



AVIS DE M. GIRARD, AVOCAT GENERAL

**Arrêt n° 1376 du 10 décembre 2020 (Deuxième chambre civile)
Pourvoi n° 18-15.383**

Décision attaquée : 11 janvier 2018 de la cour d'appel de Rouen

Société OOCL France

C/

**Société Compagnie nouvelle de manutentions
portuaires**

**Mme S. KASS DANO. et M. H. FULCHIRON,
Conseillers-rapporteurs**

Victime d'un chargement défectueux et non conforme de sa cargaison de conteneurs effectué fin février et début mars 2003 par les préposés de la société Compagnie nouvelle de manutention (CNMP) opérant sur le port du Havre, le commandant du navire "Canmar Pride" qui essuyait une forte houle en atlantique nord sur sa route vers Montréal, en a perdu 54 par immersion tandis que 24 autres conteneurs chutaient sur le pont de son navire, causant divers dommages.

Ce sinistre a donné lieu à un contentieux d'arbitrage et judiciaire dont le détail est amplement repris et suivi aux pages 1 à 4 des deux rapports présents au dossier.

Au nombre de ces instances visant principalement au dédommagement des marchandises perdues en mer ou détériorées lors du sinistre figurait celle opposant la société

Ford Motor Company et son assureur aux sociétés OOCL sous le couvert des connaissances desquelles les marchandises perdues avaient été embarquées sur le Canmar Pride.

Pour y faire face utilement les sociétés OOCL ont, le 29 septembre 2003, appelé en garantie le manutentionnaire portuaire, la CNMP devant le tribunal de commerce par terre et mer du Havre devant lequel un sursis à statuer a été prononcé dans l'attente du dépôt d'un rapport d'expertise technique sollicité en référé qui a été reçu le 4 janvier 2007.

OOCL ayant conclu un accord transactionnel avec ses adversaires Américains le 4 mars 2009, ses dirigeants ont souhaité reprendre la procédure suspendue contre CNMP et clairement manifesté leur intention en ce sens par des conclusions du 22 septembre 2009.

Un débat étant né sur la péremption de cette instance, il a été tranché par le tribunal de commerce du Havre le 12 février 2015 dans le sens d'une absence de péremption.

En appel, par son arrêt du 11 janvier 2018 querellé, la Cour de Rouen a infirmé ce jugement, admis la péremption soutenue par CNMP et constaté l'extinction de l'instance.

La cour écarte le moyen tiré de la tardiveté de la demande de constat de la péremption qui aurait du figurer dès les premières conclusions d'appel, au motif "qu'il résulte de la combinaison des articles 388, 562 et 954 du CPC que la demande de péremption régulièrement présentée en première instance peut être reprise en cause d'appel jusqu'aux dernières conclusions.

*

Ce sont ces motifs et ce dispositif qui sont l'objet de la critique de l'unique moyen développé par OOCL.

Selon ce moyen la cour de Rouen aurait violé les dispositions de l'article 388 alinéa 1^{er} du CPC en ne tirant pas les conséquences légales de ses propres constatations.

Il est rappelé qu'au terme de ce texte, "la péremption doit, à peine d'irrecevabilité, être demandée ou opposée avant tout autre moyen; qu'elle est de droit."

A ce titre il est soutenu qu'en cause d'appel, la partie qui entend se prévaloir de la péremption doit l'invoquer, à peine d'irrecevabilité, dans ses premières conclusions avant tout autre moyen.

Il est donc fait grief à la cour de Rouen d'avoir considéré que, soutenue dès la première instance par CNMP, cette demande pouvait être reprise en cause d'appel dans les dernières conclusions et non, avant tout autre moyen, dès les premières conclusions.

*

I. Etat des lieux de la demande de péremption opposé par la CNMP:

Nul ne conteste à ce jour que l'incident de péremption de l'instance engagée par OOCL contre CNMP a été régulièrement soulevé par cette dernière devant le Tribunal de commerce par terre et par mer du Havre in limine litis et avant toute défense au fond et qu'il a été rejeté par le jugement du 12 février 2015.

Encore recevable en cette forme à cette époque (2015), **un appel général** a été formé contre cette décision qui tendait à en contester tous les chefs en ce compris, naturellement, la péremption qui avait été écartée.

C'est ce que reprennent les premières conclusions de CNMP déposées le 6 juillet 2016 (en production) qui développent en leurs pages 2 à 4 ces griefs articulés autour I/ des fins de non recevoir opposées aux demandes d'OOCL et II/ subsidiairement sur le montant de la créance.

En page 4 de ces écritures figure, en dernier paragraphe, la mention suivante:

“ Sans préjudice de développer tous autres moyens et de reprendre celui de la péremption de première instance dans les deux ans des conclusions de reprise d'instance du 22 septembre 2009 ”.

Le conclusif de la page 5 demande donc à la cour de Rouen de:

“ Mettre à néant le jugement du tribunal de commerce du Havre du 12 février 2016 et déclarer irrecevables les demandes dirigées contre la CNMP par les sociétés OOCL.

Condamner celles-ci sur le fondement de l'article 700 du CPC à payer à la CNMP une indemnité....et en tous les dépens avec application de l'article 699 du CPC”.

Le dispositif des dernières conclusions datées du 3 novembre 2017, visé en page 5 de l'arrêt reprend toutes les prétentions de la CNMP et notamment en tête de liste celles-ci:

- mettre à néant le jugement du tribunal de commerce du Havre du 12 février 2016 et statuant à nouveau,

- déclarer recevable la demande de la CNMP visant à voir statuer sur la péremption d'instance:

- dire éteinte l'instance engagée devant le tribunal de commerce du Havre par les sociétés OOCL comme étant périmée;

- dire irrecevables les demandes dirigées contre la CNMP par les sociétés OOCL.”

Dans ce contexte précis, la cour de Rouen a-t-elle eu raison de considérer que la société CNMP avait bien respecté la règle posée à l'article 388 alinéa 1^{er} du CPC qui prescrit que **“la péremption doit, à peine d'irrecevabilité, être demandée ou opposée avant tout autre moyen”** ?

S'il ne fait plus aucun doute que la demande ou “l'opposition” de péremption formulée pour la première fois devant une juridiction, qu'elle soit de premier ou de second degré, doit être préalable à tout autre moyen, en va-t-il de même lorsque cette demande a déjà été jugée régulière et recevable en première instance et revient devant la cour d'appel sur recours de l'une ou l'autre des parties qui l'aurait sollicitée en vain ou se la verrait opposer ?

En d'autres termes plus larges le débat sur la péremption doit-il, en cas d'appel l'incluant explicitement, primer sur le débat au fond et ce dès les premiers échanges entre les parties et notamment dans les écritures de celle qui en revendique le bénéfice ?

I. Des tenants et aboutissants de la thèse du “one shot de la péremption” en première instance:

Il s’agit bien de la thèse retenue par la cour de Rouen qui tient en effet pour acquise la demande in limine litis relative à la péremption opposée par CNMP dès le premier jugement qui vaudrait dès lors “sauf conduit” pour le demandeur qui en tirerait la liberté de reprendre ou non son moyen de péremption jusqu’à ses dernières conclusions devant la cour.

Le mémoire en défense et le mémoire complémentaire déposé par la suite précisent cette thèse et l’appuient de décisions de votre Chambre pour justifier que l’article 388 du CPC précité ne distingue pas entre première instance et appel et que l’effet dévolutif de l’appel transférerait ipso facto les termes du contentieux de péremption initial qui s’en trouverait “figé” en l’état, jusqu’à nouvelle demande confirmative pouvant intervenir à tout moment avant la décision d’appel.

La première illustration est un arrêt de la 2^{ème} Chambre civile du 8 février 2011, sur le pourvoi n° B 98-20.840, en un temps où votre chambre connaissait du contentieux civil de la diffamation sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881.

L’argument tiré de cette espèce singulière tient à ***un parallèle fait entre le contentieux de la péremption d’instance et celui des nullités de procédure pour vice de forme fondées sur les dispositions de l’article 112 et suivants du CPC.***

Dans son arrêt visé votre Chambre retient que les défendeurs qui avaient, dès la première instance, excipé d’une violation des dispositions de l’article 53 alinéa 1^{er} de la loi de 1881 (absence de notification de la citation introductive d’instance au Ministère public) et n’y avaient pas renoncé expressément en conservaient le bénéfice du seul fait de leur demande d’infirmité du jugement initial qui les avait éconduits.

On notera d’emblée que les contentieux de péremption d’instance et de nullités pour vice de forme ne répondent exactement à un même régime et ne protègent pas la même phase du procès.

La première vise à éteindre tout débat ab initio lors même que les secondes s’entendent de possibles demandes au fur et à mesure de la découverte des actes argués de nullité pour lesquels le temps de la contestation s’ouvre pratiquement à chaque acte dont la nullité serait couverte par des conclusions au fond.

Dans le cas des nullités pour vice de forme, la demande suit l’acte ou les actes tandis que pour la péremption la situation de dépassement du délai de deux années suit le déroulement de l’instance et peut surgir à tout moment.

Mais à partir du surgissement de cette question de péremption, celle-ci paraît prendre le pas sur toute autre considération, notamment de fond. A fortiori lorsqu’elle a été soulevée en première instance et écartée, ne devrait-on pas considérer que son actualité n’en est que plus “brûlante” devant la cour d’appel qui est saisie et doit en être formellement saisie elle aussi avant toute défense au fond afin s’assurer de sa pertinence ?

Un second arrêt de votre Chambre du 8 avril 2004, sur le pourvoi n° 02-16.207 viendrait au soutien de la thèse d’une pérennité de la demande initiale de péremption nonobstant l’exercice d’une voie de recours (cité en page 9 du rapport de Mme KASS DANO).

Dans cette espèce la cour d'appel déclare une instance périmée sur le fondement des dernières conclusions d'intervention forcée d'une partie intimée.

Votre chambre casse cette décision estimant "*qu'il résulte des productions que l'intimée n'avait pas soulevé cet incident dans ses premières conclusions postérieures à l'expiration du délai de péremption*" et que la cour ne pouvait donc retenir cette demande.

Pour ranger cette décision au "magasin" des arguments favorables à la thèse soutenue en défense il faut sans doute en extrapoler la portée car il apparaît bien des faits de l'espèce que la péremption est née ou a surgi en cours d'instance d'appel sur la demande d'une partie qui ne l'a pas relevée d'emblée et attendu ses dernières conclusions pour s'en saisir.

Pour autant ce retard ne lui a pas servi beaucoup. Faut-il en faire une lecture brutalement a contrario en soutenant que pour avoir été soulevée en première instance par CNMP la demande de péremption pouvait évidemment être portée par ses dernières conclusions ?

Un troisième arrêt de voire chambre du 21 février 2013 sur le pourvoi n° 12-12.751 est cité qui ne paraît pas beaucoup plus éclairant.

Un débat opposait, dans cette espèce, le mandataire liquidateur d'un commerçant exerçant sous le régime de la location gérance aux loueurs pour l'annulation du contrat initial et d'un avenant.

La péremption de l'instance soulevée pour la première fois en appel par les loueurs était en réalité articulée autour d'une fin de non recevoir tirée de la prescription de l'action en nullité du contrat de location gérance qui avait été présentée en premier lieu. La cour avait néanmoins accueilli la demande en péremption via la fin de non recevoir sur la prescription.

Votre chambre rejette le moyen porté contre cette décision au motif précis "que la cour d'appel qui n'était pas saisie d'une demande tendant à voir constater la péremption d'instance, mais d'une fin de non recevoir tirée de la prescription de l'action, s'appuyant sur la péremption d'une instance" ne pouvait encourir le grief articulé qui manquait en fait.

Certes "l'exception de péremption avait bien, selon les termes du mémoire ampliatif, été présentée après la fin de non recevoir tirée de la prescription" mais on perçoit mal l'appui que peut procurer une telle espèce à la notre puisqu'au final votre chambre écarte la notion même de demande de constat de la péremption qu'elle fait glisser au titre d'un accessoire de la fin de non recevoir.

*

Le tout dernier argument développé à l'appui de cette thèse de la relativité de la présentation des demandes de péremption d'ores et déjà soulevées en première instance qui n'auraient plus nécessairement besoin d'être présentées avant toute autre moyen, tient dans le jeu nouveau de **l'intervention d'office du juge**.

En d'autres termes qu'importerait le moment de l'objection de péremption puisque le juge pourrait en faire son miel à tout moment et d'office.

Loin de conforter la mise à l'écart du moyen qui en deviendrait inopérant, ce dernier argument ouvre le débat sur la pertinence renouvelée d'une règle qui n'est pas qu'un instrument de régulation des flux supplémentaire accordé aux Juges du fond.

II/ Pertinence et vertus attendues de la règle de l'article 388 du CPC:

Rebondissant sur l'observation du mémoire en défense visant le pouvoir discrétionnaire du juge de relever d'office la péremption qui rendrait quasiment inopérante la règle de l'article 388 alinéa 1 du CPC relative à l'irrecevabilité qui frappe toute demande présentée après d'autres moyens de fond, il est utile de s'interroger précisément sur le fondement de cette règle.

L'objectif premier de la règle de la péremption est bien de ne pas soumettre inutilement aux juges du fond un débat que les parties qui le maîtrisent ont délibérément laissé "en jachère" trop longtemps en négligeant de le faire progresser.

Dans ces conditions il est impératif que cette cause d'extinction de l'action proprement dite soit débattue en toute première ligne et non après force échanges de fond qui s'avèreraient totalement vains.

Il va sans dire que cette exigence s'impose au juge qui entend relever la péremption d'office qui se doit de la soulever dès l'instant où elle lui apparaît clairement, en prenant le soin, le cas échéant, de susciter un débat contradictoire entre les parties sur ce point crucial.

La loyauté du débat commande donc au juge comme aux parties qui s'en prévalent, de mettre la question de la péremption en préliminaire à tout débat de fond afin de s'assurer de la portée efficace d'une "passe d'armes" qui peut aboutir à la disparition de la demande.

A cet égard, la lecture de l'alinéa 1^{er} de l'article 388 du CPC ne permet nullement de distinguer entre première instance et appel, pas plus que l'alinéa 2 ne distingue entre le juge du 1^{er} degré et la cour d'appel qui peuvent indistinctement relever d'office cette péremption.

D'où cette contrainte, commune à toutes les parties qui la revendique et au juge qui voudrait s'en saisir d'office, qui les oblige à dévoiler dès le premier échange qui les lie leur stratégie au regard de la péremption qui est d'ores et déjà repérée ou qui est apparue en cours de procédure.

Ce devoir d'information réciproque et préalable des parties et du juge est inscrit de manière claire dans la loi qui en prévoit directement la sanction qui est l'irrecevabilité et votre Chambre ne s'y est pas trompée qui reconnaît au juge le pouvoir de relever d'office la tardiveté de l'incident de péremption (2^{ème} civile, 8 avril 2004, sur le pourvoi n° 02-16.207).

Entre première instance et appel, le degré change mais les obligations réciproques des parties demeurent intactes et, pour avoir succombé en sa demande de péremption devant le tribunal de commerce du Havre, la société CNMP qui voulait voir l'affaire re-jugée sur ce point au titre de son appel général, se devait de faire connaître d'emblée à son adversaire comme à la cour, sa position sur ce point de droit toujours aussi crucial.

Il est singulier de constater la forme et les développements des premières conclusions échangées et soumise à la contradiction le 6 juillet 2016 par la CNMP et rappelées ci-dessus.

L'essentiel recherché est visiblement dans le débat de fond qui est abondamment nourri et le "diable ou le venin" vient se loger dans l'appendice qui réserve au concluant, sans qu'elle soit reprise dans le "conclusif", la possibilité, à son gré et le cas échéant, de "reprendre le moyen de la péremption de la première instance dans les deux ans des conclusions de reprise d'instance du 22 septembre 2009".

Tel ne paraît pas être le sens clair et précis de la règle de l'article 388 du CPC sur lequel votre chambre s'est d'ores et déjà prononcée comme le souligne le dernier rapport en ses pages 9, 10 et 11 :

- **Civ 2, 12 mai 2016, sur le pourvoi n° 15-16.482** : dans cette espèce le moyen de péremption avait été soulevé et rejeté par le JME de première instance puis repris, mais tardivement devant la cour qui l'avait néanmoins admis. Vous cassez cet arrêt comme non conforme aux dispositions de l'article 388 du CPC,

- **Civ.2, 8 avril 2004 sur le pourvoi n° 02-16.207 précité**: encore une fois la péremption qui n'avait pas été soulevée dans les premières conclusions de la partie appelante qui voulait en bénéficier est jugée tardive lorsqu'elle apparaît dans les dernières conclusions,

- **Civ. 2, 8 juillet 2004, sur le pourvoi n° 01-11.565**: la péremption soulevée en première instance n'avait pas été reprise devant la cour d'appel avant toute défense au fond et notamment avant un incident de nullité du jugement. Pour l'avoir néanmoins retenue, la cour d'appel est censurée.

*

Une dernière observation tient à **la complexité extrême** qu'engendrerait la distinction subtile proposée par le mémoire en défense pour couvrir les situations de péremption nées dès la première instance, présumées régulièrement soulevées et définitivement acquises, dont le développement serait conditionné, en appel, par le seul choix du plaideur qui, débouté au premier degré, souhaiterait ne s'en prévaloir à nouveau qu'au moment de son choix et au seul vu de sa stratégie propre.

Outre le fait que dispositif proposé, visiblement "taillé sur mesure" pour le présent dossier, ouvre une "brèche" injustifiée dans une lecture simple et directe de la règle posée à l'article 388 du CPC, il apparaît que le déséquilibre créé en cause d'appel au profit de la partie qui demeurerait libre de jouer son "joker" de péremption quand bon lui semblerait est contraire au principe de "l'égalité des armes" et de nature à enfreindre la règle d'équilibre entre les parties que sous-tend le droit au procès équitable de l'article 6 de la CEDH/LF.

La clarté et la loyauté des débats imposent de suivre la règle simple de la présentation obligée de ce type de moyen avant toute défense au fond quelque soit les circonstances et en tout état de la procédure.

AVIS: Cassation sur le moyen.

