



RAPPORT DE M. FULCHIRON, CONSEILLER

Arrêt n° 1376 du 10 décembre 2020 (Deuxième chambre civile)

Pourvoi n° 1815383

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

Société OOCL France

C/

Compagnie nouvelle de manutentions portuaires

1 - Rappel des faits et de la procédure

Au mois de mars 2003, le navire « Canmar Pride », porte-conteneurs appartenant à la société CPS n°5 Ltd et opéré par la société CP Ships, a fait escale au port du Havre où des conteneurs ont été chargés par la société Compagnie Nouvelle de Manutentions portuaires (la société CNMP).

Le navire a quitté le Havre le 3 mars 2003 en direction de Montréal. Entre les 5 et 9 mars, par mauvais temps, 54 conteneurs chargés en pontée ont chuté à la mer et 24 conteneurs ont chuté sur le pont.

Une partie de ces conteneurs avaient été embarqués sous couvert de connaissements OOCL, les autres sous couvert de connaissement CP Ships et Hapag Lloyd.

Les sociétés CPS n°5 Ltd et CP Ships, ainsi que les sociétés OOCL (la société Orient Overseas Containerline Ltd Hong Kong transporteur maritime, OOCL France en tant

qu'agent consignataire de la société Orient Overseas Containerline Ltd Hong Kong et signataire pour son compte des connaissements et OOCL UK Ltd en qualité de maison mère de la société OOCL France), ont fait assigner la société CNMP en référé devant le président du tribunal de commerce du Havre qui, par ordonnance rendue le 20 mai 2003, a désigné M. A... X... en qualité d'expert aux fins notamment de déterminer les causes du sinistre. L'expert a déposé son rapport le 4 janvier 2007, concluant que l'événement résultait d'un positionnement non conforme aux règles de l'art des conteneurs à bord du navire « Canmar Pride », imputable à la société CNMP.

Le litige a donné lieu :

- à une instance arbitrale engagée le 29 avril 2003 par la société CP Ships contre les sociétés OOCL, sur le fondement des dispositions de la convention d'affrètement d'espaces ;
- et à trois instances devant le tribunal de commerce du Havre initiées :
 - pour la première, le 29 septembre 2003, par les sociétés OOCL contre la société CNMP,
 - pour la deuxième, le 5 mars 2004, par la société CP Ships contre la société CNMP,
 - et pour la troisième, le 24 mai 2007, par les sociétés OOCL contre la société CNMP.

1) Concernant l'instance engagée le 5 mars 2004 par la société CP Ships contre la société CNMP :

Le 5 mars 2004, la société CP Ships a assigné la société CNMP en indemnisation de préjudice et en garantie contre toute condamnation pouvant être prononcée au profit des intérêts cargaison, au titre des conteneurs transportés sous couvert de connaissements CP Ships.

La cour d'appel de Rouen, par arrêt du 26 janvier 2012, a principalement :

- dit que la société CNMP est responsable du sinistre à hauteur de 60 % et la société CP Ships à hauteur de 40 %,
- condamné in solidum la société CNMP et son assureur la société MMA à payer certaines sommes aux sociétés CP Ships.

2) Concernant l'instance arbitrale et l'instance judiciaire engagée à l'issue de la sentence arbitrale :

a) Concernant l'instance arbitrale, le 29 avril 2003 la société CP Ships a saisi le tribunal arbitral de Londres pour demander, en application de la convention d'affrètement d'espaces, la condamnation des sociétés OOCL à l'indemniser de son préjudice et de toutes sommes réclamées par des tiers et/ou par les intérêts cargaison.

Suivant décision du 27 mars 2007, les arbitres ont jugé, notamment, que la société CNMP a agi pour le compte des sociétés OOCL lors de l'arrimage de tous les conteneurs au port du Havre, que le responsable du défaut d'arrimage étant la société CNMP, manutentionnaire contractuel des sociétés OOCL, ces dernières devaient indemniser la société CP Ships.

b) Concernant l'instance engagée le 24 mai 2007 par les sociétés OOCL contre la société CNMP :

Se référant à la décision arbitrale du 27 mars 2007, les sociétés OOCL ont assigné, le 24 mai 2007, puis le 25 février 2013 aux mêmes fins, devant le tribunal de commerce du Havre, la société CNMP aux fins d'obtenir sa garantie pour leur condamnation éventuelle à indemniser la société CP Ships au titre de ses demandes formées dans la procédure ayant abouti à l'arrêt du 26 janvier 2012, et de toute condamnation qui pourrait être prononcée à leur encontre, dans le cadre de l'arbitrage pendant à Londres, au titre des frais irrépétibles de la société CP Ships. Cette dernière est intervenue volontairement à cette instance.

Par décision en date du 27 avril 2017, la cour d'appel de Rouen a, notamment :

- déclaré recevable l'action engagée par la société OOCL à raison des dommages au navire,
- condamné la société CNMP à garantir la société OOCL des condamnations à paiement de sommes au titre des réparations du navire et des frais non répétables de la société CP Ships pour la procédure d'arbitrage.

3) Sur la procédure judiciaire engagée le 29 septembre 2003 par les sociétés OOCL contre la société CNMP :

A la suite de l'avarie, la société Ford Motor Company et son assureur, la Royal Insurance Company of America, dont les marchandises transportées sous couvert de connaissements OOCL ont été perdues, ont introduit plusieurs actions contre les sociétés OOCL, notamment devant la United States District Court for the Eastern District of Michigan et la United States District Court for the Southern District of New York, par un acte du 2 juillet 2003, ainsi que devant la Cour fédérale du Canada, par un acte du 22 juillet 2003, afin d'obtenir réparation de leur préjudice, évalué à la somme de 6 000 000 USD, dans le cadre de la procédure américaine, et 8 081 995,66 CAD, dans celui de la procédure canadienne.

Les sociétés OOCL ont appelé en garantie la société CNMP, par un acte signifié le 29 septembre 2003, et ont sollicité un sursis à statuer dans l'attente du dépôt du rapport d'expertise judiciaire, lequel a été prononcé.

Les parties aux procédures américaine et canadienne se sont rapprochées, et ont conclu, le 4 mars 2009, un protocole d'accord prévoyant, en substance le paiement par les sociétés OOCL de la somme de 3 200 000 USD au profit des sociétés Royal Insurance Company of America et Ford Motor Company et, en contrepartie, la renonciation de ces dernières à poursuivre les procédures engagées à l'encontre des sociétés OOCL aux Etats-Unis et au Canada et la cession, au profit des sociétés OOCL, de l'intégralité de leurs droits et actions relatifs à cet événement.

Les sociétés OOCL se sont acquittées du règlement de cette somme, et par conclusions du 22 septembre 2009 ont repris leur procédure devant le tribunal de commerce de terre et mer du Havre aux fins d'obtenir la condamnation de la société CNMP au remboursement de cette somme.

Par jugement rendu le 12 février 2015, rectifié par jugement du 25 mars 2016, le tribunal de commerce de terre et mer du Havre a notamment :

- dit que l'instance n'est pas périmée ;
- condamné la société CNMP à payer aux sociétés OOCL la somme de 1 920 000 USD ou sa contrevaletur en euros à la date du jugement, augmentée des intérêts légaux à compter du 29 septembre 2003 et leur capitalisation par années entières ;

- débouté les parties de leurs autres et plus amples demandes ;
- condamné la société CNMP à payer aux sociétés OOCL France SA, OOCL UK Ltd et OOCL la somme de 7 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile outre les dépens.

Par un arrêt du 11 janvier 2018, la cour d'appel de Rouen a infirmé le jugement entrepris en toutes ses dispositions et, statuant à nouveau et y ajoutant :

- déclaré la société CNMP recevable en sa demande de constat de la péremption de la première instance ;
- constaté l'extinction de l'instance par l'effet de la péremption ;
- condamné la société OOCL UK Ltd, et la société OCCL in solidum à payer à la société CNMP la somme de 7 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;
- condamné la société OOCL UK Ltd, et la société OCCL in solidum aux entiers dépens de première instance, ainsi que ceux d'appel dont recouvrement direct conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

C'est l'arrêt attaqué.

2 - Analyse succincte des moyens

La société OOCL France fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir déclaré la Compagnie Nouvelle de Manutentions Portuaires (CNMP) recevable en sa demande de constat de la péremption de la première instance et d'avoir constaté l'extinction de l'instance par l'effet de la péremption et d'avoir condamné les sociétés exposantes aux dépens et à des frais irrépétibles, alors:

« qu'aux termes de l'article 388, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile, la péremption doit, à peine d'irrecevabilité, être demandée ou opposée avant tout autre moyen ; elle est de droit ; qu'il s'ensuit 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 ; que pour déclarer en l'espèce recevable la demande de péremption d'instance présentée par la société CNMP, la cour d'appel a considéré qu'il résultait « de la combinaison des articles 388, 562 et 954 du code de procédure civile que la demande de péremption régulièrement présentée en première instance peut être reprise en cause d'appel jusqu'aux dernières conclusions » (arrêt d'appel p. 7) ; qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait par ailleurs relevé que la société CNMP n'avait repris en cause d'appel sa demande de péremption de la première instance qu'à partir de ses conclusions N^o2 du 30 janvier 2017, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article 388, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile. »

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

L'article 388 al. 1 s'applique-t-il dans l'hypothèse d'un recours formé contre une décision ayant statué sur la péremption d'instance ?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

La péremption d'instance est un incident d'instance qui conduit à l'extinction de l'instance à titre principal afin de sanctionner le défaut de diligence des parties (cf. Jurisclasseur procédure civile, Fasc. 800-35, Péremption d'instance, par N. Fricero).

Aux termes de l'article 386 du code de procédure civile :

« L'instance est périmée lorsqu'aucune des parties n'accomplit de diligences pendant deux ans ».

De ses deux fondements traditionnels, la volonté tacite des parties d'abandonner la procédure, d'une part, le souci d'une bonne administration de la justice qui commande de ne pas encombrer les tribunaux d'instances fantômes, que les parties pourraient à tout moment faire renaître, d'autre part, le second l'emporte aujourd'hui et explique les règles qui la gouvernent (cf. Répertoire de procédure civile Dalloz, V^o Péremption d'instance, par L. Veyre, n^o2 s.).

Conformément à l'article 387 CPC :

« Elle peut être demandée par l'une quelconque des parties.
Elle peut être opposée à la partie qui accomplit un acte après l'expiration du délai de péremption ».

Lorsqu'elle est invoquée par l'une des parties, elle peut donc être demandée par voie d'action ou par voie d'exception. En toute hypothèse, l'article 388 al. 1 du code de procédure civile dispose :

« La péremption doit, à peine d'irrecevabilité, être demandée ou opposée avant tout autre moyen (...) ».

Dans l'affaire sous examen, le pourvoi ne porte pas sur la recevabilité en première instance de l'exception de péremption invoquée par le défendeur et écartée par le juge au motif que la péremption n'était pas constituée. La question posée est de savoir si la règle selon laquelle la péremption doit, à peine d'irrecevabilité, être demandée ou opposée avant tout autre moyen, s'applique ou non au recours formé contre la décision ayant statué sur l'incident de péremption.

Il convient de rappeler le sens de la règle édictée à l'article 388 al. 1 (1) avant de s'interroger sur sa portée (2).

4.1. La règle de l'article 388 al. 1 CPC

La péremption d'instance doit être demandée ou opposée avant toute autre moyen, fin de non recevoir ou exception de procédure et le juge a l'obligation de relever d'office le non-respect de cette règle (Civ. 2^{ème} 31 janvier 1996, n^o93-11246, Civ. 2^{ème} 8 juillet 2004, n^o01-11565). Précisément, la péremption d'instance doit être demandée ou opposée avant tout autre moyen, fin de non recevoir ou exception de procédure, dans les premières conclusions postérieures à l'expiration du délai de péremption.

Ex. Civ. 2^{ème} 8 avril 2004, n^o02-16207 :

« Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mesdames G... et P... ont interjeté appel d'un jugement les ayant déboutées de leurs demandes contre les sociétés Sticks Film International et Line Productions, aujourd'hui dissoutes et aux droits desquelles vient la société CDR Créances ; que celle-ci, assignée en intervention forcée, a opposé la péremption de l'instance dans ses dernières conclusions ;

Attendu que la cour d'appel a déclaré l'instance périmée ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte des productions que l'intimé n'avait pas soulevé cet incident dans ses premières conclusions postérieurement à l'expiration du délai de péremption, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

La règle a fait l'objet d'une jurisprudence abondante et constante de la Cour de cassation en général et de la Deuxième chambre civile en particulier. Ainsi, selon cette dernière, le moyen tiré de la péremption est irrecevable si son auteur a antérieurement à l'invocation de la péremption, conclu au (Civ. 2^{ème} 12 mai 2016, n^o15-16482), par exemple en demandant la confirmation du jugement de première instance (Civ. 2^{ème} 15 février 1995, n^o93-13960), conclu en nullité du jugement de première instance (Civ. 2^{ème} 8 juillet 2004, n^o01-11565), soulevé une exception d'incompétence (Civ. 2^{ème} 13 mai 1991, n^o90-12133) ou argué du désistement de son adversaire (Civ. 2^{ème} 16 juillet 1993). Peu importe que le moyen invoqué antérieurement ait été développé devant le tribunal ou devant le juge de la mise en état (Civ. 2^{ème} 15 octobre 2015, n^o14-19811). Sur tous ces points, cf. L. Veyre, art. préc. n^o69 et réf. cit., N. Fricero, art. préc., n^o60 et réf. cit.

De même, celui qui a conclu au fond en première instance, ne peut invoquer la péremption pour la première fois en cause d'appel (Civ. 2^{ème} 5 juin 1996, n^o94-12689).

Cette règle ne joue, bien évidemment, qu'à compter du moment où la péremption est acquise. Cf. Civ. 2^{ème} 3 mai 1990, n^o88-19837 : l'article 388 al. 1,

« n'interdit pas à la partie qui a conclu sans demander ou opposer la péremption de demander ou d'opposer celle-ci si, depuis ses conclusions, aucune des parties n'accomplit des diligences pendant deux ans ».

L'existence de la péremption s'apprécie à la date où elle est invoquée et non à celle où le juge statue (Civ. 2^{ème} 20 juin 1979, n^o78-10218).

Elle s'applique dans l'hypothèse où la péremption aurait été invoquée dans les conclusions à titre seulement subsidiaire (Civ. 2^{ème} 16 juillet 1993, n^o92-11580 et, pour de conclusions envoyées par voie électronique à quelque minutes d'intervalle, Civ. 2^{ème} 12 mai 2016, n^o14-24379 ; mais à l'inverse, il est possible de soulever la péremption à titre principal et, à titre subsidiaire, de conclure au fond : Civ. 2^{ème} 11 janvier 1995) et quand bien même les moyens initialement invoqués auraient été abandonnés. Ex. Com. 15 mars 2017, n^o15-21268 :

« Mais attendu que la péremption doit, à peine d'irrecevabilité, être demandée ou opposée avant tout autre moyen dans les premières conclusions postérieures à l'expiration du délai de péremption ; qu'ayant constaté que, dans celles saisissant le conseiller de la mise en état, la société Flashmer avait demandé de

déclarer nulles les conclusions signifiées par la société Grauvell France le 11 février 2011, puis de constater la péremption d'instance, c'est à bon droit que la cour d'appel a dit, peu important l'abandon ultérieur de cette exception de nullité, que cette demande de péremption d'instance n'était pas recevable ».

Sur la notion de « moyen », cf. N. Fricero, art. préc., n^o60 et réf. cit.

Selon l'article 388 alinéa 1 in fine, la péremption est « de droit » : le juge doit donc la prononcer à la demande d'une partie si les conditions en sont réunies. Parallèlement, selon la Cour de cassation, la tardiveté de l'incident de péremption doit être relevée d'office par le juge (Civ. 2^{ème} 8 avril 2004, n^o02-16207, Civ. 2^{ème} 8 juillet 2004, n^o01-11565).

4.2. La portée de la règle de l'article 388 al. 1

Selon le moyen, les règles de l'article 388 al. 1 s'appliquent dans toutes les hypothèses où la péremption est invoquée devant le juge. Lorsque la décision qui a statué sur la péremption a fait l'objet d'un recours, elle doit donc, à peine d'irrecevabilité, être invoquée dans les premières conclusions, avant tout autre moyen.

En l'espèce, la société CNMP avait invoqué la péremption d'instance devant le tribunal de commerce de terre et de mer du Havre. La recevabilité de cette prétention n'avait pas été contestée, mais le juge l'avait écartée au motif que la péremption n'était pas constituée dès lors qu'avaient été accomplis pendant la période considérée, divers actes interruptifs.

La péremption était de nouveau invoquée devant le juge d'appel. Mais la demande n'avait été reprise qu'à partir du second jeu de conclusions. Dans les premières conclusions, en date du 6 juillet 2016, la CNMP opposait, pour solliciter l'infirmité du jugement, deux fins de non recevoir à l'action engagée à son encontre et, subsidiairement une contestation au fond sur le montant de la créance. Comme le souligne la Cour d'appel d'Aix-en-Provence dans sa décision, la CNMP « se bornait alors à indiquer en fin de motifs en page 4 de ces conclusions la mention « sans préjudice de développer tous autres moyens et de reprendre celui de la péremption de la première instance dans les deux ans des conclusions de reprise d'instance du 22 septembre 2009 », sans autre développement motivé, et sans formuler de prétention aux fins de constat de la péremption d'instance dans le dispositif de celles-ci ».

Comme le relève également la Cour d'appel, la CNMP « n'a repris en cause d'appel sa demande de péremption de la première instance qu'à partir de ses conclusions n^o2 du 30 janvier 2017 », en l'invoquant, cette fois, avant tout autre moyen.

Selon la Cour d'appel, « il résulte de la combinaison des articles 388, 562 et 954 du code de procédure civile que la demande de péremption régulièrement présentée en première instance peut être reprise en cause d'appel jusqu'aux dernières conclusions ». L'exigence posée par l'article 388 al. 1 CPC ne jouerait donc pas lorsque l'incident de péremption est soumis à la cour d'appel dans le cadre de l'appel formé contre la décision qui a statué sur cette demande, la cour prenant soin de souligner que la recevabilité de l'exception telle qu'invoquée en première instance n'a fait l'objet, en l'espèce, d'aucune discussion devant le tribunal et n'est pas davantage contestée en cause d'appel.

Si l'on retient cette thèse, on dira que l'article 388 al. 1 CPC ne s'applique que lorsque la

péremption est invoquée pour la première fois devant le juge, juge de première instance ou juge d'appel (dans l'hypothèse où la péremption serait constituée au cours de l'instance d'appel : si elle était constituée en première instance, elle aurait dû être invoquée dès sa constitution, avant tout autre moyen). Lorsqu'un recours a été formé contre la décision qui l'écarte, soit parce qu'elle est irrecevable, soit parce qu'elle n'est pas constituée, la péremption d'instance n'est plus qu'un chef de la décision parmi d'autres. Pour savoir si elle est soumise au juge au titre de l'effet dévolutif de l'appel (art. 562 CPC), il convient de se référer aux prétentions et moyens de parties tels que formulés dans les conclusions d'appel, et plus précisément aux prétentions et moyens tels que formulés dans les dernières conclusions déposées (art. 954 CPC).

A l'appui de la thèse inverse, le mémoire ampliatif invoque notamment le principe *ubi lex non distinguit* (l'article 388 CPC ne distinguerait pas entre première instance et instance d'appel) et l'effet dévolutif de l'appel. Est aussi mis en avant la *ratio legis* : la péremption doit être envisagée en premier, avant tout autre moyen, puisque si l'instance est périmée les autres moyens ne méritent pas a priori d'être examinés.

Il est également fait référence à trois arrêts (cités en 4.1) :

Civ. 2^{ème} 12 mai 2016, n^o15-16482 :

« Vu l'article 388 du code de procédure civile

Attendu que la péremption d'instance, doit, à peine d'irrecevabilité, être demandée ou opposée avant tout autre moyen ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué et les productions, que M. J..., assigné en paiement par la société Bellatrix (la société), a invoqué, après le rétablissement de l'affaire, la péremption de l'instance qui a été rejetée par une ordonnance du juge de la mise en l'état ; qu'en cause d'appel, la société a soulevé l'irrecevabilité de l'incident de péremption, faute d'avoir été présenté avant tout autre moyen ;

Attendu que la cour d'appel constate la péremption de l'instance ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle relevait que M. J... avait soulevé la péremption dans des conclusions déposées après des conclusions sur le fond, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; »

Etait donc en jeu l'irrecevabilité de l'exception opposée en première instance par le défendeur : en application de l'article 388 al. 1 CPC, il lui est reproché d'avoir, en première instance, conclu au fond puis soulevé l'exception (cf. le moyen reproduit sur Legifrance).

Civ. 2^{ème} 8 avril 2004, n^o02-16207, cité supra et qu'il convient de reproduire de nouveau :

« Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mesdames G...et P... ont interjeté appel d'un jugement les ayant déboutées de leurs demandes contre les sociétés Sticks Film International et Line Productions, aujourd'hui dissoutes et aux droits desquelles vient la société CDR Créances ; que celle-ci, assignée en intervention forcée, a opposé la péremption de l'instance dans ses dernières conclusions ;

Attendu que la cour d'appel a déclaré l'instance périmée ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte des productions que l'intimé n'avait pas soulevé cet incident dans ses premières conclusions postérieurement à l'expiration

du délai de péremption, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Mais il s'agissait là encore de la recevabilité d'un incident soulevé en première instance.

Reste un troisième arrêt, Civ. 2^{ème} 8 juillet 2004, n^o01-11565 :

« Vu l'article 388 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que la péremption d'instance doit, à peine d'irrecevabilité, être demandée ou opposée avant tout autre moyen ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'un jugement du 23 octobre 1989 d'un tribunal de commerce ayant ordonné une expertise dans un litige opposant la société garage B... à la société Renault, celle-ci a soulevé un incident de péremption de l'instance ;

Attendu que pour constater la péremption de l'instance, la cour d'appel retient que pendant plus de quatre ans, aucune diligence au sens de l'article 386 du nouveau Code de procédure civile n'a été accomplie ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte des mentions de l'arrêt et des productions que la société Renault avait d'abord conclu à la nullité du jugement du 23 octobre 1989 avant de soulever l'incident de péremption de l'instance, la cour d'appel, qui était tenue de relever d'office l'irrecevabilité de cet incident, a violé le texte susvisé ; »

Dans cette affaire, la péremption d'instance avait été invoquée et rejetée en première instance. En appel, la cour d'appel de Poitiers, constatant l'absence de toutes diligences des parties pendant quatre ans et demi, avait prononcé l'extinction de l'instance. La cour de cassation casse l'arrêt au motif que la SA Renault avait d'abord conclu à la nullité du jugement avant de soulever l'incident de péremption.

Il appartiendra à la Cour de dire au vu de ces éléments si la règle inscrite à l'article 388 CPC doit être appliquée ou non au recours formé contre une décision statuant sur la péremption d'instance.

