution rapide au litige qui l’oppose au professionnel”<sup>19</sup>.*

Mais, si, dans un avis émis le 27 mars 2007, le conseil national de la consommation admettait que les professionnels, *“comme les consommateurs, ont un intérêt convergent au développement du recours au règlement amiable des litiges, tout particulièrement dans le domaine de la consommation”<sup>20</sup>*, la commission de la médiation de la consommation, instituée par une loi n° 2010-737 du 1<sup>er</sup> juillet 2010, a, dans son rapport d’activité pour l’année 2012 déposé en juillet 2013, élaboré une *“charte médiation consommation”* dont l’article 4.5 énonce que *“le recours à la médiation de la consommation ne saurait, en aucun cas, constituer une condition préalable à un recours en justice”*.

Telle est également la position du Parlement européen et du Conseil de l’Union européenne dans deux textes qu’ils ont adoptés le 21 mai 2013 et dont il résulte que le consommateur ne saurait être privé *“de son droit de saisir les juridictions compétentes pour le règlement du litige”<sup>21</sup>* ou *“de son droit d’accès au système judiciaire”<sup>22</sup>*.

- en droit du travail.

Jusqu’à l’arrêt rendu le 14 février 2003 par la chambre mixte sur lequel nous reviendrons largement, la chambre sociale avait développé une conception restrictive des clauses de conciliation et de médiation, ainsi qu’il résultait d’arrêts rendus les 18 juin 1970 (pourvoi n° 69-40.331, *Bull.* 1970, V, n° 427), 9 décembre 1981 (pourvois n° 79-41.580 et 79-41.586, *Bull.* 1981, V, n° 954), 19 juillet 1988 (pourvoi n° 85-45.004, *Bull.* 1988, V, n° 475), 26 janvier 1994 (pourvois n° 91-40.464, 91-41.777 et 91-41.778, *Bull.* 1994, V, n° 32) et 1<sup>er</sup> avril 1997 (pourvois n° 94-43.433 et 94-43.335 à 94-43.442), les deuxième et troisième cités ayant énoncé que *“la création d’organismes conventionnels chargés de régler les différends nés à l’occasion du contrat de travail ou même de procéder à la conciliation des parties ne saurait faire obstacle à la saisine directe des conseils de prud’hommes légalement compétents”*.

Par la suite, après trois arrêts rendus les 30 juin 2004 (pourvoi n° 02-41.518), 7 mars 2007 (pourvoi n° 05-45.157) et 7 décembre 2011 (pourvoi n° 10-16.425, *Bull.*

<sup>19</sup>RTD civ. 2005, p. 395.

<sup>20</sup>Avis relatif à la médiation et aux modes alternatifs de règlement des litiges, NOR : ECOC0750514V22.

<sup>21</sup>Dir. 2013/11/UE relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, considérant 43.

<sup>22</sup>Règl. n° 524/2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation, considérant 26.

Q1319684

2011, V, n° 285) où elle n'a pas eu l'occasion de prendre expressément parti sur la question<sup>23</sup>, et alors que la doctrine travailliste avait manifesté une certaine hostilité à l'endroit de ces clauses, la chambre sociale a clarifié sa position par un arrêt de principe du 5 décembre 2012 (pourvoi n° 11-20.004, *Bull.* 2012, V, n° 326), en jugeant *“qu'en raison de l'existence en matière prud'homale d'une procédure de conciliation préliminaire et obligatoire, une clause du contrat de travail qui institue une procédure de conciliation préalable en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat n'empêche pas les parties de saisir directement le juge prud'homal de leur différend”*.

Pour M. Bernard Pons, la règle posée *“réalise une conciliation judiciaire entre les intérêts en présence”*, dès lors que, *“comme en droit commun, la clause de médiation est licite”*, mais, *“à la différence du droit commun, [elle] ne produit pas d'effet contraignant”* ; ainsi, selon cet auteur, d'une part, *“en cas d'échec de la négociation engagée conformément à la clause, la procédure prud'homale restera applicable en tous ses éléments, de sorte qu'elle devra débiter par une saisine du bureau de conciliation”*, d'autre part, *“l'inobservation d'une clause de médiation peut être considérée comme sans inconvénient en la matière, dès lors que, même en présence d'une telle clause, respectée ou non respectée, devra être observée la règle du préliminaire de conciliation”*<sup>24</sup>.

Nous ajouterons enfin que la jurisprudence de la chambre sociale traite de manière identique les clauses de conciliation insérées dans un contrat de travail et celles comprises dans un accord collectif.

- en référé.

---

<sup>23</sup>A cet égard, M. Daniel Boulmier (*Dr. soc.* 2013, p. 178) a fait observer : *“Dans la période de l'arrêt de la chambre mixte, cette question était d'une très grande importance, car la chambre sociale n'avait pas encore assoupli sa jurisprudence sur la règle de l'unicité de l'instance en application de l'article R. 1452-6 du code du travail ; aussi, un salarié qui se serait vu opposer une fin de non-recevoir, faute d'avoir mis en oeuvre la conciliation préalable contractuelle, se serait vu par la suite opposer la règle de l'unicité de l'instance en cas de réintroduction de sa demande. Depuis l'arrêt du 16 novembre 2010, par lequel la Cour de cassation a décidé que “la règle de l'unicité de l'instance [...] n'est applicable que lorsque l'instance précédente s'est achevée par un jugement sur le fond” [16 novembre 2010, pourvoi n° 09-70.404, *Bull.* 2010, V, n° 260], les conséquences irréparables d'une éventuelle fin de non-recevoir se trouvaient écartées.”*

<sup>24</sup>Op. cité note 7, n° 312-83, p. 612.



Q1319684

Par un arrêt de rejet du 28 mars 2007 (pourvoi n° 06-13.209, *Bull.* 2007, III, n° 43), s'agissant d'une clause ainsi rédigée (identique à celle afférente au présent pourvoi) : *“En cas de litige portant sur l'exécution du présent contrat, les parties conviennent de saisir pour avis le Conseil Régional de l'Ordre des architectes dont relève l'architecte, avant toute procédure judiciaire. A défaut d'un règlement amiable, le litige opposant les parties sera du ressort des juridictions civiles territorialement compétentes”*, la troisième chambre civile a jugé que la cour d'appel avait exactement retenu que la clause *“n'était pas applicable à l'action des époux C... fondée sur l'article 145 du nouveau code de procédure civile dans le but de réunir des preuves et d'interrompre un délai”*.

Pour le professeur Soraya Amrani-Mekki, cet arrêt répond à la nécessité d'*“une aide à la pré-constitution de preuves pour éviter leur dépérissement ou pouvoir les établir”*, alors que *“la durée d'attente d'exécution de la mesure d'instruction peut être disproportionnée à la durée raisonnable de la conciliation”*<sup>25</sup>.

Et selon le professeur Roger Perrot, dont les derniers développements ne sont pas inintéressants au regard de notre affaire : *“On ne peut qu'approuver cette solution. Une tentative de conciliation ne peut avoir lieu en toute loyauté que si les intéressés sont à même d'apprécier en connaissance de cause les concessions qu'ils pourront accepter et, dans les matières éminemment techniques, ils ne peuvent l'être que si, en toute objectivité, un expert leur a révélé l'importance et les causes du sinistre. Or, il est évident qu'une tentative de conciliation devant un organisme corporatif est loin de présenter les mêmes garanties que l'avis d'un expert désigné par un juge. Le recours préalable à l'article 145 n'est donc pas superflu. On en arrive même à se demander si, dans un litige qui oppose un professionnel à un consommateur, une clause de conciliation obligatoire est valable devant un organisme de cette nature, en raison de la présomption de partialité qui pèse sur lui. La lecture de l'arrêt ne permet pas d'ailleurs de savoir exactement quelle était, dans le cas d'espèce, la portée de cette clause. L'architecte mis en cause et son assureur la présentaient comme une “clause de conciliation obligatoire”, tandis qu'il est dit dans l'arrêt que le recours préalable devant le conseil régional de l'ordre des architectes ne tendait à obtenir qu'un simple “avis” ; ce qui n'est pas du tout la même chose. La nuance est peut-être habile, dans la mesure où elle permet de faire échapper la clause litigieuse à une nullité menaçante, mais elle ne donne alors qu'une justification plus grande encore à l'arrêt commenté”*<sup>26</sup>.

Par un arrêt du 9 novembre 2006 (pourvoi n° 05-19.443), alors qu'une cour d'appel, saisie en référé, avait condamné une partie au paiement d'une indemnité provisionnelle après avoir rejeté une exception d'irrecevabilité tirée de l'absence de mise en oeuvre préalable de la clause de conciliation prévue aux contrats au motif notamment que celle-ci *“ne portait pas atteinte au droit de chacune des parties de soumettre le litige à la juridiction civile”*, la deuxième chambre civile a cassé l'arrêt attaqué en énonçant *“qu'ayant retenu que les conventions prévoient le recours à une procédure de conciliation préalable à toute instance judiciaire pour les*

<sup>25</sup> *La clause de conciliation*, in *La médiation*, société de législation comparée, D. 2009, n° 11, p. 29 et s.

<sup>26</sup> *Procédures*, 2007, p. 17.

Q1319684

*contestations relatives à l'exécution de celles-ci*", la cour d'appel n'avait pas tiré les conséquences de ses constatations.

Il résulte par conséquent de ces deux arrêts que la clause n'est pas applicable en cas de référé fondé sur l'article 145 du code de procédure civile, mais qu'elle l'est en cas de référé fondé sur l'article 809, alinéa 2, du même code : c'est sans nul doute la nature différente de ces deux types de référé (référé probatoire et référé provision) qui explique ces jurisprudences, seul le référé provision conduisant le juge à "prendre parti".

II.- Le régime juridique spécifique de la sanction attachée à la méconnaissance des clauses favorisant une solution bilatérale du litige par le recours à un tiers.

Quelle sanction réserver à une action judiciaire engagée au mépris d'une telle clause ?

L'arrêt rendu le 14 février 2003 par la chambre mixte sur cette question constitue indéniablement la décision la plus importante en matière de clause de conciliation.

Il conviendra d'examiner la solution retenue par cet arrêt (A), puis de retracer l'application faite de celle-ci par les différentes chambres de la Cour (B), enfin d'étudier le problème juridique posé par le présent pourvoi et découlant directement de cette jurisprudence (C).

A.- La jurisprudence de la chambre mixte.

Par un arrêt du 6 juillet 2000 (pourvoi n° 98-17.827), la deuxième chambre civile, revenant sur un précédent arrêt du 15 janvier 1992 (pourvoi n° 90-19.097), avait jugé *"qu'ayant relevé que les conventions contenaient une clause de conciliation par laquelle les parties s'étaient engagées à soumettre leur différend à deux conciliateurs avant toute action contentieuse, l'arrêt retient, à bon droit, que l'action en justice introduite par la polyclinique sans observation de la procédure prévue par cette clause est irrecevable"*<sup>27</sup>.

Mais, par un arrêt du 23 janvier 2001 (pourvoi n° 98-18.679, *Bull.* 2001, I, n° 11), la première chambre civile, adoptant une position contraire, avait clairement décidé que *"la clause du contrat d'exercice professionnel subordonnant une action judiciaire à une conciliation des parties par l'autorité ordinale, qui ne constitue pas une fin de non-recevoir, n'est pas d'ordre public et ne se trouve assortie d'aucune sanction"*.

---

<sup>27</sup>Un arrêt rendu le 28 novembre 1995 (pourvoi n° 94-12.285) par la chambre commerciale et évoqué précédemment a pu être présenté comme étant dans le même sens : il semble difficile de souscrire pleinement à cette analyse, dès lors que l'arrêt attaqué avait admis la recevabilité de l'action judiciaire après avoir considéré que les parties avaient renoncé implicitement à la procédure préalable et obligatoire de conciliation et que la chambre commerciale a cassé l'arrêt sur la seule question de la renonciation.

Q1319684

Puis, par un arrêt du 6 mars 2001 (pourvoi n° 98-15.502, *Bull.* 2001, I, n° 58), la même chambre avait jugé que *“la cour d’appel, qui a retenu par une interprétation souveraine de la volonté des parties lors de la signature de la convention que l’inobservation de la clause prévoyant un préalable de conciliation avant toute procédure ne constituait pas une fin de non-recevoir à l’action en justice, ce qui impliquait que ce préalable n’était pas obligatoire, a ainsi légalement justifié sa décision sur ce point”*.

Eu égard à cette divergence de jurisprudence et à la position de la chambre sociale rappelée précédemment, la chambre mixte a été saisie d’un pourvoi relatif à une clause de conciliation obligatoire et préalable.

M. le doyen Pierre Bailly, conseiller rapporteur, avait recensé les différents arguments des thèses en présence.

Ces arguments, qui méritent d’être rappelés, peuvent être ainsi résumés :

a) au soutien de l’irrecevabilité de l’action :

- la force obligatoire du contrat, qui interdit de saisir le juge avant la mise en oeuvre de la procédure de conciliation, sauf à priver la clause de conciliation de toute effectivité,

- le parallèle effectué avec la sanction de la méconnaissance d’un préliminaire de conciliation judiciaire lorsque celui-ci est légalement obligatoire, laquelle consiste en l’irrecevabilité de la demande, l’énumération des fins de non-recevoir contenue dans l’article 122 du code de procédure civile n’étant pas limitative eu égard à l’article 124 du même code qui évoque des irrecevabilités ne résultant d’aucune disposition expresse,

- la jurisprudence du juge administratif, le Conseil d’Etat ayant jugé, par un arrêt du 9 décembre 1991 (n° 84308, publié au *Recueil Lebon*), que le non-respect de la clause d’une convention imposant aux parties, en cas de différend, de solliciter l’arbitrage du sous-préfet avant toute procédure contentieuse entraîne l’irrecevabilité de la demande présentée directement au juge administratif,

- les principes directeurs du procès permettant au juge d’organiser une médiation, dont il résulte que les parties sont libres d’aménager comme elles l’entendent le règlement du litige qui les oppose, de sorte qu’une clause de conciliation ou de médiation préalable doit recevoir application et produire tous ses effets sur le plan procédural,

- l’intérêt des parties, dispensées des charges et inconvénients d’un procès lorsqu’elles tentent une conciliation ou une médiation dont elles ont arrêté le principe, comme l’intérêt de la justice, qui ne doit être saisi qu’en cas d’échec des modes alternatifs de règlement des conflits.

b) en défaveur de l’irrecevabilité de l’action :

- le principe selon lequel le juge ne peut opposer des fins de non-recevoir qui ne résultent pas des textes, seuls la loi et le règlement pouvant instituer des causes d’irrecevabilité empêchant l’exercice d’actions en justice,

Q1319684

- le droit d'accès au juge, qui est reconnu et protégé par la Convention européenne des droits de l'homme et qui ne peut s'accommoder de restrictions dépendant de la seule volonté des parties, sauf à considérer que l'obligation de passer préalablement par un préliminaire de conciliation extrajudiciaire, nécessairement temporaire, n'affecte pas réellement ce droit,
- le régime des fins de non-recevoir, qui permet à une partie d'invoquer une clause de médiation ou de conciliation à tous les stades de la procédure judiciaire, sans avoir à justifier d'un quelconque grief,
- les conséquences préjudiciables d'un retard dans la saisine du juge, lorsque l'exercice de l'action est enfermé dans un délai de prescription ou de forclusion,
- le caractère vain, au demeurant source de retard, du mode de règlement amiable d'un conflit en l'absence de la volonté commune de toutes les parties de se soumettre à une procédure de conciliation préalable.

En outre, certains auteurs avaient suggéré que la violation de la clause aurait pu donner lieu à une exception de procédure ou encore à une demande de sursis à statuer, solutions moins radicales.

Par un arrêt du 14 février 2003 (pourvois n° 00-19.423 et 00-19.424, *Bull.* 2003, n° 1), la chambre mixte, composée de toutes les chambres de la Cour de cassation à l'exception de la chambre criminelle, a jugé qu'*"il résulte des articles 122 et 124 du nouveau Code de procédure civile que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées"*, que, *"licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en oeuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent"* et qu'*"ayant retenu que l'acte de cession d'actions prévoyait le recours à une procédure de conciliation préalable à toute instance judiciaire pour les contestations relatives à l'exécution de la convention, la cour d'appel en a exactement déduit l'irrecevabilité du cédant à agir sur le fondement du contrat avant que la procédure de conciliation ait été mise en oeuvre"*.

La Cour de cassation a ainsi décidé :

- que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées par l'article 122 du code de procédure civile, au regard de l'article 124 du même code,
- qu'une clause de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge est licite,
- que le moyen tiré du défaut de mise en oeuvre d'une telle clause constitue une fin de non-recevoir,
- que la mise en oeuvre d'une telle clause suspend la prescription jusqu'à l'issue de la procédure de conciliation,
- que la fin de non-recevoir s'impose si les parties l'invoquent.

De manière quasi-unanime, la doctrine, qui l'a très largement commenté, a approuvé l'arrêt du 14 février 2003 sur ces différents points.

Nous relèverons immédiatement, sur le quatrième point, que la loi est venue prendre le relais de l'*obiter dictum*, au demeurant essentiel, énoncé par la chambre

Q1319684

mixte.

En effet, les articles 2238 et 2254, alinéa 2, du code civil, issus de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, ont précisé les effets, sur la prescription, d'un recours à la conciliation ou à la médiation après la survenance d'un litige<sup>28</sup>.

Nous ferons également observer, sur le cinquième point, que, s'il peut être légitimement considéré que le juge n'a pas *l'obligation* de relever d'office la fin de non-recevoir, laquelle résulte d'une convention privée et ne présente donc pas un caractère d'ordre public, la question peut se poser de savoir si le juge dispose de *la faculté* de la relever d'office ; certes, l'article 125, alinéa 2, du code de procédure civile énonce que "*le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée*" et, selon une jurisprudence bien établie, "*les juges ne peuvent, hormis dans les cas prévus par l'article 125 du nouveau code de procédure civile, soulever d'office une fin de non-recevoir qui n'est pas d'ordre public*"<sup>29</sup> ; mais le professeur Loïc Cadiet a pu soutenir que l'hypothèse est précisément celle de l'article 125, alinéa 2 : "*les parties n'ont pas intérêt à agir en justice tant que la procédure de médiation n'a pas été mise en oeuvre car nul ne sait alors si l'avantage attendu de l'exercice de l'action en justice (c'est la définition de l'intérêt à agir : v. L. Cadiet, Droit judiciaire privé préc., n° 843) ne leur sera pas procuré par une solution amiable du litige*"<sup>30</sup>, tandis que M. Pascal Ancel et Mme Marianne Cottin considèrent que la formulation employée par la chambre mixte "*signifie a contrario que le juge n'a non seulement aucune obligation, mais n'a pas non plus le pouvoir de soulever d'office l'irrecevabilité*"<sup>31</sup>.

#### B.- L'application de la jurisprudence de la chambre mixte par les chambres civiles.

En dehors de la chambre sociale, qui a opté pour un régime spécifique tenant au particularisme de la procédure en droit social, les chambres civiles de la Cour de cassation se sont conformées à la jurisprudence de la chambre mixte qu'elles ont, de surcroît, enrichie.

<sup>28</sup>Article 2238 du code civil : "*La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. La prescription est également suspendue à compter de la conclusion d'une convention de procédure participative.*

*Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée. En cas de convention de procédure participative, le délai de prescription recommence à courir à compter du terme de la convention, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois.*"

Article 2254, alinéa 2, du même code : "*Les parties peuvent également, d'un commun accord, ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de la prescription prévues par la loi.*"

<sup>29</sup>V. par ex. 2<sup>e</sup> Civ., 28 février 2006, pourvoi n° 04-15.983, *Bull.* 2006, II, n° 56.

<sup>30</sup>RDC 2003, p. 182.

<sup>31</sup>D. 2003, p. 186 ; dans le même sens, Bernard Pons, op. cité note 7, n° 312-161, p. 617 et Cédric Tahri, D. actualité, 18 janvier 2011.

Q1319684

Par un arrêt du 27 janvier 2004 (pourvoi n° 00-22.320, *Bull.* 2004, I, n° 23), la première chambre civile a ainsi jugé *“qu’ayant retenu que la clause conventionnelle de conciliation devant le bâtonnier s’imposait aux parties, l’arrêt attaqué en a justement déduit que ce préalable de conciliation était obligatoire avant l’introduction d’une procédure contentieuse et que, dès lors, sa mise en oeuvre avait suspendu jusqu’à son issue le cours de la prescription”*.

De manière plus nette, par un arrêt du 30 octobre 2007 (pourvoi n° 06-13.366, *Bull.* 2007, I, n° 329), alors que, pour déclarer respectée la procédure amiable de médiation obligatoire prévue à l’article 16 d’un contrat d’exercice en commun des membres d’une société civile de moyens, une cour d’appel avait retenu qu’une médiation avait été vainement tentée sous l’égide de SOS Médecins France, aboutissant à un projet de transaction refusé par l’association et la société eu égard à ses implications financières, la même chambre a jugé qu’en statuant ainsi, alors, d’abord, que l’article 16 précité stipulait : *“En cas de difficultés soulevées par l’application du présent contrat, les parties s’engagent, préalablement à toute action contentieuse, à soumettre leur différend à deux membres du conseil départemental de l’ordre des médecins des Yvelines, chacun choisissant librement l’un de ces deux membres. Ceux-ci s’efforcent de concilier les parties et de les amener à une solution amiable et ce, dans un délai maximum de trois mois à compter de la désignation du premier conciliateur”*, ensuite, qu’une telle clause constituait une fin de non-recevoir, enfin, que des parties avaient soutenu que la procédure ainsi requise n’avait pas été respectée, la cour d’appel avait violé l’article 1134 du code civil, ensemble les articles 122 et 123 du code de procédure civile.

Par un arrêt du 9 novembre 2006 (pourvoi n° 05-19.443), la deuxième chambre civile a repris les termes de l’arrêt du 14 février 2003.

Par un arrêt du 25 février 2010 (pourvoi n° 09-14.044), la même chambre a eu l’occasion, cette fois, de se prononcer à propos d’une clause d’expertise.

L’arrêt attaqué ayant relevé que l’article 13 des conditions générales d’une police d’assurance énonçait que, si les dommages n’étaient pas fixés de gré à gré, une expertise amiable était toujours obligatoire, sous réserve des droits respectifs des parties, que, si les experts n’étaient pas d’accord, ils s’adjoignaient un troisième expert, que les trois experts opéraient en commun à la majorité des voix, que, faute par l’une des parties de nommer son expert ou par les deux experts de s’entendre sur le choix du troisième, la désignation était effectuée par le président du tribunal de grande instance ou du tribunal de commerce dans le ressort duquel le sinistre s’était produit, que cette nomination avait lieu sur simple requête de la partie la plus diligente, faite au plus tôt quinze jours après l’envoi, à l’autre partie, d’une lettre recommandée de mise en demeure avec demande d’avis de réception, que, si cette expertise amiable ne pouvait être regardée comme constituant véritablement un préalable obligatoire de conciliation, il n’en demeurait pas moins que les parties, et

Q1319684

ici la société M..., avaient prévu que, avant d'agir en justice, le dommage subi par l'assuré fera obligatoirement l'objet d'une évaluation par la voie d'une expertise amiable, la deuxième chambre civile a jugé que la cour d'appel avait pu déduire de ces constatations et énonciations *“que la méconnaissance de cette clause, qu'elle n'a pas dénaturée, constituait une fin de non-recevoir, de sorte que l'action de la société M... devait être déclarée irrecevable en l'absence de respect de la procédure prévue par les conditions générales du contrat d'assurance”*.

Par un arrêt du 4 novembre 2004 (pourvoi n° 03-13.002), la troisième chambre civile a jugé qu'ayant relevé qu'un contrat d'architecte, qui ne prévoyait aucune dérogation au cahier des clauses générales disposant qu'en cas de litige portant sur l'exécution de ce contrat les parties convenaient de saisir pour avis le conseil régional de l'ordre des architectes, avant toute procédure judiciaire, ne pouvait être ignoré de M. B... qui l'avait signé et que cette clause d'un contrat conclu entre un architecte et un commerçant était valable, la cour d'appel avait pu, après avoir constaté que M. B... n'avait pas saisi pour avis le conseil régional des architectes, préalablement à l'engagement de la procédure judiciaire, le déclarer irrecevable en son action contre Mme V.... et son assureur.

Par un arrêt du 20 septembre 2011 (pourvoi n° 10-20.990), la même chambre a jugé *“qu'ayant constaté que le contrat de vente stipulait que les parties “en cas de litige” convenaient “préalablement à toute instance judiciaire, de soumettre leur différend à un conciliateur désigné qui sera missionné par le président de la chambre des notaires” et relevé que, si l'action en diminution du prix d'un lot de copropriété prévue à l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965 était bien enfermée, à peine de déchéance, dans un délai d'un an à compter de la date de l'acte authentique constatant la réalisation de la vente”, la cour d'appel avait retenu “à bon droit [...] que la clause de conciliation préalable constituait une fin de non-recevoir s'imposant au juge si les parties l'invoquaient, qu'elle ne comportait aucune distinction quant à la nature des litiges devant être soumis à un conciliateur préalablement à toute instance judiciaire et que sa mise en oeuvre suspendait jusqu'à l'issue de la procédure préalable le cours de la prescription”*.

Par deux arrêts des 17 juin 2003, déjà cité (pourvoi n° 99-16.001, *Bull.* 2003, IV, n° 101), et 22 février 2005 (pourvoi n° 02-11.519), la chambre commerciale a rappelé les termes de l'arrêt du 14 février 2003.

Par un arrêt du 15 juin 2010 (pourvoi n° 09-16.323), dans un litige entre associés d'une société civile professionnelle, alors que la cour d'appel avait, pour rejeter une fin de non-recevoir tirée du non-respect d'une procédure de conciliation imposée par les statuts, retenu que l'absence de tentative de conciliation ne supprimait pas l'intérêt à agir de la partie demanderesse qui poursuit l'exécution de la convention, la même chambre a cassé l'arrêt attaqué au motif que les statuts de la société instituaient une procédure de conciliation obligatoire, préalable à la saisine du juge, et que son inobservation, invoquée par l'un des associés, entraînait

Q1319684

l'irrecevabilité de la demande.

La chambre commerciale a, en outre, enrichi la jurisprudence de la chambre mixte.

En effet, dans l'arrêt précité du 22 février 2005, elle a ajouté que la fin de non-recevoir "*peut être proposée en tout état de cause*", en l'occurrence en appel.

Et, dans un arrêt du 23 octobre 2012 (pourvoi n° 11-23.864), elle a approuvé une cour d'appel qui avait retenu "*que l'irrecevabilité soulevée sur le fondement de la clause contractuelle de recours à l'expertise s'analys[e] en une fin de non-recevoir qui peut être proposée en tout état de cause*", en l'espèce également en appel.

Nous savons qu'aux termes de l'article 123 du code de procédure civile, "*les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause, sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt*", mais, selon certains auteurs, une telle solution n'allait pas de soi.

Le professeur Roger Perrot était de ceux-là, avant même l'arrêt du 22 février 2005 : "*S'agissant d'une fin de non-recevoir de nature conventionnelle à laquelle les parties peuvent toujours renoncer, il semblerait assez logique d'admettre que le fait d'avoir accepté un débat sur le fond devant le juge vaut renonciation à se prévaloir d'une clause de conciliation qui, en tant que préalable, n'aurait plus guère de sens*"<sup>32</sup>.

Cet éminent auteur s'est donc montré critique envers cet arrêt : "*Il est permis de ne pas être convaincu par une solution qui ne tient aucun compte de ce que cette fin de non-recevoir se singularise tout à la fois par sa nature conventionnelle et par son objet propre.*

> Sa nature conventionnelle. *Les parties qui sont convenues de ne pas saisir un tribunal avant d'avoir exploré toutes les possibilités d'une entente peuvent toujours y renoncer d'un commun accord : ce qu'a fait un mutuus consensus peut toujours être défait par un mutuus dissensus. Si, contrairement à ce que les deux partenaires avaient initialement espéré, ils devaient estimer qu'il est inutile de perdre du temps à chercher un terrain d'entente avant de saisir un juge, on ne voit pas au nom de quels principes on pourrait leur interdire d'engager immédiatement le contentieux. En réalité, l'article 122 nouv. c. pr. civ. a été conçu en pensant aux fins de non-recevoir imposées par la loi et non pas aux fins de non-recevoir conventionnelles qui ont pour fondement la volonté des parties, lesquelles peuvent toujours convenir de n'en pas faire application. Or, à partir du moment où, au mépris de la clause, le demandeur a pris l'initiative d'assigner directement son adversaire, et où celui-ci a comparu et accepté un débat sur le fond, ne serait-il pas logique de considérer qu'ils ont renoncé l'un et l'autre à se prévaloir de la clause de conciliation*

---

<sup>32</sup>RTD civ. 2003, p. 349.



Q1319684

*obligatoire ? La question mérite d'autant plus d'être posée que c'est bien ainsi que les choses se passent lorsque, en matière d'arbitrage, des contractants sont liés par une clause compromissoire, c'est-à-dire par une clause autrement plus contraignante que ne peut l'être une clause de conciliation*

*préalable. Il a toujours été admis que le défendeur qui entend revendiquer la juridiction des arbitres pour échapper aux juridictions d'Etat doit s'en prévaloir avant toute défense au fond, sinon ensuite il est forclo (Civ. 2<sup>e</sup>, 22 nov. 2001, Bull. civ. II, n° 168 ; D. 2002. 42 ; RTD com. 2002.46, obs. Dubarry et Loquin ; Rev. arb. 2002.371, note Ph. Théry). Sans doute, la Cour de cassation justifie-t-elle cette solution en plaçant la question sous le signe, non pas d'une renonciation, mais de l'exception d'incompétence dont chacun sait qu'elle doit être invoquée in limine litis (art. 74 nouv. c. pr. civ.). Mais outre que cette qualification est loin d'être évidente (Dubarry et Loquin, op. cit. ; Théry, op. cit.), l'esprit est toujours le même : dans les deux cas, les parties ont conclu un accord pour déserté les juridictions étatiques, définitivement avec la clause d'arbitrage et temporairement avec la clause de conciliation obligatoire. On ne comprend pas pourquoi le fait d'engager directement un débat sur le fond devant un tribunal vaudrait*

*renonciation dans un cas et non dans l'autre (en ce sens : Jarrosson, Rev. arb. 2003.410, n° 9). Et on le comprend moins encore si l'on considère maintenant l'objet propre de la clause de conciliation.*

*> Son objet propre. Est-il besoin de rappeler que cette clause est conçue comme un préalable inspiré par le secret espoir d'éviter une instance judiciaire si faire se peut ? Elle n'a pas d'autre objet. De ce fait, elle n'a plus guère de sens à partir du moment où d'un commun accord les deux contractants ont décidé de croiser le fer devant un tribunal. Par leur volonté même, le temps des préalables est inexorablement dépassé. La pacification des humeurs processuelles n'est certes pas bannie pour autant. Si en cours d'instance une heureuse bouffée consensuelle envahit à nouveau les parties, rien ne leur interdit de marquer une pause pour conclure un arrangement : la conciliation n'a jamais déserté le prétoire, pas plus devant la cour que devant un tribunal. Ce qui est contestable, c'est d'ériger l'omission d'un préliminaire conventionnel en une fin de non-recevoir qui oblige les parties à revenir au point de départ, simplement parce que*

*l'une d'elles a changé d'avis en cours de route. Après des mois de procédure jetés au panier pour la beauté des principes, la reconstitution d'un préalable de conciliation n'a plus la même saveur. On serait d'ailleurs curieux de savoir les paroles d'apaisement qu'elles trouveront encore à se dire. Cela est encore plus vrai lorsque, comme en l'espèce, la fin de non-recevoir est invoquée pour la première fois en cause d'appel par un défendeur condamné. Il est trop évident que, dans la pensée de l'appelant, l'objectif n'est plus de retrouver la sérénité d'une conciliation que, soit dit en passant, l'instance d'appel pourrait toujours lui offrir ; il est bel et bien de se ménager un moyen d'irrecevabilité pour échapper à une condamnation. En réalité, avec le système consacré par l'arrêt commenté, on aboutit à ce résultat pour le moins surprenant que le défendeur peut conserver en réserve une ultime cartouche pour, le cas échéant, faire exploser un jugement qui lui serait défavorable. C'est ériger le double jeu à la hauteur d'une institution. Et que dire du temps perdu*

Q1319684

*pour tout le monde ? La chronologie de cette affaire initiée en 1999 est édifiante. Après avoir gravi les sommets de la hiérarchie judiciaire en 2005, l'arrêt de cassation impose maintenant aux parties une descente en rappel par le renvoi à une autre cour "pour être fait droit", laquelle, si elle se range à la doctrine de la Cour de cassation, ne pourra mieux faire, dans un an ou deux, que de déclarer irrecevable la demande initiale. Et c'est ainsi qu'après des années de procédure les parties se retrouveront au camp de base pour organiser une conciliation, que, sans sourire, on osera encore appeler un "préliminaire", afin d'avoir le droit d'entreprendre une nouvelle escalade... si du moins les héros ne sont pas fatigués ! Décidément, on a bien du mal à être convaincu"<sup>33</sup>.*

Pour le professeur Thomas Clay : *"Cela signifie que la renonciation à invoquer une clause de conciliation en première instance n'emporte pas renonciation pour l'appel. L'effet dévolutif de l'appel joue donc ici pleinement. La solution est inverse en matière d'arbitrage où la saisine des tribunaux judiciaires emporte renonciation définitive à la convention d'arbitrage. Mais cette différence se justifie parce que la conciliation est toujours préférable au procès, alors qu'il n'est pas démontré que l'arbitrage soit toujours préférable à la justice étatique"<sup>34</sup>.*

#### C.- Le problème juridique posé par le présent pourvoi.

Qualifié par la chambre mixte de fin de non-recevoir, le moyen tiré du défaut de mise en oeuvre d'une clause contractuelle obligatoire et préalable à la saisine du juge obéit au régime de ce moyen de défense, lequel est édicté par les articles 122 à 126 du code de procédure civile.

Si la Cour de cassation a jugé, en pleine conformité avec l'article 123, qu'une telle fin de non-recevoir peut être proposée en tout état de cause et, en application de l'article 125, qu'elle ne *doit* pas être relevée d'office par le juge, une incertitude subsistant quant au point de savoir si elle *peut* être relevée d'office par celui-ci, en outre, deux de ses formations ont été saisies de la question de savoir si la mise en oeuvre d'une procédure de conciliation obligatoire, non pas avant, mais après la saisine du juge, entrait dans les prévisions de l'article 126, alinéa 1<sup>er</sup>, selon lequel, *"dans le cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue"*<sup>35</sup>.

Nous mettrons à part l'alinéa 2 de l'article 126, selon lequel *"il en est de même lorsque, avant toute forclusion, la personne ayant qualité pour agir devient partie à l'instance"* et dont le doyen Serge Guinchard déduit que *"la solution est bonne car elle évite une décision d'irrecevabilité suivie d'une instance nouvelle,*

<sup>33</sup>RTD civ. 2005, p. 450.

<sup>34</sup>JCP éd. G, n° 44, p. 183.

<sup>35</sup>Ajoutons que, selon l'article 124 du code de procédure civile, *"les fins de non-recevoir doivent être accueillies sans que celui qui les invoque ait à justifier d'un grief et alors même que l'irrecevabilité ne résulterait d'aucune disposition expresse."*

Q1319684

*entamée par ou contre la partie qui pouvait invoquer le défaut de qualité.*

Selon le même auteur, *“la jurisprudence a dégagé les axes forts suivants :*  
 - *la régularisation peut intervenir en première instance, mais avant que le juge ne statue. Plus précisément, la régularisation doit être faite non seulement avant le jugement, mais avant la clôture des débats (si la procédure est orale) ou avant l’ordonnance de clôture (si la procédure est avec représentation obligatoire) [...],*  
 - *elle peut aussi intervenir en cause d’appel, nonobstant le prononcé de l’ordonnance de clôture, même si la fin de non-recevoir avait déjà été examinée et retenue par le tribunal [...],*  
 - *[elle] doit intervenir avant que la forclusion n’ait joué. Encore faut-il que la personne qui prétend devenir partie à l’instance avant toute forclusion soit celle qui avait qualité pour agir. [...] Et la régularisation n’est possible que si elle n’est pas exclue par une disposition contraire*<sup>36</sup>.

Mme Isabelle Pétel-Teyssié a traité la question de la régularisation de manière approfondie :

*“L’admission de principe de la régularisation ne dépend pas de la qualification du moyen mais de son contenu, qui la rend concevable ou inconcevable, et de l’esprit de l’exigence sur laquelle il trouve appui, qui parfois s’y oppose.*

*Contenu du moyen. La régularisation n’est juridiquement possible que lorsqu’elle est matériellement concevable (C. pr. civ., art. 121 et 126), ce qui n’est pas toujours le cas. Quelle régularisation opposer, en effet, sauf intervention du législateur, à l’exception de péremption, à l’exception dilatoire de l’héritier, à la fin de non-recevoir fondée sur la prescription ou la forclusion, à la défense au fond tirée de l’absence de responsabilité ? Et si, pour faire pièce à une exception d’incompétence risquant d’aboutir, le plaideur dispose du désistement d’instance, celui-ci ne saurait être regardé comme une régularisation stricto sensu puisque, l’instance étant éteinte, le juge n’aura pas l’occasion de rejeter le moyen.*

*À l’inverse, il est parfaitement concevable de refaire un acte irrégulier en la forme, de suppléer [les] mentions faisant défaut par des conclusions ultérieures, de conférer au représentant le pouvoir qui lui manquait, de se désister d’une instance tendant aux mêmes fins pendante devant une autre juridiction... [...].*

*Esprit de l’exigence. - Même matériellement possible, la régularisation n’est admissible que si l’esprit de l’exigence méconnue ne s’y oppose pas.*

*Il s’y oppose lorsque le moyen trouve son fondement dans le défaut d’accomplissement d’une formalité nécessairement préalable à la demande. Effectuée a posteriori, elle ne présenterait plus ce caractère. Aussi la Cour de cassation exclut-elle la régularisation (Civ. 2<sup>e</sup>, 2 oct. 1981<sup>37</sup>, Gaz. Pal. 1982. 1. 107, note Viatte. - Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 2012, n° 10-19.476<sup>38</sup>, RD rur. 2012. Comm. 85, note*

<sup>36</sup>Dalloz action - Droit et pratique de la procédure civile, 2012, chapitre 193, fins de non-recevoir, n° 193-37.

<sup>37</sup>La deuxième chambre civile a jugé que l’instance engagée contre une commune, sans avoir été précédée de la formalité du dépôt du mémoire préalable prévu à l’article 316-9 du code des communes (alors applicable), n’est pas susceptible de régularisation.

<sup>38</sup>A la suite du placement en redressement judiciaire d’une société, l’un de ses associés avait

Q1319684

*Barbieri* ). Il est, en revanche, possible, la formalité n'étant pas préalable, de procéder à tout moment à la publication de la demande tendant à l'anéantissement d'un acte soumis à publicité foncière (Civ. 1<sup>re</sup>, 16 janv. 1967, D. 1967. 186. - Civ. 3<sup>e</sup>, 15 nov. 1989, n° 88-10.441, Bull. civ. III, n° 215. - Civ. 3<sup>e</sup>, 26 nov. 2003, n° 02-13.438, Bull. civ. III, n° 212. - V. égal., en ce sens, S. Guinchard et T. Moussa, obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 12 févr. 1985, Gaz. Pal. 1985. 2. Pan. 171 [...]).

La régularisation est également exclue lorsqu'il apparaît qu'une condition doit être impérativement remplie à un moment précis. Ceci explique que le pouvoir spécial devant accompagner la déclaration d'inscription de faux (C. pr. civ., art. 306) ne puisse être produit ultérieurement (Civ. 2<sup>e</sup>, 13 juill. 1999, n° 97-12.116, Bull. civ. II, n° 135 ; Procédures 1999. Comm. 245, obs. Perrot. - V., pour un autre exemple, Com. 30 mai 2007, n° 05-21.134, Procédures 2007. Comm. 179, obs. Perrot) [...].

Dans le même esprit, il a été jugé, sous l'empire de la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 (JO 12 juill.), à propos du divorce pour rupture de la vie commune, que l'indication a posteriori des moyens par lesquels l'époux demandeur entendait exécuter à l'avenir son devoir de secours, obligatoirement contenue - pour des raisons propres à ce type de divorce (Normand, obs. in RTD civ. 1979. 653 et 1981. 685) - dans la requête initiale, ne couvrait pas l'irrégularité de cette dernière. Du moins le demandeur ne pouvait-il l'effacer par des propositions devant le juge conciliateur ou par voie de conclusions ultérieures (Civ. 2<sup>e</sup>, 25 févr. 1981, n° 79-10.520, Bull. civ. II, n° 42. - Civ. 2<sup>e</sup>, 5 janv. 1983, n° 81-13.639, Bull. civ. II, n° 2) ; la possibilité lui était, en revanche, ouverte de le faire par une requête complémentaire déposée avant que le juge ne rende une ordonnance convoquant les époux à la tentative de conciliation (Civ. 2<sup>e</sup>, 22 janv. 1992, n° 90-19.315, Bull. civ. II, n° 25)<sup>39</sup>.

signé avec celle-ci, avec l'administrateur judiciaire de celle-ci et avec une autre société, une convention par laquelle il s'était engagé à apporter à la seconde société la production agricole qu'il livrait antérieurement à la première et à n'exercer de faculté de retrait qu'à l'expiration d'une période de sept exercices ; l'associé lui ayant notifié son retrait trois ans plus tard, la seconde société l'avait assigné le 22 décembre 1998 en réparation du préjudice résultant du non-apport de sa production jusqu'au terme convenu ; la cour d'appel avait déclaré l'action recevable et condamné l'associé au paiement d'une certaine somme.

Pour écarter la fin de non-recevoir tirée de l'absence de décision préalable du conseil d'administration de la seconde société décidant de l'application des sanctions prévues par les statuts de celle-ci, la cour d'appel avait retenu que, si à la date de délivrance de l'assignation, le conseil d'administration ne s'était pas prononcé sur les sanctions statutaires devant être appliquées à l'associé défaillant, cette fin de non-recevoir s'était trouvée régularisée, au sens de l'article 126 du code de procédure civile, par la délibération votée lors de la réunion du conseil d'administration du 19 décembre 2001.

La première chambre civile a jugé qu'en statuant ainsi, "alors que la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir litigieuse n'était pas susceptible d'être régularisée" dès lors que l'action engagée par la seconde société devait porter sur l'examen de la décision, nécessairement rendue préalablement par le conseil d'administration, se prononçant, conformément aux statuts applicables, sur les sanctions encourues par l'associé défaillant, lesquelles ne pouvaient être prononcées qu'après que celui-ci eut été invité à fournir ses explications devant le conseil d'administration, la cour d'appel avait violé l'article 126 du code de procédure civile, ensemble l'article 1134 du code civil.

<sup>39</sup>Dalloz, Répertoire de procédure civile, Défenses, exceptions, fins de non-recevoir, n° 111 et s.

Q1319684

Ce sont la deuxième chambre civile et la chambre commerciale qui ont rendu des décisions sur la question soumise à l'examen de la chambre mixte.

Par un arrêt de cassation du 16 décembre 2010 (pourvoi n° 09-71.575, *Bull.* 2010, II, n° 212), alors que la cour d'appel, pour accueillir une fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en oeuvre d'une procédure de conciliation prévue dans un compromis de vente, avait retenu que la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à toute instance judiciaire constituait une fin de non-recevoir qui s'imposait au juge si les parties l'invoquaient, que la clause de conciliation préalable prévue au contrat et intitulée "conciliation-médiation" ne constituait pas une simple formalité mais la loi des parties, susceptible de favoriser le règlement amiable de leur litige et excluant par sa nature même toute possibilité de régularisation après l'introduction de l'instance, la deuxième chambre civile a jugé qu'en statuant ainsi, alors que le défaut de mise en oeuvre d'une clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge constituait une fin de non-recevoir qui pouvait être régularisée en cours d'instance et qu'à la date à laquelle le juge avait statué, M. et Mme C... avaient mis en oeuvre dans les formes requises par le compromis de vente la procédure de conciliation, puis, après constatation de son échec par le notaire désigné, réitéré leurs demandes dans les dernières conclusions qui saisissaient le juge, de sorte que la cause d'irrecevabilité avait disparu, la cour d'appel avait violé l'article 126 du code de procédure civile.

Au lendemain de l'arrêt de la chambre mixte, MM. Hervé Croze et Dominique Gautier s'étaient déjà intéressés à la question :

*"...non seulement cette session de rattrapage est illusoire puisque l'attitude des parties, au moins du demandeur, montre une faible disposition à la conciliation, mais, bien plus, il est permis de se demander si la régularisation est possible : par construction, la conciliation doit se situer avant la saisine d'un juge, or ici, par hypothèse, un juge aura déjà été saisi. Qu'est alors cette tentative de conciliation a posteriori, sinon un simulacre ?"*<sup>40</sup>.

La doctrine, certes peu abondante, n'a pas fait preuve d'enthousiasme à l'égard de l'arrêt du 16 décembre 2010.

M. Cédric Tahri s'est borné à dire que c'était "*fort logiquement que la Cour de cassation en a conclu que la fin de non-recevoir ne pouvait être accueillie*"<sup>41</sup> et M. Thomas Clay s'est contenté d'affirmer que "*cette décision s'inscrit dans la tendance actuelle, parfaitement reflétée par les évolutions commentées dans cette chronique, selon laquelle la perspective d'une conciliation doit l'emporter sur toutes les autres*"<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup>JCP 2003, éd. E, n° 19, p. 707.

<sup>41</sup>D. actualité, 18 janvier 2011.

<sup>42</sup>JCP 2011, éd. G, n° 22, p. 666, n° 12.

Q1319684

Le professeur Roger Perrot est apparu le plus mesuré :

*“La jurisprudence antérieure ne nous avait guère habitué à une telle mansuétude. On se souvient en effet des premiers arrêts qui, partant de cette idée que le défaut de mise en oeuvre d’une clause de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge constitue une fin de non-recevoir ont longtemps fait de cette clause une application rigoureuse [...]. La jurisprudence en a notamment déduit que la juridiction compétente ne peut être saisie que si les conditions prescrites par la clause de conciliation préalable ont été scrupuleusement respectées [...] et que son défaut de mise en oeuvre pouvait être invoquée en tout état de cause [...], même pour la première fois en cause d’appel [...].*

*L’arrêt rendu par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, le 16 décembre 2010, apporte un léger bémol dans la mesure où il prend en compte une régularisation possible de la fin de non-recevoir attachée au défaut de mise en oeuvre de la clause de conciliation [...].*

*En un mot, la tentative de conciliation avait bien eu lieu, mais après l’introduction de l’instance, et non pas préalablement. La question était alors de savoir si, par sa nature, la clause de conciliation excluait ou non une telle régularisation. La juridiction d’appel avait pensé que toute régularisation devait être exclue. Il est certain que l’on pouvait légitimement hésiter si l’on considère que la clause de conciliation est présentée comme un préalable à l’action en justice. Son arrêt a néanmoins été cassé [...].*

*Enfin, la Cour de cassation est restée fidèle à elle-même ; dès l’instant où elle avait estimé que le manquement à une clause de conciliation constituait une fin de non-recevoir, elle en a tiré la conséquence qu’une régularisation était possible<sup>43</sup>.*

M. Gaëtan Guerlin s’est montré défavorable à l’arrêt : *“Et pourtant, cassation ! L’arrêt de censure laisse pensif lorsqu’il révèle, en substance, qu’une clause de conciliation “préalable à la saisine du juge” peut être régularisée “en cours d’instance”. En l’espèce, une fois le juge saisi, le demandeur avait tenté une conciliation. Cette dernière ayant échoué, la Haute juridiction en conclut que la cause d’irrecevabilité de la demande a disparu. En dépit de cette décision, il reste permis de se demander, avec d’autres auteurs, si la régularisation est possible en présence d’une clause de conciliation préalable. Car, “par construction, la conciliation doit se situer avant la saisine d’un juge, or ici, par hypothèse, un juge aura déjà été saisi. Qu’est alors cette tentative de conciliation a posteriori, sinon un simulacre ?” (note H. Croze, D. Gautier, JCP E 2003, 707)<sup>44</sup>.*

Mme Caroline Pelletier est apparue la plus sévère, au terme d’une analyse poussée qui mérite d’être amplement citée :

*“Après avoir permis dans un premier temps d’assurer l’efficacité de la clause de conciliation, les règles de procédure civile n’en finissent plus aujourd’hui d’en*

<sup>43</sup>RTD civ. 2011, p. 170.

<sup>44</sup>Droit des contrats, l’essentiel, 1<sup>er</sup> février 2011, n° 2, p. 6.

Q1319684

*affaiblir la portée [...].*

*La solution retenue par la haute juridiction laisse pour le moins perplexe, d'un point de vue tant contractuel que processuel.*

*Sur le plan du droit des contrats. - On ne peut que regretter ce nouveau recul de la force obligatoire de la clause de conciliation. Quelles peuvent, en effet, être les chances de succès d'une tentative de conciliation qui a lieu alors que le juge du fond est déjà saisi ? Il est difficile d'échapper au sentiment que, dans la plupart des cas, il s'agira d'une tentative de pure forme et que la partie qui a saisi préalablement le juge fera preuve d'une intransigeance de nature à faire échouer la conciliation. Dans ces conditions, à moins que les contractants ne soient animés ensemble d'une véritable volonté de trouver une solution amiable à leur litige, la clause de conciliation risque de ne donner lieu qu'à des rapprochements en trompe-l'oeil, voués à un échec programmé. L'arrêt du 16 décembre 2010 donne de la sorte la possibilité aux parties d'échapper à la force contraignante de la clause de conciliation et de décider, ab initio*

*et sans perdre une seule seconde, que leur litige sera, de façon quasi directe, porté devant le juge. La cour d'appel de Montpellier, dont la décision est cassée, l'avait bien compris, en soulignant que la procédure de conciliation ne devait pas être réduite à une "simple formalité" et que sa finalité - favoriser le règlement amiable du litige - excluait*

*qu'elle puisse avoir lieu après l'introduction de l'instance.*

*Sur le plan du droit processuel. - L'application de l'article 126 du Code de procédure civile ne convainc pas davantage. Ce texte suppose que deux conditions soient réunies : il faut, d'une part, que l'irrecevabilité soit susceptible d'être régularisée et, d'autre part, que cette régularisation intervienne avant que le juge ne statue. Or, dans l'hypothèse où l'une des parties refuse de se soumettre à la procédure de conciliation prévue préalablement à la saisine du juge, la situation paraît tout simplement impossible à régulariser. Même si une tentative de conciliation intervient par la suite, après l'introduction de l'instance, elle n'aura par définition pas eu lieu avant la saisine du juge et les termes de la clause contractuelle n'auront pas été respectés. Il ne peut être remédié à une telle inversion chronologique entre la tentative de conciliation et la saisine du juge, sauf à méconnaître ouvertement la loi des parties ou à avoir la capacité de remonter le temps ! Et ce d'autant plus que le fait d'imposer aux contractants de se rapprocher avant toute saisine du juge n'est pas purement formel, puisqu'il s'agit d'une condition en pratique essentielle en vue d'une éventuelle conciliation. La saisine du juge avant la tentative de conciliation constitue donc un manquement contractuel manifeste qui doit être sanctionné par une fin de non-recevoir insusceptible, par nature même, d'être régularisée [...].*

*À tous points de vue, la solution retenue par l'arrêt du 16 décembre 2010 porte donc une atteinte peu compréhensible à la force obligatoire de la clause de conciliation"<sup>45</sup>.*

Par un arrêt de cassation du 3 mai 2011 (pourvoi n° 10-12.187), la chambre

---

<sup>45</sup>RDC 2011, p. 916.

Q1319684

commerciale a adopté une position similaire à celle de la deuxième chambre civile.

Alors que l'arrêt attaqué, pour déclarer irrecevables les demandes d'une société, avait retenu que la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge constituait une fin de non-recevoir qui s'imposait au juge si les parties s'en prévalaient et que cette société ne pouvait invoquer utilement les dispositions de l'article 121 du code de procédure civile, la chambre commerciale a jugé qu'en se déterminant par de tels motifs, sans rechercher, dès lors que la société se prévalait dans ses conclusions d'appel de ce qu'elle avait demandé la mise en oeuvre de la procédure de conciliation prévue au contrat, si cette mise en oeuvre de la procédure de conciliation avant les dernières conclusions qui saisissaient le juge n'avait pas régularisé la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir, la cour d'appel avait privé sa décision de base légale au regard de l'article 126 du code de procédure civile.

Mme Caroline Pelletier s'est montrée de nouveau incisive : *“Il reste toujours regrettable d'affaiblir ainsi la portée des clauses de conciliation. Il demeure en effet qu'une conciliation tentée en cours d'instance n'a aucune chance d'aboutir, si ce n'est pour de mauvaises raisons, et sous la pression de l'action en justice en cours. Il est d'ailleurs à craindre que les contractants les plus stratégiques et les mieux conseillés, qui voudront échapper à la phase de conciliation préalable (à laquelle ils ont pourtant contractuellement consenti), ne retardent à dessein la mise en oeuvre de la clause de conciliation, soit pour faire échouer celle-ci, soit pour peser sur la négociation en conférant ainsi à leur action en justice un caractère comminatoire”*<sup>46</sup>.

La troisième chambre civile, saisie de la question, a choisi de renvoyer le pourvoi devant la chambre mixte.

Afin de pouvoir apprécier pleinement la portée de la solution à donner à ce pourvoi, il est nécessaire d'envisager les effets d'une décision d'irrecevabilité d'une action judiciaire en raison de l'absence de mise en oeuvre de la procédure de conciliation obligatoire avant la saisine du juge : l'autorité de la chose jugée attachée à une telle décision fait-elle obstacle à toute nouvelle action ou une nouvelle action est-elle néanmoins recevable après mise en oeuvre de la procédure de conciliation soldée par un échec ? Autrement dit, une décision d'irrecevabilité constitue-t-elle en l'occurrence un obstacle définitif ou un obstacle temporaire à l'examen de l'affaire au fond ?

Par un arrêt du 21 avril 2005 (pourvoi n° 03-10.237), la deuxième chambre civile a eu l'occasion de se prononcer sur cette question : un arrêt ayant déclaré irrecevable la demande d'une société, faute de mise en oeuvre préalable d'une procédure de conciliation, avait été cassé de ce chef ; devant la cour d'appel de renvoi, la société, soutenant qu'elle avait, depuis lors, mis en oeuvre la procédure de conciliation et que celle-ci avait échoué, avait renouvelé sa demande ; pour déclarer

---

<sup>46</sup>RDC 2012, p. 884.



Q1319684

celle-ci irrecevable, l'arrêt attaqué avait retenu que l'irrecevabilité de l'action était devenue irrévocable ; la deuxième chambre civile a jugé qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si l'échec de la procédure de conciliation, mise en oeuvre postérieurement au premier arrêt, ne constituait pas une circonstance nouvelle privant cet arrêt de l'autorité de la chose jugée à l'égard de la demande dont elle était saisie, la cour d'appel n'avait pas donné de base légale à sa décision.

Cette décision est à rapprocher de celle citée précédemment par laquelle la chambre sociale a jugé que "*la règle de l'unicité de l'instance [...] n'est applicable que lorsque l'instance précédente s'est achevée par un jugement sur le fond*" (16 novembre 2010, pourvoi n° 09-70.404, *Bull.* 2010, V, n° 260)<sup>47</sup>.

Il est temps désormais de recenser les différents arguments pouvant exister en faveur de l'une et de l'autre des solutions pouvant être proposées à la chambre mixte.

Ces solutions devront préalablement s'attacher à l'exacte qualification de la clause litigieuse.

Celle-ci constitue *d'abord* une clause d'expertise ou, tout du moins, s'apparente à une telle clause, en ce qu'elle prévoit la saisine - obligatoire - pour avis du conseil régional de l'ordre des architectes avant toute procédure judiciaire ; il ne s'agit pas d'une véritable expertise, mais d'un simple avis, censé être de nature technique.

Elle constitue *ensuite* une clause de conciliation, en ce qu'elle prévoit la saisine du juge à défaut d'un règlement amiable, ce qui suppose qu'une tentative de règlement amiable, faisant suite à l'avis émis par le conseil régional de l'ordre des architectes, ait eu lieu avant la procédure judiciaire, la question du caractère obligatoire de cette tentative de règlement amiable devant impérativement être posée, en contemplation notamment de l'arrêt rendu le 29 avril 2014 par la chambre commerciale (cf. p. 11).

A cet égard, les motivations du tribunal et de la cour d'appel diffèrent sensiblement : alors que le tribunal a estimé que la situation avait été régularisée parce que la saisine pour avis du conseil régional de l'ordre des architectes était intervenue en cours de procédure, la cour d'appel a considéré qu'une telle saisine intervenue en cours de procédure n'avait pas été susceptible de régulariser la situation parce que la tentative de conciliation devait être effectuée avant l'introduction de l'instance, ce qui laisse entendre ouvertement que la saisine pour avis et la tentative de conciliation étaient toutes les deux obligatoires.

Quoi qu'il en soit, la clause litigieuse, en ce qu'elle constitue une clause contractuelle imposant la saisine pour avis du conseil régional de l'ordre des

---

<sup>47</sup>Cf. note 23.

Q1319684

architectes préalablement à l'introduction d'une instance judiciaire, entre dans le champ d'application de l'arrêt du 14 février 2003, dès lors qu'il s'agit d'une clause favorisant une solution bilatérale du litige par le recours à un tiers ; toutefois, les arguments qui vont être maintenant avancés n'auront pas la même résonance suivant que seule la saisine pour avis était obligatoire ou que la tentative de conciliation amiable l'était également ; pour autant, ce qui sera décidé pour la clause de saisine pour avis vaudra pour la clause de conciliation ; à ce stade, dans l'unique dessein de donner un éclairage qui soit le plus large possible et par conséquent sans que cela constitue aucunement une position arrêtée, nous prendrons le parti de considérer que les deux l'étaient.

Les arguments en faveur de la régularisation :

- un souci de pragmatisme : obliger les parties engagées dans une instance judiciaire à revenir au point de départ, c'est-à-dire à mettre en oeuvre la procédure préalable en faisant fi de l'instance judiciaire, outre que cela a pour effet de différer notablement la solution du litige, n'est guère réaliste ; comme l'a montré le professeur Roger Perrot au sujet de la procédure de conciliation, *"après des mois de procédure jetés au panier pour la beauté des principes, la reconstitution d'un préalable de conciliation n'a plus la même saveur. On serait d'ailleurs curieux de savoir les paroles d'apaisement qu'elles trouveront encore à se dire"* ; cela est d'autant moins réaliste si la fin de non-recevoir est soulevée en appel : là encore, comme l'a relevé le professeur Roger Perrot, *"c'est ainsi qu'après des années de procédure les parties se retrouveront au camp de base pour organiser une conciliation, que, sans sourire, on osera encore appeler un "préliminaire", afin d'avoir le droit d'entreprendre une nouvelle escalade... si du moins les héros ne sont pas fatigués !"*

- dans le droit fil de l'argument précédent, désamorcer une fin de non-recevoir proposée tardivement, notamment en appel : sauf à remettre en cause la jurisprudence qui, conformément à l'article 123 du code de procédure civile, autorise une partie à proposer la fin de non-recevoir en tout état de cause et donc en appel, permettre une régularisation est de nature à priver de son intérêt le fait par l'une des parties, notamment celle qui a été condamnée en première instance, de soulever le plus tardivement possible, notamment en appel, la fin de non-recevoir,

- la jurisprudence en ce sens de deux des chambres civiles de la Cour, dont la chambre compétente en matière de procédure.

Les arguments en défaveur de la régularisation :

- la force obligatoire du contrat qui constitue la loi des parties et qui impose la mise en oeuvre de la clause préalablement à une éventuelle instance judiciaire<sup>48</sup> ; ainsi que l'a montré Mme Isabelle Pétel-Teyssié, *"même matériellement possible, la régularisation n'est admissible que si l'esprit de l'exigence méconnue ne s'y oppose pas"* et celui-ci s'y oppose précisément *"lorsque le moyen trouve son fondement dans le défaut d'accomplissement d'une formalité nécessairement préalable à la*

---

<sup>48</sup>Il s'agissait du premier argument cité par le doyen Pierre Bailly en faveur de la solution de la fin de non-recevoir retenue par la chambre mixte dans son arrêt du 14 février 2003 (cf. p. 20)..

Q1319684

*demande*”, de sorte qu’*effectuée a posteriori, elle ne présenterait plus ce caractère*” : la procédure de saisine pour avis ou la procédure de conciliation représentant un préalable obligatoire à la procédure judiciaire, la situation n’est pas *“susceptible d’être régularisée” (“impossible à régulariser”* selon Mme Caroline Pelletier), au sens de l’article 126, alinéa 1<sup>er</sup>, du code de procédure civile et au sens des arrêts précités (notes 37 et 38) des 2 octobre 1981 (deuxième chambre civile) et 12 juillet 2012 (première chambre civile),

- le sens de l’arrêt du 14 février 2003, la chambre mixte ayant opté pour une solution rigoureuse : le fait de ne pas avoir mis en oeuvre une clause d’un contrat instituant une procédure obligatoire et préalable à la saisine du juge rend irrecevable l’action judiciaire ; permettre une régularisation au prétexte qu’une telle clause a été mise en oeuvre au cours de l’instance judiciaire affaiblirait notablement la portée de cette importante décision saluée en doctrine et suivie par l’ensemble des chambres civiles,

- sur le seul terrain de la procédure de conciliation, l’esprit des modes alternatifs de règlement des conflits, lesquels sont en plein essor : quelle signification accorder à une procédure de conciliation mise en oeuvre en cours d’instance ? Comme l’ont fait observer MM. Hervé Croze et Dominique Gautier : *“Qu’est alors cette tentative de conciliation a posteriori, sinon un simulacre ?”* Et comme l’a fait remarquer dans le même sens Mme Caroline Pelletier : *“Quelles peuvent, en effet, être les chances de succès d’une tentative de conciliation qui a lieu alors que le juge du fond est déjà saisi ? Il est difficile d’échapper au sentiment que, dans la plupart des cas, il s’agira d’une tentative de pure forme et que la partie qui a saisi préalablement le juge fera preuve d’une intransigeance de nature à faire échouer la conciliation”*.

Ces arguments doivent s’apprécier à l’aune de l’arrêt précité du 21 avril 2005, qui autorise une nouvelle action après une décision d’irrecevabilité, à condition bien entendu que, préalablement à la seconde action, soit mise en oeuvre la clause de conciliation.

Le schéma procédural se présente donc ainsi : la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en oeuvre de la clause avant l’instance judiciaire peut être invoquée en tout état de cause, y compris par conséquent en appel ; elle entraîne en principe l’irrecevabilité de l’action judiciaire ; si l’on admet la régularisation de la situation par la mise en oeuvre de la clause au cours de l’instance judiciaire, l’irrecevabilité de l’action judiciaire ne sera pas prononcée ; si l’on n’admet pas la régularisation de la situation par la mise en oeuvre de la clause au cours de l’instance judiciaire, l’irrecevabilité de l’action judiciaire sera prononcée, mais une nouvelle action sera néanmoins possible, après mise en oeuvre de la clause.

**Nombre de projets préparés : 2.**