

Le silence et le procès civil

Sylvie Bernigaud

Volume 56, numéro 3-4, septembre-décembre 2015

Le silence

Date de fraîcheur du texte en mai 2015.

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1034452ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1034452ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Bernigaud, S. (2015). Le silence et le procès civil. *Les Cahiers de droit*, 56(3-4), 257-285. <https://doi.org/10.7202/1034452ar>

Résumé de l'article

Qu'il soit ou non le reflet d'une stratégie procédurale, le silence est valorisé lorsqu'il s'inscrit dans une optique respectueuse des droits de la défense et du principe du contradictoire. Le Code de procédure civile lui attribue une valeur fonctionnelle qui dépend à la fois de la maîtrise des parties sur le déroulement du procès et de la responsabilité du juge en matière juridictionnelle, concernant la régulation de l'instance. Accepté, toléré ou réprouvé, le silence n'est pas un, mais s'exprime de différentes manières dans le cadre du procès civil, ce qui rend aléatoire toute tentative d'intégration dans telle ou telle catégorie juridique. Il n'est pas pour autant l'expression d'une quelconque anarchie procédurale, la loi encadrant ses différentes manifestations et les effets juridiques qu'elles produisent.

Le silence et le procès civil

Sylvie BERNIGAUD*

Qu'il soit ou non le reflet d'une stratégie procédurale, le silence est valorisé lorsqu'il s'inscrit dans une optique respectueuse des droits de la défense et du principe du contradictoire. Le Code de procédure civile lui attribue une valeur fonctionnelle qui dépend à la fois de la maîtrise des parties sur le déroulement du procès et de la responsabilité du juge en matière juridictionnelle, concernant la régulation de l'instance. Accepté, toléré ou réprouvé, le silence n'est pas un, mais s'exprime de différentes manières dans le cadre du procès civil, ce qui rend aléatoire toute tentative d'intégration dans telle ou telle catégorie juridique. Il n'est pas pour autant l'expression d'une quelconque anarchie procédurale, la loi encadrant ses différentes manifestations et les effets juridiques qu'elles produisent.

Silence, whether or not it reflects a procedural strategy, is accepted when it is part of a process that respects the rights of the defence and the adversarial principle. The Code of Civil Procedure assigns it a functional value that depends, first, on the parties' mastery of the trial process and, second, on the judge's jurisdictional responsibility for regulating the proceedings. Whether accepted, tolerated or reproved, silence is expressed in various ways during a civil trial, which makes any attempt to incorporate it into a specific legal category a hazardous undertaking. However, this does not mean that it reflects a form of procedural anarchy, since the law structures its various forms and their legal effects.

* Maître de conférences, habilitée à diriger des recherches (HDR), Université Lumière Lyon 2.

Date de fraîcheur du texte en mai 2015.

El silencio tiene un valor cuando se circunscribe en un enfoque respetuoso de los derechos de la defensa y del principio de contradicción, independientemente que sea o no el reflejo de una estrategia procesal. El Código de Procedimiento Civil le otorga un valor funcional que depende a la vez de la pericia de las partes en el desarrollo del proceso, y de la responsabilidad del juez en materia jurisdiccional relacionada con la regulación de la instancia. El silencio ha sido aceptado, tolerado, e incluso reprobado, y se expresa de diferentes maneras en el marco del proceso civil, lo cual convierte en aleatoria cualquier tentativa de integración en tal y cual categoría jurídica. No obstante, no es la expresión de una anarquía procesal cualquiera, ya que la ley circunscribe sus diversas manifestaciones y los efectos jurídicos que producen.

	<i>Pages</i>
1 Silence et garanties processuelles	263
1.1 Silence et ordre public procédural.....	263
1.1.1 Préserver les droits du requérant.....	263
1.1.2 Faire constater l'irrecevabilité de la demande.....	265
1.1.3 Sanctionner le silence du juge.....	268
1.2 Silence et bonne administration de la justice.....	269
1.2.1 La mise en œuvre du principe de bonne administration de la justice...	269
1.2.2 Le principe de concentration des moyens.....	273
2 Un silence encadré par la loi	275
2.1 Silence et loyauté procédurale.....	276
2.1.1 Loyauté procédurale et contradiction.....	276
2.1.2 Présomptions de renonciation en matière de procédure civile.....	277
2.2 Silence et secrets imposés.....	279
2.2.1 Le secret du délibéré.....	279
2.2.2 Le secret professionnel.....	283
Conclusion	285

Imaginer que le silence puisse trouver sa place dans les prétoires n'est pas aussi incongru qu'une première vue de l'esprit le laisserait penser. Certes, le procès pénal est sans doute le plus évocateur, que l'on parle

du silence de la victime, de celui des prévenus ou de ceux auxquels la loi demande de rendre leur jugement en fonction de leur intime conviction. En matière pénale, les parties mises en cause se sont vu reconnaître le droit de ne pas s'auto-incriminer. Cette garantie relève du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹, et bien que le droit de se taire ne soit pas mentionné expressément par la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*², la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) considère qu'il fait partie du droit au procès équitable³. Selon l'expression employée par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), le droit communautaire « n'impose pas le respect du droit de ne pas témoigner contre soi-même dans une procédure civile⁴ ». *Et pourtant, ce dont on ne peut parler, il faut le taire*⁵, certaines choses ne peuvent être dites mais seulement montrées. Le procès civil n'en demeure pas moins l'affaire des parties qui introduisent l'instance⁶. Elles peuvent y mettre fin avant qu'elle s'éteigne par l'effet d'un jugement ou en vertu de la loi⁷. Le procès, quel que soit son objet, « produit du droit, modifie le droit, détruit du droit⁸ » et, selon certains auteurs, caractérise le rapport de droit entre les parties, rapport auquel le juge est étranger⁹.

En droit français, on doit à Vizioz¹⁰ l'idée selon laquelle le procès est un lien d'instance, instance qui serait elle-même la traduction juridique du procès avec un ensemble d'actes processuels, actes de procédure et actes judiciaires, réalisés au cours de ce procès¹¹. Parce qu'elle « est la chose des parties », l'instance, et plus précisément son déroulement, semblerait donc difficilement s'accommoder du silence. L'instance contentieuse et le procès qui l'abrite constituent ce lieu temporel où l'on vient faire reconnaître par le juge les droits subjectifs qui sont les siens, ou plus encore leur violation, et

-
1. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, (1976) 999 R.T.N.U. 171, art. 14 (3) g).
 2. *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, (1955) 213 R.T.N.U. 221 (ci-après « Convention européenne des droits de l'homme »).
 3. *Funke c. France*, n° 10828/84, CEDH 25 février 1993, J.C.P. 1993. II, 22073, note Garnon.
 4. CJCE, 10 novembre 1993, CCC décembre 1993, n° 219, p. 11 obs. Vogel; JCP 1994, I, 3748, n° 5, obs. Boutard-Labarde.
 5. Ludwig WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, Paris, Gallimard, 2001, p. 177.
 6. Hors les cas où la loi en dispose autrement.
 7. Code de procédure civile, art. 1^{er} (ci-après « C. pr. civ. »).
 8. Emmanuel JEULAND, citant le processualiste allemand, Josef Kolher dans Emmanuel JEULAND et Soraya MESSAI-BAHRI (dir.), *Les nouveaux rapports de droit*, Paris, IRJS Éditions, 2013, p. 184.
 9. *Id.*, p. 184.
 10. Henry VIZIOZ, *Études de procédure*, Paris, Dalloz, 2011, p. 7.
 11. Emmanuel JEULAND, *Droit processuel général*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 2012, p. 504.

où celui à qui cette méconnaissance des droits est opposée est en mesure d'organiser sa défense. Pourtant, c'est bien au travers de ses différentes manifestations que le silence prend toute sa place dans le procès civil. Qu'il s'agisse pour un plaideur de ne pas révéler ce qu'il sait contrairement à ce qu'il devrait être ou de ne pas opposer un démenti à l'affirmation d'un fait par la partie adverse, voire encore de ne pas répondre aux questions d'un juge, le silence trouve là son expression la plus commune, dans le procès civil. « Et cependant quelque chose règne en silence¹²... » La définition du silence n'est pas unifiée. Entendu dans un sens commun, le silence est le fait de ne pas parler et conduit celui qui s'en prévaut à se taire ; il est aussi le fait de ne pas exprimer son opinion, de ne pas répondre, de ne pas divulguer ce qui est secret. En ce sens, il traduit l'attitude d'une personne qui ne veut ou ne peut s'exprimer. Sur le plan juridique, le silence se décline de différentes manières. Ainsi, en matière civile, le silence traduit un défaut de réponse à une offre qui peut, selon les circonstances, valoir acceptation ou refus de celle-ci. En matière de preuve, le silence peut être entendu comme le fait pour le destinataire d'une lettre de ne pas opposer de démenti à l'affirmation d'un fait contenu dans cette lettre ; en matière de droit administratif, le silence traduit l'absence de réponse de l'Administration à une requête dont elle a été saisie et qui peut être assimilée à une décision dite tacite ou implicite de rejet ou d'acceptation¹³. En matière de procédure civile, la frontière entre les différentes manifestations du silence et des concepts tels que l'inaction, l'absence de diligence ou l'acquiescement est questionnée. Ainsi, l'inaction des parties dans la conduite de l'instance durant deux ans est sanctionnée par la péremption d'instance¹⁴. Une interprétation extensive de la notion de silence autorise à soutenir l'idée que s'abstenir d'agir là où la loi l'autorise, ou de ne pas accomplir, par exemple, les diligences procédurales qui incombent aux parties, est une manifestation parmi d'autres du silence à laquelle la loi attache des effets juridiques. L'abstention est une modalité parmi d'autres du refus de s'exprimer au travers de certains mécanismes de droit. Ainsi, lorsqu'une partie acquiesce au jugement, le silence ne peut être *a priori* totalement occulté, notamment si une partie renonce à exercer une voie de recours. La principale difficulté est de définir le silence à partir de critères déterminés. Le silence n'est pas un, mais s'exprime de différentes manières. Le procès civil est aussi *un jeu d'acteurs* dès lors que les parties ont introduit l'instance ; et sur la scène du procès, force est de constater que le silence peut emprunter les formes

12. Antoine DE SAINT-EXUPÉRY, *Le Petit Prince*, Paris, Folio Gallimard, 2015, p. 82.

13. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2014, s.v. « Silence ».

14. C. pr. civ., art. 386.

les plus diverses, y compris l'abstention ou l'impossibilité d'agir ; cela nous autorise à défendre l'idée selon laquelle ne pas user de la possibilité d'agir en vue d'introduire une demande devant un tribunal est une manifestation du silence, au risque, et il convient de l'admettre, de considérer que nombre de situations où le droit d'agir n'existe pas, est forclos, ou encore exercé par voie de représentation légale, caractérisent des situations qui font place au silence... Dans une conception plus restrictive, le silence ne serait caractérisé que si les parties ou le juge s'abstenaient de répondre ou choisissaient délibérément de se taire. L'intentionnalité serait alors un critère déterminant de la notion du silence dans le procès civil. Mais cette thèse ne prendrait pas en compte les situations où la loi elle-même instaure une forme de silence et ne laisse plus aux parties la possibilité de s'exprimer à telle ou telle phase du procès ; ainsi en est-il, comme nous pourrions le constater, pour les fins de non-recevoir.

Qu'il soit ou non le reflet d'une stratégie procédurale, le silence est valorisé lorsqu'il s'inscrit dans une optique procédurale respectueuse des droits de la défense et du respect du contradictoire. Il ne peut être que sanctionné lorsqu'il est l'expression d'une déloyauté procédurale ou d'une violation manifeste du secret par le juge ou les avocats des parties, qu'il s'agisse du secret du délibéré ou de la violation du secret professionnel. Le silence est donc tantôt valorisé, tantôt réprouvé, ici et là par les parties à l'instance ou les autres acteurs du procès civil. Paradoxalement, le Code de procédure civile ne s'y réfère que très peu. Sept dispositions le mentionnent de manière expresse. Le silence entendu comme la non-réponse de la personne amenée à prendre position est d'abord évoqué dans le cadre de la procédure dite de récusation d'un juge¹⁵. En effet, lorsqu'un juge a connaissance d'une demande de récusation dirigée contre lui, il est invité à faire part de son acquiescement ou de son opposition à cette procédure, mais la loi retient aussi l'hypothèse du silence opposé par le juge mis en cause, et la conséquence qui en résulte : la demande en récusation est alors jugée sans délai par la Cour d'appel¹⁶. En matière d'arbitrage international, le silence est évoqué à propos de la procédure à suivre dans l'instance arbitrale, lorsque la convention d'arbitrage n'a pas évoqué les règles de procédure à suivre devant le tribunal arbitral ; celui-ci est invité à se référer à un règlement d'arbitrage ou aux règles de procédure civile¹⁷. Le silence est aussi pris en compte, s'agissant des conditions dans lesquelles la sentence arbitrale est rendue, lorsque la convention d'arbitrage n'a pas défini de règle de

15. *Id.*, art. 342-355.

16. *Id.*, art. 349. La compétence relève de la juridiction échevinale si la demande en récusation est dirigée contre un assesseur de cette juridiction.

17. *Id.*, art. 1513.

majorité. La sentence est alors rendue à la majorité des voix¹⁸. Le silence n'est pas davantage toléré lorsque les parties concernées ou leurs ayants droit s'adressent aux officiers publics ou ministériels, et autres dépositaires d'actes ou de registres, aux fins de délivrance de copie ou d'expédition de ces actes. Le président du Tribunal de grande instance ou le président de la juridiction devant laquelle le greffier exerce ses fonctions sont invités à statuer sur la demande de délivrance d'une copie exécutoire ou d'une copie d'un acte non enregistré¹⁹.

Le nombre restreint de dispositions se référant expressément au « silence » en matière de procédure civile ne témoigne pas pour autant d'un désintéret du législateur quant au bon déroulement de l'instance engagée devant une juridiction. Sur le plan procédural, le silence entretient des relations directes avec certains mécanismes qui sanctionnent, par exemple, une manifestation de volonté ou une action tardive d'une des parties dans la procédure. Il en est ainsi de la prescription extinctive ou de la péremption d'instance, sans oublier du côté du juge une inaction prolongée qui traduit un silence condamnable au titre du déni de justice. En effet, le retard mis au jugement d'une affaire caractérise un fonctionnement défectueux de la justice qui est susceptible d'engager la responsabilité de l'État, au titre d'une faute lourde ou d'un déni de justice²⁰. La maîtrise des parties sur le déroulement de l'instance, et leur emprise sur le déroulement de celle-ci, n'occulte pas la responsabilité propre du juge en matière juridictionnelle, et le rôle qui est le sien concernant la régulation de l'instance. Au cœur du procès civil, « la procédure est à la fois une technique d'organisation de ce procès et une technique de garantie des droits et libertés fondamentaux²¹ ». De fait, les différentes manifestations du silence sur le plan procédural ne dépendent pas du libre arbitre des parties ou du juge. La valeur qui lui est accordée dépend des objectifs poursuivis au regard du droit processuel, et notamment des garanties qui sont dues à tout justiciable dans le déroulement du procès civil. En tout état de cause, imposées ou tolérées, les différentes manifestations du silence et les effets qui en découlent relèvent d'un silence encadré par la loi (2).

18. *Id.*, art. 1509.

19. *Id.*, art. 1436, 1438, 1439 et 1441.

20. Trib. gr. inst. Nice, 17 sept. 2001, D. 2002.543.

21. Serge GUINCHARD, « Le réveil doctrinal d'une belle au bois dormant trop longtemps endormie ou la procédure civile entre droit processuel classique, néo-classique ou européeniste et technique d'organisation du procès », dans *Liber amicorum en l'honneur de Raymond Martin*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 97.

1 Silence et garanties processuelles

Le domaine processuel constitue un terrain privilégié de l'ordre public²², non seulement au titre des garanties du procès, mais aussi sur le terrain de l'organisation juridictionnelle et de la procédure. Sur le plan juridictionnel, le juge doit faire œuvre de bonne justice ou de *bonne administration de la justice*, c'est-à-dire qu'il doit rechercher les solutions les plus pertinentes et dans un temps raisonnable, lorsqu'il est confronté à des problèmes de procédure ou de compétence²³. L'ordre public procédural prend acte de ces « temps et comportements silencieux » (1.1), et le silence est alors accepté ou réprouvé. Ce dilemme qui s'impose au juge participe également d'une bonne administration de la justice (1.2).

1.1 Silence et ordre public procédural

Indépendamment de ce que la société à un moment donné estime important pour l'élever à la consécration de l'intérêt général, l'ordre public ne peut avoir qu'un contenu variable. Du point de vue du droit processuel, et plus particulièrement sur le terrain de la procédure civile, c'est en considération d'une règle d'ordre public que le silence peut être sanctionné. Dans sa conception la plus extensive, le silence qui n'est que le reflet d'une abstention volontaire ou non du droit d'agir est sanctionné, qu'il s'agisse de préserver les droits du requérant (1.1.1), de faire constater l'irrecevabilité de la demande (1.1.2) ou de sanctionner le silence du juge (1.1.3).

1.1.1 Préserver les droits du requérant

Dans une étude consacrée à l'ordre public²⁴, la Cour de cassation ne manque pas de relever que certaines procédures précontentieuses et contentieuses, comme celles prévues par le droit de la sécurité sociale, sont empreintes d'ordre public. Ainsi, lorsqu'il y a réclamation d'un salarié contre les décisions prises par un organisme de sécurité sociale, la loi²⁵ soumet ces réclamations à une commission de recours amiable, et la saisine du tribunal compétent n'est valablement formée qu'après rejet explicite ou implicite du recours obligatoire formé devant cette commission interne. Ne pas respecter la chronologie procédurale, c'est-à-dire vouloir saisir la juridiction compétente en priorité n'est pas seulement « sanctionnable », c'est aussi une manière de montrer que la règle procédurale d'ordre public

22. COUR DE CASSATION, *Rapport annuel*, 2013, p. 95, [En ligne], [www.courdecassation.fr/IMG/pdf/cour_de_cassation_rapport_2013.pdf] (30 août 2015).

23. G. CORNU, préc., note 13, s.v. « Bonne justice ».

24. COUR DE CASSATION, préc., note 22, p. 202.

25. Code de la sécurité sociale, art. R142-1.

ne reconnaît pas un droit au silence « circonstancié » au salarié requérant. Il ne peut s'abstenir de saisir la commission de recours amiable s'il entend voir sa demande examinée au fond. Dans la phase contentieuse du droit de la sécurité sociale, ce caractère d'ordre public est tout aussi manifeste. S'agissant des conventions tendant à ce que l'une des parties (et notamment la plus vulnérable) renonce à son procès en matière d'accident de travail ou de maladie professionnelle²⁶, la règle est claire : ces conventions sont considérées comme nulles et de plein droit. Aucune dérogation ne peut être consentie sous peine de porter atteinte à des dispositions d'ordre public²⁷. Ce que viennent sanctionner la règle procédurale comme le droit substantiel, c'est le silence que l'on tente d'imposer à l'une des parties par le jeu de stipulations contractuelles, et notamment celles qui ont pour effet de remettre en cause le droit d'accès à un tribunal. La garantie qu'apporte la sanction légale, la *nullité de la convention*, montre bien que l'obligation de se taire par anticipation n'a aucun fondement lorsque sont en jeu la défense des droits subjectifs de la personne et son droit d'accès à un tribunal impartial et indépendant. La protection juridictionnelle est due à tout requérant qui demande à en bénéficier.

La situation est différente cependant pour les clauses de conciliation précontentieuse. Elles ne peuvent avoir pour effet, par exemple, de priver un salarié de la possibilité de saisir la juridiction prud'homale²⁸. Mais en la matière, il existe une phase de conciliation préliminaire et obligatoire ; dès lors, il faut considérer qu'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. La CEDH conforte ce point de vue en estimant qu'il n'y a pas entrave substantielle au droit d'accès direct au juge lorsque la législation d'un État impose de trouver une solution amiable préalablement à toute demande présentée à une juridiction civile. Encore faut-il que le processus amiable suspende le cours de la prescription et, en cas d'échec, autorise les parties à saisir le juge compétent²⁹. Différer, le cas échéant, la saisine directe d'un tribunal en privilégiant le recours

26. *Id.*, art. L482-4.

27. Voir pour l'indemnisation d'un salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, Soc. 17 nov. 1994, *Bull. civ.* V, n° 302.

28. Soc. 5 déc. 2012, n° 11-20004.

29. *Momcilovic c. Croatie*, n° 11239/11, CEDH 26 mars 2015. Natalie FRICERO, « Obligation de tenter un règlement amiable avant toute saisine d'un juge », *Procédures* 2015.159. Voir aussi le *Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends*, J.O. 14 mars 2015, p. 4851.

aux modes alternatifs de règlement des différends, ne prive pas les parties en conflit de la possibilité d'exprimer leurs arguments et leurs demandes.

1.1.2 Faire constater l'irrecevabilité de la demande

Sur le plan procédural, le droit d'être entendu par un tribunal est quelque peu malmené lorsque la loi s'oppose à ce qu'un juge examine les prétentions d'un requérant, sans même examiner le fond du droit. Il en est ainsi lorsqu'une des parties peut se prévaloir d'un défaut du droit d'agir, d'un défaut de qualité ou d'intérêt à agir, ou de l'existence d'un délai de prescription ou préfix, ou de l'autorité de la chose jugée³⁰. La partie confrontée au devoir de se taire, du moins dans la première phase de la procédure, est aussi celle qui subit, dans un premier temps, le non-respect du contradictoire. Il en est ainsi lorsque le tribunal saisi est invité à statuer dans le cadre d'une ordonnance sur requête. Une décision provisoire est rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler la partie adverse³¹. Celle-ci ne peut donc exposer sa propre demande. Cette privation de parole n'est que temporaire lorsque celui à qui l'ordonnance sur requête est opposée demande au juge de modifier ou de rétracter sa décision. Le débat contradictoire est alors réintroduit dans le procès civil³².

Comme certains n'ont pas manqué de le souligner, les sanctions apportent leur concours à la préservation des principes essentiels de procédure, tels que le principe d'initiative ou le formalisme du procès ou encore l'action en justice³³. Ces sanctions sont de degrés divers, et les plus radicales, comme l'irrecevabilité, condamnent le requérant à un silence quasi définitif au regard des prétentions qu'il aurait pu soumettre au juge. L'interprétation extensive de la notion de fin de non-recevoir s'étend aujourd'hui aussi à la sanction de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, ce qui conduit la partie qui entend se défendre par de nouveaux arguments à une forme de silence. Mais l'interdiction relève en fait de l'obligation de loyauté qui sous-tend les rapports entre les parties au procès.

Celui à qui l'irrecevabilité est opposée subit *de facto* le refus d'accès au juge³⁴. Il n'y a pas d'examen au fond de l'acte processuel qui lui était

30. C. pr. civ., art. 122.

31. *Id.*, art. 493.

32. *Id.*, art. 497.

33. Cécile CHAINAIS, «Les sanctions en procédure civile. À la recherche d'un clavier bien tempéré», dans Cécile CHAINAIS et Dominique FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, t. 1 «La sanction, entre technique et politique», Paris, Dalloz, 2012, p. 357, à la page 361.

34. *Id.*

soumis³⁵. C'est donc bien au regard de l'effet qu'elle entraîne que la fin de non-recevoir présente un intérêt : le défendeur l'invoquera au soutien de ses moyens de défense, le juge la soulèvera parfois d'office³⁶, en rappelant le caractère d'ordre public de certaines règles de procédure, et le demandeur à l'instance ne pourra être que confronté au droit de se taire. Ce droit au silence peut se révéler temporaire. Tel serait le cas de la personne qui n'a pas encore la qualité pour agir (un mineur proche de la majorité, par exemple), mais qui peut encore acquérir cette qualité ultérieurement. Le juge ne pourrait que constater l'irrecevabilité de la demande du mineur requérant et accueillir celle du demandeur doté de la pleine capacité d'exercice, dès lors que sa demande ne se heurte pas à d'autres fins de non-recevoir³⁷. Certes, ce qui est en cause à titre principal est une condition juridique liée à la qualité pour agir. Il n'empêche que, au regard des conditions que la loi pose en matière d'action en justice, certains requérants ne peuvent se prévaloir d'un droit d'accès direct et personnel au tribunal, et tel est le cas des mineurs. À l'inverse, la cause de la sanction peut perdurer indéfiniment. Il en est ainsi de la chose jugée ou du délai de forclusion qui a expiré.

L'intervention du juge diffère selon le caractère de la fin de non-recevoir : elle doit être relevée d'office lorsqu'elle a un caractère d'ordre public³⁸. Il en est ainsi lorsque le requérant n'a pas respecté les délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou lorsqu'il se heurte à l'absence d'ouverture d'une voie de recours. Le caractère d'ordre public d'une fin de non-recevoir résulte de la loi ou de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux. Sur le plan légal, le Code de procédure civile prévoit notamment une irrecevabilité prononcée d'office en cas de non-utilisation de la voie électronique pour remettre les actes de procédure à la juridiction d'appel³⁹, ou de dépassement du délai de deux mois pour conclure dans le cadre d'une procédure d'appel avec représentation obligatoire⁴⁰. C'est bien l'indication dans la loi du prononcé d'office de l'irrecevabilité qui confère à la fin de non-recevoir son caractère d'ordre public. Lorsque cette précision

35. Jacques HÉRON et Thierry LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 4^e éd., Paris, Montchrétien, 2010, n^o 139.

36. C. pr. civ., art. 125.

37. Et notamment la prescription extinctive.

38. C. pr. civ., art. 125. Mais, lorsqu'une règle est d'ordre public, sa violation peut aussi être invoquée par les deux plaideurs et le ministère public : Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris, Dalloz, 2014, s.v. « Ordre public ».

39. Dans le cadre d'une procédure d'appel avec représentation obligatoire (C. pr. civ., art. 930-1).

40. *Id.*, art. 909.

n'est pas apportée par les textes, et que le juge dispose néanmoins de la faculté de relever d'office une fin de non-recevoir, la question reste posée de déterminer si celle-ci est qualifiée d'ordre public. En matière familiale, des auteurs ont pu soutenir que l'irrecevabilité que le juge pourrait soulever d'office en l'absence d'une tentative de médiation familiale dans certaines matières familiales ne relève pas d'un intérêt privé⁴¹. En réalité, comme n'a pas manqué de le souligner la Cour de cassation⁴², «l'attribution par la jurisprudence de la caractéristique d'ordre public dépend de la nature et de l'importance de l'intérêt à protéger⁴³». Elle constate ainsi que, en matière de procédure collective⁴⁴, l'enjeu de la règle de l'arrêt des poursuites individuelles est de faire respecter le principe de l'égalité des créanciers. Le caractère public de cette règle impose au juge de la relever d'office⁴⁵. À l'inverse, en matière de surendettement⁴⁶, le bénéfice de ce dispositif est laissé à la seule disposition de la volonté des débiteurs et la fin de non-recevoir qui en résulte ne serait donc pas applicable *erga omnes*. Pour d'autres⁴⁷ encore, même d'intérêt privé, une fin de non-recevoir devrait être soulevée d'office, dès lors que le défendeur ne comparait pas⁴⁸. L'irrecevabilité sanctionne un défaut du droit d'agir et vient garantir le respect d'une règle qu'on ne peut contourner parce qu'elle est d'ordre public. Mais là encore, et parce que le moyen invoqué tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande sans examen au fond, il y a une impossibilité légale à se faire entendre et à reconnaître une manifestation du silence à cette étape du procès civil.

En matière de prescription extinctive, comme en matière d'exercice des voies de recours, ce qui est sanctionné, c'est la tardivité des prétentions soumises au tribunal. Le requérant est confronté à ses propres carences. Le silence imposé au défendeur n'est plus toléré dès lors qu'il dépasse la limite du délai raisonnable de réflexion pour prendre des initiatives procédurales. Le silence n'est pas davantage accepté lorsqu'il est le fait du juge qui s'abstient de répondre aux parties au procès.

41. Roger PERROT et Hervé CROZE, «Commentaire du décret n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile», *Procédures* 2004.13.

42. COUR DE CASSATION, préc., note 22, p. 227.

43. *Id.*, p. 227.

44. Code de commerce, art. L622-21 et L622-22.

45. Com. 12 janv. 2010, n° 08-19645.

46. Code de la consommation, art. L331-3-1.

47. Guy BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Bruxelles, Bruylant, 2002, n° 179, p. 48.

48. En ce sens, voir Civ. 3^e, 19 juill. 1988, *Bull. civ.* III, n° 133.

1.1.3 Sanctionner le silence du juge

Le Code de procédure civile et le Code civil font obligation au juge de statuer, de répondre aux prétentions qui lui sont soumises et de motiver la décision qui sera rendue. De fait, cela sous-entend qu'un tribunal saisi par les prétentions des parties ne peut opposer un silence à ces obligations légales, silence qui ne peut être que sanctionné, car il compromet l'équilibre et la finalité même du procès. Les sanctions retenues par la loi sont d'importance inégale et elles tiennent compte à la fois de la nature de la faute commise et du préjudice qui en résulte pour les parties lésées par le silence du juge. Ne pas prendre en considération un chef de demande n'est pas pour autant équivalent au refus de statuer. L'oubli, démarche involontaire, n'est pas assimilable au refus de statuer qui relève du déni de justice.

Le silence « fautif » du juge peut donner lieu à différentes modalités de réparation au profit de la personne lésée. Il en est ainsi pour la procédure qui permet au juge de compléter son jugement lorsqu'il a omis de statuer sur un chef de demande. L'article 463 du Code de procédure civile lui permet d'intervenir sur sa propre décision sans porter atteinte au principe de l'autorité de la chose jugée. Le recours vise ainsi à répondre à un jugement incomplet rendu *infra petita*. Encore faut-il que la demande soit présentée dans les temps par le requérant, c'est-à-dire dans l'année qui suit la décision passée en force de chose jugée⁴⁹.

La faute commise par le juge civil est empreinte d'une gravité plus importante lorsque la décision rendue n'est pas motivée ou l'est de manière insuffisante. L'article 455 du Code de procédure civile pose le principe selon lequel tout jugement doit être motivé. Cette motivation s'impose, quelles que soient les modalités du prononcé du jugement ou de sa nature, et excepté les cas où la loi en dispose autrement, comme le jugement qui prononce l'adoption plénière⁵⁰. Cette motivation est la traduction du travail d'analyse du juge et son absence justifie difficilement l'abstention dont a fait preuve le juge à qui les parties ont soumis leurs prétentions. Le défaut de réponse à conclusions est assimilé à un défaut de motifs, ce qui suppose que le jugement ne contient pas de réponse claire et précise aux moyens invoqués par la partie concernée⁵¹. La gravité de la méconnaissance constatée

49. C. pr. civ., art. 462 al. 2.

50. Code civil, art. 353 al. 5 (ci-après « C. civ. »).

51. L'obligation de motiver résulte de l'exigence d'un procès équitable prévu par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel lui a reconnu une valeur constitutionnelle : Cons. const. 3 nov. 1977, décision n° 77-101 L, *Rec. Cons. const.*, p. 70.

est sanctionnée par la nullité⁵² dont la mise en œuvre résulte de l'exercice d'une voie de recours, qu'il s'agisse de l'appel ou du pourvoi en cassation.

Le caractère obscur de la loi ou son insuffisance ne légitime pas davantage le silence du juge qui se caractériserait alors par un véritable déni de justice⁵³. La jurisprudence ne manque pas de rappeler qu'il y a déni de justice non seulement dans le fait de refuser de répondre aux requêtes ou de négliger les affaires en état d'être jugées, mais aussi chaque fois que l'État et, à travers sa personne, les juges investis de la fonction de juger manquent à leur devoir de protection juridictionnelle⁵⁴. Et c'est bien là tout l'enjeu de la sanction attachée au refus de statuer. Le juge saisi n'a pas d'autre alternative que de rendre la justice lorsqu'il en est requis. Le silence opposé par le juge dans de telles circonstances ne peut être qu'assimilé à une abstention illicite dont l'État doit répondre au titre du fonctionnement défectueux du service public de la justice⁵⁵. Il en va de même lorsque le silence de la juridiction saisie est tel qu'il permet de constater la durée anormale du délai de jugement⁵⁶. Là encore, c'est le devoir de protection juridictionnelle qui est remis en cause par la réponse tardive donnée par l'institution juridictionnelle à la demande du requérant, et il importe peu que la non-réponse du juge ne soit pas définitive.

1.2 Silence et bonne administration de la justice

La justice, en tant que fonction publique régaliennne, fait appel aux deniers publics. Il est de l'intérêt de tous qu'elle soit bien administrée et, sur le plan procédural, il nous importe de démontrer dans quelle mesure l'office du juge est garant d'une bonne administration de la justice. Sans prétendre à l'exhaustivité, il pourra être établi que la mise en œuvre de ce principe (1.2.1) atteint son apogée avec le principe de concentration des moyens (1.2.2).

1.2.1 La mise en œuvre du principe de bonne administration de la justice

Le concept de bonne administration de la justice a été reconnu le 3 décembre 2009⁵⁷, par le Conseil constitutionnel, comme un objectif de valeur constitutionnelle, objectif qui n'est pas appréhendé par les juges de

52. C. pr. civ., art. 455 et 458.

53. C. civ., art. 4.

54. Trib. gr. inst. Paris, 6 juill. 1994, *Gaz. Pal.* 1994.2.589, note Petit.

55. Code de l'organisation judiciaire, art. L141-1 al. 2 (ci-après «COJ»).

56. Civ. 1^{re}, 23 oct. 2013, n° 12-21123, *Gaz. Pal.* 19-21 janv. 2014, obs. Casey.

57. Cons. const. 3 déc. 2009, décision n° 2009-595 DC, *Rec. Cons. const.*, p. 206.

la même manière⁵⁸. Le silence, entendu comme abstention d'agir, ou réaction tardive des acteurs du procès, ne présente aucun caractère vertueux lorsqu'il affecte la qualité de la justice. Ignorer les questions relatives à la gestion des personnes et des moyens, ou celles ayant un impact procédural direct comme les questions ayant un effet sur le cours d'une instance, telles la prescription, la litispendance ou la connexité, est de nature à affecter la justicialité, soit l'ensemble des moyens permettant à la justice de fonctionner comme institution⁵⁹. Ainsi que certains ont pu l'écrire, il s'agit de faire face à une justiciabilité croissante et à des actions proliférantes⁶⁰, sans que pour autant les fonctions de la justiciabilité interfèrent dans la fonction juridictionnelle⁶¹. C'est au juge qu'il appartient de trouver les solutions les plus pertinentes en la matière. Une *bonne administration de la justice* sous-entend que le juge doit tirer parti de son pouvoir d'agir d'office, c'est-à-dire être en mesure de se prévaloir des prérogatives dont il dispose ou dont il est investi en raison de sa fonction⁶². En disposant d'une réelle maîtrise du temps procédural tout en n'étant pas cantonné dans un rôle purement passif, le juge peut donc combler les carences des parties et empêcher que leur propre silence remette en cause le principe même d'une bonne administration de la justice. C'est en disposant de ce pouvoir de police processuelle⁶³ que le juge pourra, lorsque les parties ne respectent pas les délais, par exemple pour introduire une action en justice ou exercer une voie de recours, constater l'irrecevabilité de la demande. Il peut aussi prononcer une mesure de radiation ou encore la clôture de l'instruction⁶⁴. En matière de radiation, c'est le défaut de diligence des parties qui est sanctionné⁶⁵, et pas seulement celui du requérant. Encore faut-il que la radiation n'ait pas été voulue par les parties elles-mêmes⁶⁶. L'inaction des parties est contraire aux intérêts d'une bonne administration de la justice puisqu'elles négligent d'accomplir les actes de procédure qui leur incombent. Il en est de même dans les cas spécifiques de radiation prévus par le Code de procédure civile. Il s'agit, d'une part, du défaut d'exécution par l'appelant de

58. Hélène APCHAIN, « Retour sur la notion de bonne administration de la justice », A.J.D.A. 2012.587.

59. Loïc CADIEU (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, Presses universitaires de France, 2004, s.v. « Justiciabilité ».

60. *Id.*

61. Loïc CADIEU, « Introduction à la notion de bonne administration de la justice en droit privé », *Justice & Cassation* 2013.13, 23.

62. Christopher LEFORT, « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », dans *Justices et droit du procès*, Paris, Dalloz, 2010, p. 807, à la page 809.

63. *Id.*

64. C. pr. civ., art. 780.

65. *Id.*, art. 381.

66. *Id.*, art. 382.

la décision de première instance lorsque celle-ci est exécutoire par provision⁶⁷ et, d'autre part, du défaut d'exécution par le demandeur au pourvoi de la décision attaquée⁶⁸. Pour autant, si la sanction à l'égard des parties est compréhensible, encore faut-il que les mesures de radiation du rôle ne soient pas de nature à restreindre l'accès à la juridiction supérieure⁶⁹. Régulièrement saisie de ces questions, la CEDH se réserve le droit de contrôler si les mesures de retrait s'analysent en une entrave disproportionnée au droit d'accès des requérants⁷⁰. Elle est ainsi amenée à dire si la radiation du rôle en cas d'inexécution de la décision attaquée méconnaît ou non le contenu de la règle posée par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le système prévu dans l'article 1009-1 du Code de procédure civile tend à assurer le respect du principe selon lequel le pourvoi en cassation, qui se limite à un examen en droit, est considéré, en matière civile, comme un recours extraordinaire qui, par principe, n'a pas d'effet suspensif. Son application n'est pas automatique⁷¹ : saisi d'une requête, le premier président de la Cour de cassation se prononce à l'issue d'une procédure contradictoire et ne prononcera le retrait du pourvoi que pour autant qu'il ne lui apparait pas qu'une telle mesure risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives. La mesure de retrait a pour seul effet de suspendre l'instance jusqu'à l'exécution de l'arrêt de condamnation. Le refus du président d'accéder aux demandes de maintien des pourvois au rôle de la Cour de cassation doit être motivé, et la situation des requérants doit avoir fait l'objet d'un examen attentif et complet. Dans le cas contraire, l'accès effectif des intéressés à la haute juridiction est compromis et la possibilité de défendre leur point de vue est inexistante.

Lorsque les avocats n'ont pas accompli les actes de procédure avant la clôture de l'instruction, la justice n'est pas administrée de manière sereine. Le silence qui résulte alors d'une abstention est alors opposé *de facto* à la partie adverse ou à la juridiction saisie. L'office du juge contribue à renverser cet état de fait. On peut regretter toutefois, au nom de la recherche de cette même efficacité, l'hétérogénéité des situations. Ainsi, si le juge est également tenu de constater d'office la caducité d'un acte introductif d'instance, il est pourtant dans l'impossibilité de le faire s'agissant de la

67. Sauf consignation autorisée dans les conditions de l'article 521 C. pr. civ. ; voir : C. pr. civ., art. 526.

68. C. pr. civ., art. 1009-1.

69. Alain LACABARATS et Jean-Paul LACROIX-ANDRIVET, « La procédure de radiation du rôle des articles 526 et 1009-1 du Code de procédure civile et le droit d'accès au juge », dans *Justices et droit du procès*, préc., note 62, p. 783, à la page 787.

70. *Annoni di Gussola et autres c. France*, n° 31819/96 et 33293/96, CEDH 14 novembre 2000.

71. Patricia GRANET, « Le décret du 28 décembre 2005 à l'épreuve de l'inflation normative », *Procédures* 2006.4.

péremption d'instance⁷² et alors même que les parties se sont désintéressées du procès. En matière de caducité, le juge ne peut que constater si les conditions de mise en œuvre de la caducité sont remplies ou ne le sont pas. La loi lui retire tout pouvoir d'appréciation⁷³. Cette solution s'explique par le fait que la caducité est édictée dans l'intérêt général. Il en va de même en matière de péremption d'instance⁷⁴. Il y a en effet inaction des plaideurs pendant plus de deux ans, et ce sont ces mêmes parties qui peuvent demander à la juridiction saisie de constater que le délai de péremption est écoulé⁷⁵. Les parties ont la maîtrise de l'instance, mais se sont abstenues de prendre une quelconque initiative procédurale durant plusieurs mois. Elles sont donc conduites à supporter les conséquences d'un silence qu'aucune d'entre elles n'a voulu rompre. La sanction applicable ne se résume pas à l'abandon de l'instance engagée⁷⁶. La péremption d'instance peut compromettre le droit d'action des parties si la prescription extinctive est invoquée dans un délai rapproché. Pour éviter de telles conséquences qui remettent en cause l'existence même de l'instance, les parties ont tout intérêt à demander le retrait du rôle qui n'est autre que l'ancienne radiation conventionnelle⁷⁷. L'intérêt de la formule apparaît lorsque les parties s'entendent, quelles qu'en soient les raisons, pour un renvoi que refuse de leur accorder le juge. Le retrait du rôle est parfois préféré, dans la perspective d'un éventuel rétablissement de l'affaire, à un désistement d'instance. Il y a donc, avec le retrait du rôle à l'initiative des parties, l'organisation d'un silence « accepté » sur le plan procédural, qui ne compromet pas leurs chances d'obtenir le rétablissement de l'instance dès lors que l'une d'entre elles demande que l'affaire soit rétablie⁷⁸. Ce rétablissement du lien d'instance est également possible, alors même que l'affaire a été radiée du rôle, dès lors que les parties sont en mesure de justifier de l'accomplissement des actes de procédure⁷⁹. La radiation comme le retrait du rôle relèvent du principe de bonne administration de la justice. En effet, l'instance est suspendue sans que pour autant la durée de la suspension soit connue. Le rôle n'est donc plus encombré inutilement, et l'instance peut être rétablie dans les conditions qui ont été évoquées. L'existence des pouvoirs conférés au juge montre que le législateur a surtout voulu lui reconnaître un rôle actif

72. C. pr. civ., art. 388 al. 2.

73. *Id.*, art. 757 al. 3.

74. Natalie FRICERO, « Caducité », *J.Cl.Pro.civ.*, fasc. 680, n° 5.

75. C. pr. civ., art. 386.

76. *Id.*, art. 389 : « La péremption [d'instance] n'éteint pas l'action. »

77. *Id.*, art. 382, précisant que le retrait du rôle est ordonné « lorsque toutes les parties en font la demande écrite et motivée ».

78. *Id.*, art. 383 al. 2.

79. *Id.*

dans l'instance engagée par les parties et sans que pour autant la procédure devienne de nature inquisitoriale⁸⁰.

1.2.2 Le principe de concentration des moyens

Le Code de procédure civile invite les parties à définir leurs prétentions ainsi que les faits et le droit qui les soutiennent dès l'introduction de la demande d'instance⁸¹. Cette réalité s'accompagne de la nécessité de ne pas multiplier l'examen des moyens en dehors de l'instance au cours de laquelle ils doivent être invoqués. Le changement d'argumentaire au sein même du prétoire ressort du champ de l'obligation de concentration des moyens. Est ainsi sanctionné par la jurisprudence le comportement du plaideur qui s'abstient de soulever en temps utile un fondement juridique ou qui décide de changer de stratégie, le but étant d'inciter les parties au procès à une plus grande loyauté des débats. La Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière le 7 juillet 2006⁸², a elle-même évoqué le sens de cette exigence, en se référant au critère de concentration des moyens, dans une décision très critiquée par la doctrine. Selon ce principe, «il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci⁸³». Si ce formalisme n'est pas respecté, le demandeur n'est plus admis à contester l'identité de cause des deux demandes en invoquant un fondement juridique qu'il s'est abstenu de soulever en temps utile. La cause de la demande constitue bien l'ensemble des faits existants lors de la formation de la demande. Cette notion de cause est donc un moyen pour la Cour de cassation de réguler le flux des demandes présentées à un tribunal⁸⁴. Le devoir de ne pas se manifester à répétition devant les tribunaux, et pour une même demande, instaure donc une obligation au silence aux parties, chaque fois qu'elles souhaiteraient invoquer, pour une même affaire, de nouveaux moyens de droit. L'obligation de se taire n'a plus lieu d'être lorsque les faits qui constituent la cause de la demande ont changé⁸⁵ depuis la décision de première instance ou lorsque des événements postérieurs sont venus modifier la situation antérieurement reconnue en justice⁸⁶. Mais c'est plus

80. C. LEFORT, préc., note 62, à la page 820.

81. C. pr. civ., art. 4, 7 et 9.

82. Ass. plén. 7 juill. 2006, D. 2006.2135, note Weiller ; *R.T.D. civ.* 2006.825, obs. Perrot.

83. *Id.*

84. Natalie FRICERO, « Autorité du jugement », dans Serge GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, Dalloz, 2014, p. 1207, à la page 1221.

85. Civ. 2^e, 6 mai 2004, D. 2005.1827, obs. Douchy-Oudot ; Civ. 3^e, 25 avr. 2007, *Bull. civ.* III, n^o 63, *Procédures*, 2007.158, obs. Perrot ; *Dr. et Patr.* 2008.97, obs. Amrani-Mekki.

86. Civ. 2^e, 6 mai 2010, *Bull. civ.* II, n^o 88.

particulièrement lorsqu'elle s'efforce de cantonner le principe prétorien de concentration des moyens⁸⁷ que la Cour de cassation garantit aux parties le droit d'invoquer tous les moyens nécessaires à la défense de leurs intérêts. Pourtant, cette analyse n'est pas toujours partagée au sein des différentes chambres de la Cour de cassation. L'autorité de la chose jugée est liée à ce qui a été discuté de manière contradictoire et vérifié devant un juge⁸⁸ ; de fait, lorsque la question ou le moyen de droit n'ont pas été évoqués devant le juge, l'autorité de la chose jugée peut toutefois être retenue si la carence est imputable à la partie défaillante qui n'a pas évoqué en temps utile les moyens de défense dont elle pouvait se prévaloir. À l'inverse, lorsque le moyen de droit a été soulevé, mais n'a pas été débattu, l'autorité de la chose jugée ne saurait être retenue⁸⁹.

La Cour de cassation a étendu cette exigence de concentration des moyens au défendeur en énonçant l'interdiction qui lui est faite d'introduire une nouvelle instance en soulevant un moyen qui aurait été « omis » devant les premiers juges⁹⁰. Les plaideurs ne sont donc pas pour autant tenus de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur les mêmes faits⁹¹, sauf à imposer, à partir d'une vision très extensive de la notion de concentration des moyens, une exigence de concentration des demandes. Cela sous-entendrait que toute demande qui aurait pu être introduite relativement à la situation juridique litigieuse devrait l'avoir été dès l'instance initiale, à peine d'être déclarée irrecevable par la suite. De fait, les parties se verraient imposer implicitement le droit de se taire, y compris lorsqu'il s'agirait pour elles de former une demande reconventionnelle⁹².

Il est donc fondamental que la jurisprudence confirme son refus d'assimiler concentration des demandes et concentration des moyens. La concentration des demandes n'est admise clairement que dans la règle prud'homale de l'unicité de l'instance. Selon l'article R1452-6 alinéa 1^{er} du Code du travail⁹³, l'ensemble des demandes qui sont liées au contrat de travail entre les mêmes parties (salarié et employeur identiques) doivent faire l'objet d'une seule et unique instance, que les demandes émanent du demandeur ou bien du défendeur. La partie qui méconnaît cette règle s'expose à ce que le défendeur lui oppose une fin de non-recevoir. Cette

87. N. FRICERO, préc., note 84, n° 421.114, p. 1222 et les exemples cités.

88. Daniel TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Paris, L.G.D.J., 1975, n° 346.

89. Ass. plén. 2 nov. 1999, *Bull. A.P.*, n° 8 ; Ass. plén. 13 mars 2009, *Bull. A.P.*, n° 3.

90. Civ. 2^e, 12 juill. 2012, n° 11-20587.

91. Civ. 2^e, 26 mai 2011, *Bull. civ. II*, n° 117.

92. Philippe THÉRY, obs. sous Civ. 2^e, 25 sept. 2014, *R.T.D. civ.* 942 et 943.

93. Code du travail, art. R1452-6 al. 1.

règle ne constitue pas toutefois une interdiction générale d'introduire une nouvelle instance. Par exception en effet, selon le second alinéa du même article, ce principe d'instance unique ne joue pas dès lors que « le fondement des prétentions est né ou révélé postérieurement à la saisine du conseil de prud'hommes⁹⁴ ». Par ailleurs, l'article R1452-7 du même Code ajoute que « [l]es demandes nouvelles dérivant du même contrat de travail sont recevables même en appel⁹⁵ ».

L'efficacité recherchée dans l'administration de la justice ne doit pas prévaloir sur des principes encore plus essentiels comme le sont ceux des droits de la défense et le respect du principe du contradictoire. Il est aussi important de maintenir un accès effectif au juge d'appel pour garantir un contrôle effectif de la décision des premiers juges⁹⁶. L'appel étant conçu comme une voie d'achèvement du litige⁹⁷, il importe que soit défendue l'idée que le double degré de juridiction ne doit pas être muselé par un quelconque devoir de silence, inspiré de considérations purement économiques ou managériales.

2 Un silence encadré par la loi

Le silence de l'une des parties ne peut être que constaté par la partie adverse et le juge. Situation de fait, le silence ne peut laisser son empreinte dans le procès civil de manière définitive, car il viendrait heurter le principe de bonne administration de la justice. Il constitue par ailleurs une arme juridique à double tranchant dans la mesure où il peut se situer au cœur de la stratégie procédurale d'un requérant, alors même qu'il sera subi par l'autre partie. En tout état de cause, les manifestations de ce silence restent sous le contrôle de la loi. Au cours de l'instance, le silence des parties ne donnera pas lieu à sanction dès lors qu'il ne méconnaît pas le principe de loyauté procédurale (2.1). Dans d'autres circonstances, ce qui est objet possible de sanction n'est pas la « parole retenue », mais le fait ne pas respecter le devoir de silence et d'exprimer librement cette parole, là où précisément la loi ne l'autorise pas. L'obligation de se taire est inhérente à l'exercice des responsabilités que confère la loi aux acteurs du procès : le silence s'impose comme un devoir et relève d'un régime spécifique dans l'intérêt des parties (2.2).

94. *Id.*, art. R1452-6 al. 2.

95. *Id.*, art. R1452-7.

96. Natalie FRICERO, « Double degré de juridiction : de la "bonne justice" à la "bonne administration de la justice" », *Justice & Cassation* 2013.67, 71.

97. Jean VINCENT, « Les dimensions nouvelles de l'appel en matière civile », D. 1973.179.

2.1 Silence et loyauté procédurale

Dans le procès civil, les parties doivent adopter un certain comportement procédural et non se contenter de respecter les règles de procédure. Elles doivent être animées d'un esprit de loyauté entre elles, autrement dit d'une certaine éthique dans l'accomplissement des actes de procédure parce que «le procès n'est pas un combat comme les autres⁹⁸» où tous les coups seraient permis⁹⁹. Le silence peut avoir sa place dans le procès civil, tant sur le plan des débats que sur celui de la recherche de preuve. La loyauté procédurale est au service de la contradiction (2.1.1), ce qui implique de ne pas retenir une conception large des présomptions de renonciation en matière de procédure civile (2.1.2).

2.1.1 Loyauté procédurale et contradiction

Certains n'ont pas manqué de faire valoir que c'était peut-être «le développement réel ou prétendu de la déloyauté qui expliquerait la mise à jour d'un principe de loyauté¹⁰⁰». Des auteurs¹⁰¹ se refusent pourtant à parler de l'émergence d'un principe de loyauté dans le pouvoir d'agir en justice, tant sur le plan de la procédure civile que sur celui du droit processuel. Ce principe n'en est pas moins défendu par une partie de la doctrine¹⁰² comme un principe nouveau, alors que d'autres auteurs préfèrent s'en tenir au principe de cohérence des parties, car cette loyauté procédurale serait introuvable en matière civile¹⁰³. Sur le terrain jurisprudentiel, la CEDH sanctionne régulièrement la déloyauté procédurale¹⁰⁴ et la Cour de cassation¹⁰⁵ a sanctionné à plusieurs reprises «un comportement contraire à la loyauté des débats¹⁰⁶». Quel que soit le principe retenu, et, pour notre part, nous optons pour celui de loyauté procédurale, les parties en cause devront communiquer entre elles pour respecter le principe du contradictoire. Comme l'a si bien écrit Anne-Marie Frison-Roche, «de la même

98. Serge GUINCHARD et autres, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 1289 et les nombreuses références citées.

99. *Id.*

100. E. JEULAND, préc., note 11, n° 243.

101. Loïc CADIET, «La légalité procédurale en matière civile», B.I.C.C. 2006.636

102. Marie-Emma BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Paris, Dalloz, 2003.

103. Lionel MINIATO, «L'introuvable principe de loyauté en procédure civile», D. 2007.1035; voir aussi Soraya AMRANI MEKKI et Yves STRICKLER, *Procédure civile*, Paris, Presses universitaires de France, 2014, p. 386-390 et les références citées.

104. Sur les exemples cités et commentés par Natalie Fricero, *Dr. et proc.* 2012.8, *cahier des proc. intern.*, n°s 11-14, p. 13.

105. Civ. 2^e, 23 oct. 2003, *Bull. civ. II*, n° 326; Civ. 2^e, 4 mars 2004, *Bull. civ. II*, n° 91; Civ. 2^e, 2 déc. 2004, *Bull. civ. II*, n° 514.

106. Civ. 2^e, 2 déc. 2004, préc., note 105.

façon que l'on affirme que celui qui peut être condamné doit avoir la parole, l'on doit dire que celui qui n'a pas eu la parole ne peut être condamné¹⁰⁷». Pour autant, l'usage du silence à bon escient n'est pas condamnable et peut participer d'une véritable stratégie d'une partie au procès. Le fait d'agir en justice ou de s'y défendre constitue à la fois un droit et une liberté publique. Dans le cadre du déroulement de l'instance, l'abus de procédure permet de sanctionner un comportement procédural déloyal, même si les limites à la liberté d'agir se caractérisent prioritairement dans la sanction des manœuvres dilatoires et abusives¹⁰⁸. Il n'est pas admissible qu'une partie garde pour elle tout ou partie de son argumentaire et ses éléments de preuve pour ne les dévoiler et en opportunité qu'au dernier moment et pour surprendre, notamment, la partie adverse. Ce sont les principes même de loyauté des débats et de la célérité de la justice, qui seraient atteints dans leur substance¹⁰⁹. Le droit de la preuve est un élément fondamental du droit d'agir en justice, et c'est précisément dans le domaine probatoire que la Cour de cassation donne sa pleine dimension au principe de loyauté procédurale¹¹⁰.

Le juge saisi doit veiller à ce que le principe d'égalité des armes soit respecté. Il permet de s'assurer que les parties ont la même chance d'emporter la conviction du juge. Mais le risque est aussi que, dans un contexte conflictuel, se multiplient les manœuvres dilatoires, et la procédure civile apparaît alors non plus comme un outil de régulation du procès, mais comme une arme dirigée contre la partie adverse. En toute connaissance de cause, une partie peut choisir la stratégie de l'attente. Son silence volontaire ne sera sanctionné que s'il porte atteinte au principe même de célérité de la justice et aux droits de la partie adverse. La Cour de cassation a ainsi considéré que la résistance abusive aux demandes d'un créancier, et notamment le silence qui pouvait lui être opposé, justifie un droit à réparation distinct de l'abus du droit d'agir en justice¹¹¹.

2.1.2 Présomptions de renonciation en matière de procédure civile

Que dire alors des présomptions de renonciation en matière de procédure civile ? Peut-on considérer qu'elles expriment un silence tacite ? La

107. Marie-Anne FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, Paris, L.G.D.J., 2014, p. 35.

108. S. AMRANI MEKKI et Y. STRICKLER, préc., note 103, n° 43, p. 84.

109. Jacques VAN COMPERNOLLE, « Quelques réflexions sur un principe émergent : la loyauté procédurale », dans *Justices et droit du procès*, préc., note 62, p. 413, à la page 421.

110. Ass. plén. 7 janv. 2011, *Bull. A.P. I*, n° 1, D. 2011.562, note Fourment ; Com. 24 mai 2011, *Bull. civ. IV*, n° 82.

111. Civ. 1^{re}, 22 mars 2012, *Bull. civ. I*, n° 63.

prudence s'impose au vu des illustrations que nous en donne le Code de procédure civile. L'exécution sans réserve d'un jugement non exécutoire vaut acquiescement à la décision¹¹². Il faut se demander si une telle manifestation de volonté exprime la renonciation implicite, auquel se réfère l'alinéa 1^{er} de l'article 558 du même Code. Ce texte indique que la renonciation peut être expresse ou résulter sans réserve d'un jugement non exécutoire. Pour la jurisprudence, il s'agit d'un cas autonome d'acquiescement au jugement puisqu'il serait indépendant de la volonté de la personne qui s'exécute¹¹³. L'acquiescement doit englober la demande d'exécution¹¹⁴. Il n'y a donc pas place, avec l'acquiescement au jugement, à une renonciation abdicative de volonté et il serait alors inutile de rechercher la possibilité de rapporter une preuve contraire. Cette interprétation traditionnelle de l'acquiescement au jugement est susceptible d'évoluer¹¹⁵ et elle est souhaitable, car, dans les faits, si l'on s'exécute volontairement, alors même que la décision n'est pas exécutoire, il s'agit aussi, et de manière indirecte, de renoncer à l'exercice d'une voie de recours. Le silence de celui qui s'exécute sans réserve traduit bien l'abandon de l'exercice de ce droit.

D'une manière plus générale, l'acquiescement est le fait pour un plaideur d'accepter de se soumettre aux prétentions de l'autre. L'acquiescement à la demande entraîne reconnaissance du bien-fondé des prétentions avancées par l'adversaire et, par voie de conséquence, renonciation à l'action, tout comme l'acquiescement au jugement emporte renonciation à l'exercice de toutes les voies de recours et soumission à tous les chefs de jugement. L'existence d'une volonté abdicative (celle de s'exprimer dans un sens déterminé) ne sous-entend pas toutefois qu'il y a là une nouvelle manifestation du silence. Reconnaître les prétentions de l'autre constitue bien une forme d'expression de la partie qui acquiesce même si, *de facto*, elle renonce à agir dans un sens déterminé¹¹⁶.

On peut encore citer l'exemple de la nullité des actes pour vice de forme. L'article 112 du Code de procédure civile prévoit que la nullité des actes de procédure doit être invoquée au fur et à mesure de leur accomplissement, mais qu'elle est couverte si celui qui l'invoque a, postérieurement à l'acte critiqué, fait valoir une défense au fond ou opposé une fin de

112. C. pr. civ., art. 410 al. 2.

113. Civ. 2^e, 5 oct. 1988, *Bull. civ. II*, n° 186; Soc. 2 avril 1997, n° 95-40447, NP, *Procédures* 1997.Comm.14, obs. Perrot.

114. Les tribunaux ont ainsi considéré que le fait de recevoir un paiement non sollicité n'est pas une exécution volontaire valant acquiescement; en ce sens, voir: Civ. 2^e, 15 déc. 2005, *Bull. civ. II*, n° 324, *Procédures*, 2006.24, obs. Perrot.

115. Jacques JUNILLON, «La volonté d'acquiescer au jugement», *Procédures* 2003.13.

116. En exerçant une voie de recours.

non-recevoir sans soulever de nullité. Le plaideur qui reste trop longtemps silencieux sera considéré comme ayant totalement renoncé à invoquer la nullité. Pour éviter ce type d'incidents préjudiciable aux parties, la loi les invite à ne pas se réfugier inutilement derrière un silence qui ne pourrait être que préjudiciable à leurs intérêts. En effet, l'article 113 du Code de procédure civile prévoit que « tous les moyens de nullité contre les actes de procédure doivent être invoqués simultanément à peine d'irrecevabilité de ceux qui ne l'auraient pas été ».

2.2 Silence et secrets imposés

Le silence s'impose parfois comme une nécessité inéluctable dans l'intérêt de tous, justiciables et acteurs du procès. C'est donc le devoir de se taire qui s'impose et le non-respect du silence qui est sanctionné en cas de violation de cette obligation de se taire. Cette règle concerne tout aussi bien les personnes appelées à délibérer, les juges, que l'espace temporel consacré à cette activité (2.1.1). Les avocats sont aussi assujettis au devoir de silence au titre du secret professionnel¹¹⁷ lorsqu'ils assistent ou représentent les parties dans le procès civil (2.2.2).

2.2.1 Le secret du délibéré

La phase du délibéré est la phase secrète au cours de laquelle les magistrats devant qui une affaire a été débattue doivent se prononcer. Le recours au délibéré procéderait « d'un mystère nécessaire à l'autorité divine et charismatique de la justice¹¹⁸ ». Le secret qui s'impose aux magistrats implique, de fait, un silence auquel ils sont tenus, tant à l'égard des parties au procès qu'à l'égard du public qui a assisté aux débats ou des autres membres du personnel judiciaire non concernés par l'affaire. Dans la tradition procédurale française, l'obligation de délibérer¹¹⁹ s'impose avant tout jugement, quels que soient la matière et le nombre de magistrats appelés à

117. Le devoir de silence qui résulte du secret professionnel est évoqué ici au titre d'un secret spécifique que peuvent invoquer les avocats astreints à cette obligation de se taire. D'autres formes de secret auraient pu être évoquées ou faire l'objet de développements plus conséquents, comme le secret de la vie privée ou le secret de la vie des affaires, car ils relèvent aussi d'un contrôle de la loi. Nous avons choisi d'illustrer le silence imposé par la loi du côté des acteurs du procès, soit le juge (et le secret du délibéré) et l'avocat (et le secret professionnel).

118. Stéphane RIALS, « La fonction de juger », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique* 1989.6.

119. Le délibéré peut avoir lieu sur-le-champ après la clôture des débats, mais le président de la formation de jugement mentionnera le plus souvent à quelle date la décision attendue sera rendue, ce qui témoigne de la durée du délibéré. Voir aussi Natalie FRICERO, « Conditions relatives au délibéré », dans S. GUINCHARD (dir.), préc., note 84, p. 1170.

statuer¹²⁰. Le délibéré précède l'énoncé de la décision : il permet l'échange de points de vue entre magistrats et l'adoption d'une décision commune, quand bien même certains pourraient encore dénoncer l'état d'une apparence de délibéré¹²¹. De fait, les délibérations ont un caractère secret et ce secret s'impose aussi bien aux personnes qui participent au délibéré qu'à celles qui y assistent¹²². Les personnes directement visées par le secret des délibérations se voient imposer un devoir de silence.

Cette question du délibéré est étrangère au système de common law où il n'y a pas à proprement parler de délibéré. La décision rendue est le fruit d'opinions diverses individuelles, et elles peuvent exprimer un point de vue majoritaire ou minoritaire. Le silence ne s'impose donc pas à ceux qui expriment un point de vue qui n'est pas celui de l'opinion majoritaire. Dans les juridictions internationales, les deux pratiques existent. À la CEDH, c'est la tradition anglo-saxonne qui a été introduite. Les arrêts de cette cour indiquent donc à quelle majorité ils ont été adoptés¹²³ et les juges ont le droit de rédiger une opinion séparée, dissidente ou concordante, qui est jointe au texte de l'arrêt publié. Par contre, à Luxembourg, à la Cour de justice de l'Union européenne, la règle est inverse : les opinions séparées n'existent pas et, logiquement, les arrêts ne disent jamais s'ils ont été adoptés unanimement ou à la majorité.

Lorsque les juges peuvent faire connaître leur opinion séparée, il y a entorse au principe du secret du délibéré, et chaque juge peut être critiqué soit pour avoir implicitement approuvé la solution de la majorité, soit pour avoir explicitement divergé par rapport à celle-ci. En outre, un arrêt rendu à une faible majorité (par exemple, par quatre voix contre trois) est quelque peu affaibli¹²⁴. L'avantage principal de cette pratique est cependant de permettre d'exposer les différents points de vue possibles sur le même problème juridique, ce qui a beaucoup d'intérêt pour la communauté juridique.

La participation au délibéré d'un juge ou d'un représentant du ministère public est sujet à questionnement tant sur le terrain de l'impartialité de la juridiction saisie¹²⁵ que sur celui d'un devoir de silence qui s'imposerait au juge dans ce contexte précis. Ainsi, en matière d'expropriation, lorsque le

120. La phase de délibéré est parfois contestée lorsque le juge statue à juge unique.

121. Jean-François BURGELIN, «Les petits et les grands secrets du délibéré», D. 2001.2755.

122. C. pr. civ., art. 448 et 1479 (pour l'instance arbitrale); COJ, art. R431-7-1; devant les juridictions administratives, le même principe subsiste : Code de la justice administrative, art. R731-5 (ci-après «CJA »).

123. Unanimité, six contre un, cinq contre deux, etc.

124. Du moins quant à sa portée «psychologique», car en droit tout arrêt a la même autorité.

125. Cette question ne sera pas abordée dans le cadre de cette contribution.

juge rapporteur établit l'offre d'indemnisation, il peut participer au délibéré, car sa présence ne compromettrait pas l'exigence d'impartialité du tribunal saisi. Le juge rapporteur doit cependant s'abstenir de délibérer¹²⁶. Il est un juge qui dispose d'une certaine liberté de parole au-delà du rapport pour lequel il a été désigné ; s'il ne peut participer à la décision qui sera rendue¹²⁷, il peut toutefois conseiller la juridiction saisie. Cependant, il est important de souligner que sa non-participation au délibéré ne l'expose pas moins au devoir de silence au regard des échanges et des débats auxquels il a pu assister. Il faut par conséquent en conclure que l'exigence de confidentialité s'impose à tout magistrat, qu'il participe ou non à la formation de jugement, et préalablement à la phase de délibéré. Sont aussi concernés par cette exigence de confidentialité, et donc de silence imposé, les magistrats¹²⁸ qui participent à une session de formation et qui peuvent être amenés à assister au délibéré des juridictions de l'ordre judiciaire auprès desquelles ils font leur stage, tous comme les auditeurs de justice¹²⁹. Ce qui est couvert par le secret, ce sont les délibérations des juges¹³⁰. Cette exigence légale a pour finalité de protéger à la fois leur indépendance et l'autorité morale de leurs décisions¹³¹. L'importance accordée à la confidentialité des échanges ne se traduit pas par un régime de sanctions unique. Ainsi, selon les termes de l'article 458 du Code de procédure civile, la violation du secret du délibéré ne constitue pas pour autant une cause de nullité du jugement et l'article 449 du même Code ajoute que la décision est rendue à la majorité des voix, mais cette disposition n'est pas assortie de la sanction de nullité. En matière d'arbitrage, le secret du délibéré s'impose aux arbitres, mais la violation du délibéré ne constitue pas davantage un cas de nullité de la sentence¹³². Toutefois, le devoir de silence qu'implique le secret du délibéré en matière d'arbitrage peut être invoqué pour s'opposer à la divulgation d'une opinion dissidente, par exemple, devant une juridiction supérieure. La Cour d'appel de Paris n'a pas manqué de le rappeler en précisant que seul un accord

126. Civ. 3^e, 21 oct. 1992, D. 1993.195.

127. S. GUINCHARD et autres, préc., note 98, n° 385, p. 935.

128. Voir aussi la *Loi n° 75-631 du 11 juill. 1975 relative aux stages des magistrats et futurs magistrats étrangers*, J.O. 13 juill. 1975, p. 7236.

129. *Ordonnance n° 58-1270 du 22 déc. 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, J.O. 23 déc. 1958, p. 11551, art. 19 al. 5.

130. C. pr. civ., art. 449.

131. En ce sens : Cons. d'Ét. 17 nov. 1922, *Rec. Lebon* 849.

132. Les dispositions prescrites à peine de nullité par l'article 1480 du Code de procédure civile ne contiennent pas la règle posée par l'article 1469 du même Code qui fait état du caractère secret des délibérations pour les arbitres.

des parties et des arbitres pouvait faire échec à cette interdiction, et sous réserve que le principe ne soit pas considéré comme étant d'ordre public¹³³.

Les textes ne font par ailleurs aucunement référence à une méthode du délibéré, notamment pour déterminer qui engage le débat et à partir de quelles questions. Il semble qu'en la matière les usages¹³⁴ diffèrent selon le nombre de juges qui composent la collégialité ou selon la conception de la discussion que peuvent avoir les présidents de juridiction¹³⁵. Quelle que soit la méthode retenue, il importe que la règle du secret du délibéré ne soit pas méconnue. Il en serait ainsi s'il était fait mention dans le jugement que celui-ci n'a pas été rendu à l'unanimité.

Bien que la doctrine s'accorde assez largement sur la localisation du délibéré dans le temps du procès civil (après la clôture des débats et avant le prononcé de la décision), un doute subsiste quant au silence qu'il impose aux parties au procès. En effet, lorsque le ministère public est partie jointe au procès civil et que son représentant choisit de s'exprimer à l'audience¹³⁶, il prend la parole en dernier et les parties ne peuvent lui répondre qu'en transmettant à la juridiction saisie des notes en délibéré¹³⁷. Mais comme a pu l'écrire Guy Canivet, premier président honoraire de la Cour de cassation, la confusion est à son comble lorsque les tribunaux, et la Cour de cassation elle-même, tolèrent que ces notes de délibéré soient accompagnées de pièces qui peuvent entraîner à leur tour d'autres notes et la communication d'autres moyens de preuve¹³⁸. Ce qui devrait constituer un espace temps propice à une réflexion et un temps d'élaboration partagés entre magistrats membres de la juridiction appelée à rendre la décision se transforme en prétoire de droit commun, où, au nom du respect du contradictoire, chacune des parties en cause viendra exposer ses arguments. Le temps du délibéré n'est plus celui des débats. Le silence devrait s'imposer aux parties dans le premier cas. Le temps des débats est celui où la parole trouve sa pleine expression et où le silence des parties ne peut être qu'un choix raisonné.

133. Paris, 7 juill. 1994, *R.T.D. com.* 1995.593, obs. Loquin et Dubarry.

134. Didier CHAUVVAUX, «De la contradiction entre les juges. Réflexions sur le délibéré», dans *Juger l'administration, administrer la justice*, Paris, Dalloz, 2007, p. 175. Wanda MASTOR, «Opiner à voix basse... et se taire: réflexions critiques sur le secret des délibérés», dans *Le dialogues des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 725.

135. Pour l'arbitrage, voir: C. pr. civ., art. 1470.

136. *Id.*, art. 443.

137. *Id.*, art. 445. Le même principe s'applique devant la juridiction administrative (CJA, art. R731-3).

138. Guy CANIVET, «Comprendre le délibéré? Ou "le mystère de la chambre du conseil"», dans *Justices et droit du procès*, préc., note 62, p. 205, à la page 209.

2.2.2 Le secret professionnel

Dans le droit procédural français, et plus particulièrement en matière civile, les parties ont la faculté de se faire assister ou représenter par un avocat¹³⁹, hors les cas où la loi leur impose de le faire, notamment devant le tribunal de grande instance. La Cour de cassation a précisé que le droit à l'assistance d'un avocat est un droit fondamental à caractère constitutionnel, et qui exige que soit assuré à chacun le droit d'accès à un juge chargé de statuer sur ses prétentions, et avec l'assistance d'un défenseur¹⁴⁰. L'avocat représente son client dans les actes de procédure, mais il n'exerce pas à proprement parler l'action en justice en lieu et place. Le régime de l'assistance comme celui de la représentation sous-entendent que la partie dont les intérêts sont défendus par un avocat peut communiquer librement avec lui. Le secret professionnel auquel l'avocat est astreint l'empêche de divulguer sans l'assentiment de son client les confidences que ce dernier a pu lui faire ou de les communiquer à des tiers à qui elles ne sont pas destinées. L'avocat est donc tenu à une véritable obligation de se taire et le silence auquel il est assujéti a été institué dans l'intérêt des personnes dont il assure la défense. À ce titre, il convient de rappeler que les correspondances échangées entre avocats et qui ne comportent pas la mention « officielle » sont couvertes au titre de la confidentialité : ce qui est secret est ce qui ne doit pas être dévoilé, ce qui exclut non seulement la divulgation au public, mais aussi toute communication ou révélation privée. Le silence imposé à l'avocat prend en compte la nature des faits confidentiels dont il est le destinataire et le fait que la loi limite les circonstances où elle impose ou autorise la révélation de ces informations. L'importance du devoir de silence se traduit, sur le plan pénal, par la constitution d'un délit visé par le Code pénal au titre de l'article 226-13, la *violation du secret professionnel*¹⁴¹ et qui expose ses auteurs aux peines prévues par le même texte. Le législateur a aussi confié au Conseil national des barreaux (CNB) le soin d'unifier par voie de dispositions générales les règles et usages de la profession d'avocat¹⁴². Celui-ci a adopté par décision à caractère normatif le nouveau Règlement intérieur national de la profession (RIN) qui constitue le socle de la déontologie commune des avocats. Le secret professionnel est l'une des règles fondamentales de la profession. Il s'agit d'un devoir pour tout avocat qui, en le respectant, garantit à tout citoyen l'absence d'ingérence

139. C. pr. civ., art. 411-420.

140. Ass. plén. 30 juin 1995, D. 1995.513, note Drago et Jeol.

141. Code pénal, art. 226-13.

142. *Loi n° 71-1130 du 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques*, J.O. 5 janv. 1972, p. 131.

des pouvoirs publics dans sa défense, et ce, quoi qu'il ait pu faire. C'est une garantie majeure dans un État de droit et une obligation d'ordre public¹⁴³.

Pourtant, la Cour de cassation réserve sa propre interprétation du devoir de se taire lorsqu'il concerne l'avocat. Pour la chambre criminelle¹⁴⁴, le secret professionnel ne concernerait pleinement que la sphère judiciaire parce que son fondement réside dans le respect des droits de la défense, alors que ce secret serait relatif pour l'avocat lorsqu'il se situe dans le cadre d'une activité de négociation, de consultation ou de rédaction d'actes. Cette interprétation *contra legem*¹⁴⁵ tend à démontrer que, pour la chambre criminelle, la finalité du secret est de protéger des droits fondamentaux (les droits de la défense) et que tel n'est pas le cas lorsque l'activité de l'avocat ne touche pas à l'ordre public mais à la seule défense d'intérêts privés¹⁴⁶.

La chambre commerciale retient une conception plus étendue de ce devoir de silence inhérent au secret professionnel. Dans un arrêt rendu le 3 mai 2012¹⁴⁷, les hauts magistrats ont rappelé qu'il s'applique en toutes circonstances, que les documents aient un lien ou non avec l'affaire en cause, qu'il s'agisse de pièces relatives à la défense du client par son avocat dans le cadre du dossier, ou plus généralement de toute mission de conseil que celui-ci exerce à son encontre. La question se pose aussi sur le terrain de la preuve. Un tiers à la procédure peut avoir été amené à développer une correspondance avec un avocat et ces pièces peuvent être produites en preuve au cours d'une instance civile ou pénale. Il semble que la production en justice d'un échange de lettres, entre des tiers à la procédure et leurs avocats¹⁴⁸, n'ait pas à être autorisée par les avocats¹⁴⁹. Il y a là le rappel d'une distinction fondamentale : les règles du droit de la preuve peuvent

143. En ce sens, voir les articles 2.1, 2.2, 2.3 et 2 bis du *Règlement intérieur national de la profession d'avocat*.

144. Crim. 24 févr. 1999, D. 1999.460.

145. La *Loi n° 71-1130 du 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques*, préc., note 142, art. 66-5, modifiée par la *Loi n° 90-1259 du 31 déc. 1990 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques*, J.O. 5 janv. 1991, p. 219, prévoit que sont «[e]n toutes matières» couvertes par le secret professionnel «les correspondances échangées entre l'avocat et son client».

146. Raymond MARTIN, *Déontologie de l'avocat*, 11^e éd., Paris, LexisNexis, 2013, p. 250.

147. Com. 3 mai 2012, *Bull. civ. IV*, n° 87.

148. Civ. 1^{re}, 13 mars 2008, *Bull. civ. I*, n° 70.

149. À titre comparatif, il faut souligner que, s'agissant du droit au secret reconnu au profit des établissements bancaires (Code monétaire et financier, art. L511-33 et L571-4), la Cour de cassation considère que l'établissement bancaire ne peut valablement opposer le droit au secret lorsqu'il vise celui qui réclame la production d'une pièce, et alors même que ne sont pas affectés les droits des tiers (Com. 19 juin 1990, *Bull. civ. IV*, n° 179).

favoriser la divulgation d'une telle correspondance et le secret professionnel dont peut se prévaloir l'avocat n'est pas de nature à y faire obstacle.

Conclusion

Le silence ne peut donc être qu'une réalité factuelle, et s'exprimant sous des formes diverses dans le cadre du procès civil. Il ne s'agit donc pas de le « ranger » dans la catégorie des concepts à géométrie variable. Il ne se définit pas davantage à partir d'éléments constitutifs. La démonstration a pu être faite qu'il ne pouvait en être autrement à partir de l'instant où les parties disposent d'une certaine maîtrise de l'instance, exercée sous le contrôle du juge. Le silence cohabite à la fois avec les principes directeurs du procès civil et les droits fondamentaux des parties, engagées dans l'instance. Tantôt valorisé, tantôt sanctionné, il n'est pas l'expression d'une quelconque anarchie procédurale, mais dispose d'une valeur fonctionnelle dont les contours sont rappelés à la fois par la loi et la jurisprudence. Il n'en demeure pas moins que la vigilance s'impose sur la portée qui peut donnée au silence lorsqu'il est implicite, comme cela a été évoqué à propos des présomptions de renonciations, ou lorsqu'il vient sanctionner un retard dans l'exposé des prétentions. La célérité de la justice ne peut être acceptée par le justiciable que s'il a été en mesure de faire connaître au juge ses prétentions en temps utile et s'il peut renoncer en toute connaissance de cause à invoquer les moyens de droit et de fait qui soutiennent sa demande initiale.

L'usage du silence à bon escient n'est pas condamnable et peut participer d'une véritable stratégie des parties au procès, dès lors qu'elles n'entendent pas, dès le départ, dévoiler toutes leurs armes juridiques. Du côté des acteurs du procès civil, le silence s'impose parce qu'il est inhérent aux fonctions exercées et aux missions que la loi ou les parties leur attribuent ; ce qui est valorisé, c'est l'obligation de se taire et donc le devoir de silence ; ce qui sanctionné, c'est le fait de s'exprimer là où la loi ne le permet pas au nom de considérations supérieures, la défense d'un intérêt général ou, au contraire, celles d'intérêts strictement privés. Du côté du procès civil et de l'espace temporel qui le caractérise, *si la parole est d'argent, le silence est d'or.*