

L'ÉLABORATION PRÉTORIENNE DU RÉGIME DE L'EXCEPTION DE NULLITÉ, OU L'ÉVICTION PROGRESSIVE DES DROITS DE LA DÉFENSE

Alexis POSEZ

Docteur en droit – Chargé d'enseignement à l'Université Panthéon-Assas

Abstract: *In recent years, the French Cour de cassation appears to have begun to deny any scope to the principle whereby the nullity of the title at the origin of the action may be opposed by the defendant as long as the creditor can take action. In the course of decisions pronounced since the end of last century, the constraints imposed on the defendant have multiplied to the point where it has become almost impossible to invoke this defense, unimportant whether the action is or is not time-barred. Upon analysis, the movement seems supported by the underlying idea that the defendant has to present the nullity as a counterclaim rather than a mere defense. Yet it is difficult to understand why the debtor should be deprived of such a defense.*

1. L'exception de nullité est depuis toujours associée à l'idée de sa perpétuité. Il est certes difficile d'identifier avec certitude la source de l'adage d'origine savante *Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, tout autant qu'il l'est de dater avec précision sa traduction coutumière, d'ailleurs plus exacte, *tant dure l'action, tant dure l'exception*¹. Mais, si même l'on sait que le principe n'a été formulé qu'après la redécouverte du droit romain, il est tout aussi certain qu'il trouve son siège dans les règles qui furent édictées mille ans plus tôt, à la fin de la République romaine.

2. Dès avant notre ère, probablement avant même l'admission d'une action prétorienne destinée à permettre à la victime de manœuvres contractuelles de recouvrer son bien, l'exception de dol, comme l'exception de violence, autorisait déjà la victime restée en possession à opposer le comportement délictueux de son cocontractant aussi longtemps que celui-ci pouvait agir en paiement, c'est-à-dire alors perpétuellement². Il est vrai, comme on le relève généralement, que, une fois admise, les strictes conditions de l'action infâmante accordée à la victime d'un tel délit, qui ne pouvait notamment être introduite que dans le délai d'un an et une fois épuisée toute autre voie de droit, n'étaient pas de nature à supplanter le jeu de l'exception. Mais c'est avant tout parce que

¹ V. not. V. Giscard, *Étude sur l'origine de la maxime quae temporalia...*, th. Paris, 1888 ; H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999, n° 347.

² S'il était classiquement enseigné jusqu'au siècle dernier que tant l'*actio doli* que l'*actio metus* avaient dû précéder l'attribution d'une exception (v. par ex. R. Monier, *Manuel de droit romain*, t. II, *Les obligations*, 5^e éd., Montchrestien, 1954, nos 50 et 54), des recherches plus récentes ont montré que l'*exceptio doli* était déjà connue au début du II^e siècle avant notre ère, soit plus d'un siècle avant l'introduction des actions de dol et de violence dans la procédure formulaire (J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 625, p. 933).

cette *actio doli* ou *metus causa*, de même que plus tard la *restitutio in integrum*, ne tendait qu'à obtenir la répétition d'une exécution déjà intervenue qu'elle s'avérait sans objet pour concurrencer une exception seule à même de contrer l'action contractuelle de l'auteur des manœuvres. C'est d'ailleurs cet intérêt propre de l'exception qui commanda de maintenir son caractère perpétuel lorsque les actions du créancier finirent elles-mêmes par se prescrire.

3. Une fois formulé par les glossateurs, l'adage *Quae temporalia...* connut un sort des plus fastes. Passé dans la pratique du Palais, et signalé par la plupart des auteurs³, sa vigueur fut telle que les dispositions interprétées comme contraires de la grande ordonnance royale de Villers-Cotterêts, prise en 1539 par François I^{er} à l'effet d'établir l'un des premiers codes de procédure judiciaire en France, restèrent lettre morte (art. 134). À la suite d'un tel parcours, le seul silence des codes réformateurs ne pouvait dresser aucun obstacle à ce que la règle poursuive sa carrière dans la jurisprudence de la Cour de cassation⁴, laquelle vint finalement à la reconnaître à son tour comme principe général du droit⁵. Et si tous les codes étrangers ne se sont pas occupés de la question, au moins tous ceux qui l'ont fait ont-ils tranché pour la perpétuité⁶. Telle est, à grands traits, la force historique de l'adage. Et voilà donc le legs juridique contre lequel œuvre aujourd'hui la Cour de cassation.

4. Pour bien le comprendre, il convient de rappeler que la règle a vocation à jouer notamment chaque fois que l'action en nullité se prescrit plus tôt que l'action en paiement du créancier, c'est-à-dire hier en cas de nullité relative, et aujourd'hui encore pour toutes les nullités soumises à une prescription abrégée, telles qu'en matière de sociétés, et qu'il en va de même lorsque la prescription quinquennale de l'action en nullité commence à courir avant celle de l'action en exécution, ce qui vise spécialement les contrats à exécution successive interrompus en cours d'exécution. Avec la réduction à cinq ans du délai

³ V. not. A. Tiraqueau, *De utroque retractu municipalis et conventionali – Comment. duo*, Paris, 1543, n° 31, § 1 ; J. Imbert, *Enchiridion*, Lyon, 1559, v° Exception, p. 92 ; C. Henrys, *Plaidoyers, arrests, harangues*, Paris, 1658, in *Œuvres*, 5^e éd., 1738, par B.-J. Bretonnier et M. Terrasson, t. II, liv. IV, quest. 178, p. 961, qui s'excuse d'examiner une règle aussi triviale ; F.-I. Dunod de Charnage, *Traité des prescriptions*, 3^e éd., Briasson, 1753, 1^{re} part., chap. XII, p. 78-79 et 90 ; J.-B. Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, 9^e éd., V^{ve} Desaint, t. II, 1777, v° Exception, § 5.

⁴ Req., 20 mai 1823, in Dalloz, *Jur. gén.*, 2^e éd., t. 33, 1860, v° Obligations, n° 2939 ; 28 janv. 1833, *J.* 1833, I, col. 268 ; 1^{er} déc. 1846, *DP* 1847, I, p. 15 ; Civ., 7 janv. 1868, *DP* 1868, I, p. 123 ; Req., 21 juin 1880, *DP* 1881, I, p. 108 ; Civ., 2 avril 1946, *D.* 1946, p. 305, qui se fondent tous sur l'adage.

⁵ 3^e civ., 18 mars 1998, *Bull.*, III, n° 67 ; 2 déc. 1998, *Bull.*, III, n° 226 ; 4 oct. 2000, *Bull.*, III, n° 200 ; 2^e civ., 3 avril 2003, *Bull.*, II, n° 92 ; Com., 15 nov. 2011, n° 10-26.907.

⁶ V. par ex. C. civ. Pays-Bas (1838), art. 1490, puis *NBW* (1992), art. 3:52(3) ; C. civ. Bas-Canada (1866), art. 2246, puis C. civ. Québec (1991), art. 2882 ; anc. C. civ. italien (1865), art. 1302, puis nouv. C. civ. (1942), art. 1442, al. 4, au moins en cas de nullité absolue (comp. art. 1449, al. 2) ; C. civ. suisse, art. 521, al. 3 ; C. civ. Portugal (1867), art. 693 ; C. civ. Grèce (1946), art. 273 ; C. civ. polonais, art. 117. V. égal. en ce sens : P. Catala (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 2005, Doc. fr., 2006, art. 1130 ; et *Pour une réforme du droit des contrats*, dir. F. Terré, Dalloz, 2010, art. 84.

de l'action en nullité absolue, le problème de la survie de l'exception s'est en outre posé avec une acuité nouvelle, la prescription de l'action se trouvant acquise bien plus souvent qu'avant lorsque, pour une raison ou pour une autre, celle du créancier ne l'est pas encore⁷. Confrontée semble-t-il à un flot nouveau de litiges dans lesquels la perpétuité de l'exception est invoquée comme moyen d'échapper au paiement, la Cour de cassation a manifestement entrepris d'en restreindre le domaine⁸, soit en rappelant la force obligatoire de conditions jusque là clandestines, soit encore, plus récemment, en instaurant de toute pièce des contraintes nouvelles.

5. De là deux conséquences. D'abord, la matière est devenue d'une incroyable complexité et, par suite, d'une compréhension fort délicate, jusque semble-t-il pour les juges eux-mêmes. Au point que, devant ces complications, la question du bien-fondé de la règle s'est trouvée à nouveau posée en doctrine⁹, la Cour de cassation ayant ainsi ranimé une ancienne controverse après l'avoir paisiblement éteinte¹⁰. Ensuite, et surtout, cette jurisprudence nouvelle,

⁷ Ce qui est moins vrai de l'action en nullité relative, dont le point de départ a toujours été fixé au jour, non de la conclusion de l'acte, mais de la découverte ou de la cessation du vice du consentement. D'où cette conséquence paradoxale désormais que, contre toute logique, l'action en nullité relative se prescrit très généralement plus tard que l'action en nullité absolue.

⁸ Sur ce constat déjà : M. Bruschi, « L'exception de nullité du contrat », *Dr. & Patr.*, janv. 2000, p. 69 s., spéc. p. 70 ; P.-Y. Gautier, obs. sur 1^{re} civ., 13 févr. 2007, *RTD civ.* 2007, p. 585, où l'auteur note *in limine* : « Depuis quelques années, la première chambre civile de la Cour de cassation, qui a fait école dans les autres chambres, a décidé de mettre un terme à la carrière d'un adage qui avait traversé les siècles ». Rapp. égal. Y.-M. Serinet, *RDC* 2009, p. 1518.

⁹ V. ainsi H. Roland et L. Boyer, *loc. cit.* (*supra*, note 1) ; L. Aynès, obs. sur 3^e civ., 30 janv. 2002, *D.* 2002, SC, p. 2837 ; C. Jubault, « Les “exceptions” dans le Code civil, à la frontière de la procédure et du fond », *PA*, 15 janv. 2003, n° 34 s. ; Th. Genicon, obs. sur 1^{re} civ., 20 mai 2009, *RDC* 2009, p. 1354 ; S. Ravenne, « Pour une alternative à la perpétuité de l'exception de nullité », *RLDC*, mai 2012, p. 7 ; D. Sadi, *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, th. Paris XI, 2013, n° 429, *in fine*. En défense cep. : D. Houtcieff, obs. sur 3^e civ., 14 mai 2003, *Dr. & Patr.*, sept. 2003, p. 109 ; P.-Y. Gautier, « Faut-il porter l'estocade finale à l'adage *quae temporalia...* ? », *RDC* 2004, p. 849 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil – Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 417.

¹⁰ Contre l'adage, au moins en cas de nullité relative : A. Biret, *Traité des nullités*, A. Bertrand, 1821, t. I, p. 456 ; A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 4^e éd., C. Thorel et Guilbert, 1844, t. XII, n° 549 ; V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 5^e éd., Cotillon, t. IV, 1854, art. 1304, § III, n° 879 s. ; F. Laurent, *Principes de droit civil*, 3^e éd., A. Marescq aîné, 1878, t. XIX, n° 57 ; E. Colmet de Santerre, in A.-M. Demante, *Cours analytique de Code civil*, 2^e éd., Plon, t. V, 1883, § 265 bis, VI s. ; C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, A. Rousseau, 1900, LIV^e leçon, p. 738 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil*, dir. G. Baudry-Lacantinerie, 3^e éd., L. Larose et L. Tenin, t. XIV, *Des obligations*, t. III, 1908, n° 2039 ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, 3^e éd., Sirey, t. II, 1839, n° 360. Pour la perpétuité au contraire : Ph.-A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e éd., Roret & Garnery, t. XII, 1827, v° Prescriptions, Sect. II, § XXV, Art. I, p. 810 ; J.-B. Perrin, *Traité des nullités*, Gauthier, 1816, p. 381 ; Ch. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 5^e éd., J. Renouard *et al.*, t. VII, 1830, n° 600 s. ; V.-H. Solon, *Traité des nullités des conventions et des actes en matière civile*, Bruxelles, 1836, n° 495 ; D. et A. Dalloz, *Jurisprudence générale – Répertoire méthodique et alphabétique*, 2^e éd., t. XXXIII, 1860, v° Obligations, n° 2937 s. ; Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil*, 4^e éd., Marchal & Billard, t. VIII, 1878, § 771, n° 2 ; Ch. Demolombe, *Cours de droit civil*, t. XXIX, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. VI, A. Lahure *et al.*, 1879, n° 136 s. ;

qui peine à se trouver un fondement, porte une atteinte évidente et directe aux droits des débiteurs de se défendre en justice¹¹ : il est bien difficile d'expliquer en effet, passé la conséquence d'une règle de procédure imposée pour l'occasion, les raisons pour lesquelles un justiciable devrait se retrouver finalement contraint d'exécuter une convention entachée de nullité, quitte à ce que le juge prête ainsi la main à une obligation illicite.

6. L'atteinte est devenue d'autant plus importante qu'elle est désormais double, sévissant tant en amont, avant la prescription de l'action en nullité, qu'en aval, après son extinction. Car ce que l'on appelle rapidement *exception de nullité* recouvre en réalité deux schémas bien distincts : d'un côté, une véritable demande reconventionnelle opposée à la demande principale et visant à voir prononcer judiciairement la nullité du contrat qui fonde l'action ; de l'autre, un simple moyen de défense tendant au seul rejet au fond de la demande principale¹². Parfois confondues, ces deux figures sont pourtant nettement distinguées par les articles 64 et 71 du Code de procédure civile. Lorsque l'exception de nullité est excipée en son sens strict, comme simple défense au fond, on sait que la Cour de cassation, depuis une quinzaine d'années, applique avec une rigueur nouvelle une condition restée jusqu'alors incertaine, tenant dans l'absence de toute exécution du contrat argué de nullité. Ce qui est plus nouveau, ce sont les contraintes dorénavant introduites en amont, lorsque, la prescription de l'action en nullité n'étant pas encore acquise, une demande reconventionnelle en annulation reste possible : en cette hypothèse, plusieurs arrêts récents paraissent bien avoir imposé la voie de la reconvention, fermant ainsi celle de la simple exception.

L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, 2^e éd., G. Pedone-Lauriel, 1885, t. V, art. 1304, n° 34, p. 310 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, publ. par H. Desbois et J. Gaudemet, Sirey, 1937, p. 185 s. ; P. Esmein, in G. Ripert (dir.), *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., LGDJ, t. VI, *Obligations*, 1952, n° 310.

¹¹ Rapp. déjà Ph.-A. Merlin, *loc. cit.*, *in limine* : « rien ne paraît plus conforme à l'équité et à la raison que de faire durer le droit de se défendre aussi longtemps que dure le droit d'attaquer » ; Ch. Demolombe, *loc. cit.*, n° 137 : « C'est que la défense est le droit naturel ! c'est que, aussi longtemps que l'attaque est permise, permise doit être également la défense ! » ; et encore V. Giscard, *op. cit.* (*supra*, note 1), p. 86 : « Qui pourrait douter que le droit de se défendre, quand il est seul, dure autant que la possibilité d'une attaque ? »

¹² Sur cette dualité de l'exception de nullité, v. not. M. Storck, « L'exception de nullité en droit privé », *D.* 1987, chr., p. 67 s., spéc. p. 70 ; Y.-M. Serinet, in J. Ghestin (dir.), *La formation du contrat*, t. 2, LGDJ, 2013, n° 2293 s. ; et déjà C. Henrys, *loc. cit.* (*supra*, note 3), p. 962. Et en jurisprudence même : Ass. plén., 22 avril 2011, *Bull.*, AP, n° 4 ; *JCP* 2011, 715, note Y.-M. Serinet ; *D.* 2011, p. 1870, note O. Deshayes et Y.-M. Laithier ; *RTD civ.* 2011, p. 795, obs. Ph. Théry ; *Dr. et proc.* 2011, p. 210, obs. E. Putman ; *Rev. sociétés* 2011, p. 547, note J. Moury. *Contra*, estimant qu'il ne pourrait jamais s'agir que d'une reconvention : H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations*, 9^e éd., par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n° 326 ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil – Les obligations*, 2^e éd., t. I, *Les sources*, Sirey, 1988, n° 217 ; M. Bandrac, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, th. Paris II, 1983, *Economica*, 1986, p. 150 ; D. Vich-Y-Llado, « L'exception de nullité », *Deffrénois* 2000, art. 37256, p. 1268 ; S. Ravenne, art. préc. (*supra*, note 9) ; D. Sadi, *loc. cit.* (*ibid.*).

7. Désormais donc, le défendeur n'aurait plus le libre choix des armes, son mode de défense étant commandé par l'écoulement de la prescription de l'action en nullité : dans ce délai, la demande reconventionnelle s'imposerait ; au-delà, il ne pourrait plus s'agir que d'une exception au fond, avec les contraintes propres à cette exception. Doublement assujettie à une règle de procédure d'abord, et à une condition de fond ensuite¹³, l'exception de nullité en viendrait à ne plus se mouvoir que dans les interstices laissés par des entraves spécialement constituées pour elle, sans que leur justification se laisse toujours bien voir. On le vérifie que la nullité soit excipée comme demande reconventionnelle (I), ou qu'elle soit invoquée comme simple moyen de défense (II).

I. La nullité comme demande reconventionnelle

8. Lorsque la nullité est demandée à titre reconventionnel par le défendeur, elle est par nature soumise à toutes les conditions de recevabilité des demandes incidentes, et notamment à la prescription de l'action en annulation (A). Mais si cette dernière condition est remplie, le débiteur se trouverait désormais même empêché d'exciper de la nullité autrement que par reconvention (B).

A. La soumission aux conditions de l'action

9. La nullité est reconventionnelle dès lors que le défendeur, pour résister à l'action du demandeur principal, forme à son tour une demande, incidente, visant à voir prononcer par le juge la nullité de l'acte fondant la prétention initiale. Saisi de cette demande reconventionnelle, le juge est ainsi mis dans l'obligation de statuer, soit en prononçant la nullité, soit en rejetant la cause de nullité invoquée, de sorte que, dans un cas comme dans l'autre, cet état de l'acte se trouve revêtu de l'autorité de la chose jugée¹⁴. Strictement, le seul fait de solliciter l'annulation suffit à constituer la demande reconventionnelle, sans qu'il soit besoin à ce stade de requérir du juge le prononcé consécutif de restitutions ou de dommages-intérêts¹⁵, cet effet pouvant toujours être obtenu dans le cadre d'une nouvelle action, formée dans le délai de prescription de droit commun¹⁶ courant du jour où la décision prononçant la nullité est passée en force de chose jugée¹⁷.

¹³ Sur cette double nature procédurale et substantielle des obstacles opposés à l'exception de nullité : R. Libchaber, obs. sur 1^{re} civ., 6 juin 2001, *Defrénois* 2001, p. 1429 ; Y.-M. Serinet, *RDC* 2009, p. 1516.

¹⁴ Sur cet effet de la nullité reconventionnelle : O. Deshayes et Y.-M. Laithier, note préc. (*supra*, note 12), n° 22 ; Y.-M. Serinet, *op. cit. (ibid.)*, n° 2303.

¹⁵ H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, Sirey, t. I, 1961, n° 325. *Contra* cep. : Ass. plén., 22 avril 2011, préc. (*ibid.*), qui déduit la qualification de demande reconventionnelle de ce que le défendeur « ne se bornait pas à invoquer la nullité du protocole mais entendait voir tirer les conséquences de cette nullité en sollicitant la remise des parties dans l'état antérieur ».

¹⁶ Ce délai s'appliquant tant à l'action *de in rem verso* que, aujourd'hui, à la plupart des cas de paiement indu (v. encore 2^e civ., 4 juill. 2013, *Bull.*, II, n° 150), on ne voit pas ce qui justifierait de s'écarter de cette règle pour l'action visant à tirer les conséquences d'une nullité déjà prononcée, si même il fallait souscrire à l'idée que « les restitutions consécutives à une annulation ne relèvent pas de la

10. Lorsqu'elle est opposée par voie reconventionnelle, la demande en nullité répond en premier lieu aux conditions de recevabilité propres à toutes demandes incidentes. Certes, celle tenant dans l'existence d'un lien suffisant avec la prétention du demandeur à l'action initiale (C. proc. civ., art. 70) ne pose guère difficulté en ce cas, puisque la nullité invoquée par reconvention a précisément pour objet de démontrer le mal-fondé de la demande principale¹⁸. Mais il n'en va pas de même de l'obligation faite à l'auteur de la demande reconventionnelle de former celle-ci par voie d'assignation à l'égard des parties non présentes à l'instance (art. 68, al. 2), considérant que l'action en annulation d'un acte juridique contraint justement à attirer à la procédure l'ensemble des parties à l'acte (art. 14)¹⁹, et que le demandeur principal, qui n'émettait par hypothèse aucune contestation sur sa validité, pourrait ne pas les avoir toutes appelées. Incidemment, cette dernière exigence permet de vérifier que la demande reconventionnelle en annulation doit également répondre, en second lieu, à toutes les conditions de recevabilité applicables aux demandes formulées à titre principal, et échapper notamment aux causes de non-recevoir visées à l'article 122 du Code de procédure civile. Parmi celles-ci, la prescription de l'action en annulation fait naturellement obstacle à la recevabilité de la demande reconventionnelle qui tendrait à faire prononcer la nullité au-delà de ce délai²⁰, et l'on peut s'étonner que cette conséquence immédiate ait parfois échappé à la Cour de cassation, dont certains arrêts paraissent bien avoir retenu la perpétuité d'une nullité qui avait pourtant été opposée à titre reconventionnel²¹.

11. Mais ces conditions sont les seules auxquelles l'exception de nullité formulée par voie de demande reconventionnelle ait à se soumettre. Peu importe, en particulier, que le contrat dont il est demandé de prononcer la nullité ait déjà été exécuté, tant que le débiteur est toujours dans le délai pour agir en annulation²². Il faudrait pouvoir établir, pour qu'il en aille autrement, que cette exécution serait intervenue, de la part du débiteur, en connaissance du vice entachant l'acte et dans la volonté de le confirmer néanmoins, à considérer encore qu'une telle confirmation soit possible, ce qui implique que l'acte ne fût affecté

répétition de l'indu » (1^{re} civ., 24 sept. 2002, *Bull.*, I, n° 218, appliquant la prescription abrégée de l'article 1304 pour cette raison, précisément, qu'aucune annulation n'avait encore été prononcée).

¹⁷ Rapp. C. Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilités*, th. Paris I, 1989, LGDJ, 1992, n° 708.

¹⁸ Ce qui justifie leur recevabilité en cause d'appel : 2^e civ., 17 déc. 2009, n° 09-10629.

¹⁹ 2^e civ., 10 mai 1989, *Bull.*, II, n° 105 ; 1^{re} civ., 6 nov. 2001, *Bull.*, I, n° 268 ; Com., 16 juin 2009, *Bull.*, IV, n° 82 ; Ass. plén., 22 avril 2011, préc. (*supra*, note 12).

²⁰ V. par ex. Com., 17 nov. 1998, n° 96-20288 ; 1^{re} civ., 4 mai 2011, n° 09-1793, parmi la multitude. C'est la solution qui était donnée déjà par les anciens auteurs : C. Henrys, *loc. cit.* (*supra*, note 3) ; Ph.-A. Merlin, *loc. cit.* (*supra*, note 10), Art. II.

²¹ V. ainsi 3^e civ., 1^{er} févr. 1978, *Bull.*, III, n° 68 ; Com., 20 nov. 1990, *Bull.*, IV, n° 295 ; ou encore 2 déc. 1998, *Bull.*, III, n° 226. Et encore tout récemment : 1^{re} civ., 14 janv. 2015, n° 13-26279, publié au *Bull.* Quoique l'on puisse aussi comprendre cette dernière décision comme faisant obligation aux juges de tenir *a minima* la demande reconventionnelle comme un simple moyen de défense si l'action en nullité se trouve atteinte par la prescription.

²² 1^{re} civ., 6 oct. 1998, *Bull.*, I, n° 275 ; 4 déc. 2008, *Bull.*, I, n° 256.

que d'une cause de nullité relative. En quoi, sur ce point comme sur ceux qui précèdent, la nullité invoquée par demande reconventionnelle se distingue radicalement de l'exception de nullité opposée comme simple moyen de défense. C'est d'ailleurs cette distinction que semble avoir récemment voulu accuser un peu plus la Cour de cassation en empêchant apparemment le débiteur qui est encore dans le délai pour agir d'exciper de la nullité autrement que par reconvention.

B. L'obligation d'opter pour la reconvention

12. Autant le préciser d'emblée, l'obligation qui serait faite au débiteur d'opter pour la voie reconventionnelle est encore incertaine, la jurisprudence ne l'ayant jamais directement sanctionnée en cette forme. Mais certains arrêts récents forcent à s'interroger sérieusement sur son apparition en droit positif. De façon réitérée en effet, la Cour de cassation juge désormais que « la règle selon laquelle l'exception de nullité est perpétuelle ne s'applique que si l'action en exécution de l'obligation litigieuse est introduite après l'expiration du délai de prescription de l'action en nullité », à l'effet d'écarter l'exception de nullité soulevée une fois éteinte l'action en annulation quand elle pouvait l'être plus tôt²³. Si la formule mérite sans doute d'être explicitée, son examen autorise aussi à penser qu'elle trouve son présupposé nécessaire dans l'idée que le débiteur serait tenu de soulever la nullité par voie de demande reconventionnelle dès lors qu'il est toujours dans le délai pour le faire.

13. En soi, tout d'abord, l'énoncé impose de s'assurer que la Cour de cassation a bien voulu viser les exceptions de nullité au sens strict plutôt que dans leur sens large, lequel comprendrait aussi bien les demandes reconventionnelles. Car, force est de constater que, en toutes ces espèces²⁴, il était question, non d'un simple moyen de défense, mais de véritables prétentions formées à titre reconventionnel par le défendeur après la prescription de son action en annulation, de sorte que l'irrecevabilité de cette reconvention se justifiait en premier lieu par l'acquisition de la prescription. Mais précisément alors : dès lors qu'une demande reconventionnelle est toujours, par hypothèse, irrecevable après la prescription de l'action en annulation, la formule adoptée par la Cour de cassation ne peut avoir de sens que si elle vise en propre, ou en tout cas aussi bien, les exceptions de nullité comprises comme simples moyens de défense au fond, qui seules peuvent prétendre à la perpétuité. À défaut, la formule, appliquée aux seules demandes reconventionnelles, ne serait pas seulement inutile, elle serait tout simplement incohérente, la nullité opposée par voie de reconvention n'ayant jamais été perpétuelle. Pour éviter cette inconséquence, il faut donc entendre la règle telle qu'elle est énoncée : la nullité opposée comme simple

²³ Com., 26 mai 2010, *Bull.* IV, n° 95 ; *JCP E* 2010, 1857, note E. Richard ; *RDC* 2010, p. 1208, obs. Y.-M. Laithier ; Com., 3 déc. 2013, *Bull.*, IV, n° 176 ; *Rev. dr. banc.*, mars 2014, comm. 35, par F.-J. Crédot et Th. Samin ; *D.* 2014 ; pan., p. 2143, obs. H. Synvet. Rapp. égal. 1^{re} civ., 22 janv. 2014, n° 12-19911, implicitement. Et déjà Com., 27 oct. 1969, *Bull.*, IV, n° 309.

²⁴ Le point reste cependant incertain pour l'arrêt du 26 mai 2010, dont la motivation évoque alternativement l'irrecevabilité de « la demande en nullité » et celle du « moyen tiré de la nullité ».

moyen de défense, pourtant perpétuelle par nature, deviendrait irrecevable si, le débiteur ayant été actionné quand une action en annulation était encore possible, il s'est abstenu de demander la nullité dans ce délai. On peut trouver à vérifier *a contrario* ce sens premier de la règle dans le fait que, lorsque le défendeur n'est plus dans le temps, au jour de l'action du créancier, pour opposer la nullité par voie reconventionnelle, les juges, après avoir déclaré sa demande en annulation irrecevable comme prescrite, n'en examinent pas moins le bien-fondé du moyen soulevant l'exception de nullité²⁵.

14. Une fois acquise l'obligation du défendeur de soulever la nullité dans le délai de prescription de l'action en annulation, il reste à déterminer sous quelle forme la nullité doit être invoquée. S'agit-il d'obliger le débiteur à discuter la validité de l'acte sous quelque forme que ce soit, même comme simple moyen de défense ? Ou est-il question de l'obliger plus précisément à opposer dans ce délai une véritable demande reconventionnelle ? Poser ainsi la question, c'est peut-être déjà y répondre. Car, si l'on comprend bien que le délai de prescription de l'action en annulation s'impose à la nullité invoquée par voie reconventionnelle comme à toute demande incidente, on voit mal en revanche ce qui justifierait de soumettre à ce délai d'action un simple moyen de défense, sinon justement par voie de conséquence, pour cette raison que le défendeur a manqué à invoquer la nullité par voie d'action. D'ailleurs, outre qu'une telle solution serait dépourvue de tout fondement, elle se heurterait à la faculté laissée en principe aux parties à l'instance de soulever des moyens nouveaux jusqu'à la clôture de la mise en état. Si bien que, au bout du compte, tout porte à considérer qu'exciper de la nullité comme simple moyen de défense serait insuffisant quand la demande reconventionnelle est encore recevable : le défendeur qui s'en contente risque fort de ne plus être admis à maintenir ce moyen une fois acquise la prescription de l'action en nullité²⁶. Et de fait, s'il est vrai que les arrêts en cause ne contiennent pas cette précision, il n'en demeure pas moins, ainsi qu'on l'a dit, que tous, en dépit de l'ambiguïté de la formule, semblent avoir en réalité sanctionné le défendeur de n'avoir pas opposé une demande reconventionnelle dans le délai de prescription. À l'inverse, si l'on trouve des décisions pour avoir admis que l'exception de nullité puisse être opposée dans le délai de prescription de la nullité, leur analyse laisse voir là encore qu'il s'agissait toujours en fait de véritable demande reconventionnelle²⁷.

²⁵ Quitte à l'écartier à son tour pour des raisons qui lui sont propres : 3^e civ., 30 janv. 2002, *Bull.*, III, n° 24, *D.* 2002, SC, p. 2837, obs. L. Aynès ; 1^{re} civ., 17 juin 2010, n° 09-14470 ; *RDC* 2010, p. 1212, obs. Y.-M. Laithier.

²⁶ En ce sens : Y.-M. Laithier, obs. sur *Com.*, 26 mai 2010, préc. (*supra*, note 23), p. 1210-1211 ; S. Amrani-Mekki et J. Théron, note sous 1^{re} civ., 4 mai 2012, *Gaz. Pal.*, 8 sept. 2012, p. 26, *in fine*.

²⁷ *Com.*, 25 avril 2006, n° 05-12734, où l'emprunteur, loin de se borner à opposer la nullité du prêt, sollicitait son annulation ; 1^{re} civ. 4 mai 2012, *Bull.*, I, n° 99 ; *JCP* 2012, 821, note Y.-M. Serinet ; *Gaz. Pal.*, 8 sept. 2012, p. 26, note S. Amrani-Mekki et J. Théron ; *RTD civ.* 2012, p. 526, obs. B. Fages, où l'intimé demandait la confirmation du jugement ayant constaté, dans son dispositif, la nullité de la reconnaissance de dette.

15. Ainsi comprise, la règle introduite par la Cour de cassation se déploierait donc de la façon suivante : le moyen de défense tiré de la nullité est irrecevable dès lors que celle-ci n'a pas été opposée dans le délai de prescription de l'action en annulation quand elle pouvait l'être ; et lorsqu'elle est opposée dans le délai de l'action, la nullité doit l'être sous la forme d'une demande reconventionnelle, sous peine encore d'irrecevabilité du moyen de défense qui serait formulée à sa place. Seule résisterait encore à l'expiration du délai de prescription de l'action en annulation l'exception de nullité invoquée comme moyen de défense à une action introduite par le créancier après acquisition de cette prescription. En toute autre circonstance, si la possibilité est donnée au débiteur d'obtenir l'annulation, il doit la demander. De là cette conséquence que les armes laissées à disposition du défendeur dépendraient désormais de l'initiative de son créancier, ce qui n'est pas le moindre des paradoxes. Dès lors en effet que celui-ci agit en paiement dans le délai de l'action en annulation, le débiteur s'en trouverait contraint dans ses moyens de défense, l'exception de nullité proprement dite le cédant alors à la demande reconventionnelle. Que le créancier choisisse d'agir plus tard, en revanche, et ce sera à l'inverse la voie reconventionnelle qui disparaîtra au profit du seul moyen de défense.

16. Une telle atteinte à l'exercice des droits de la défense n'est probablement pas sans justes et graves motifs. Au premier rang de ceux-ci, on conviendra que la solution nouvelle permet de conférer, chaque fois qu'il est possible, l'autorité de la chose jugée à la nullité constatée par le juge, et à éviter ainsi la réitération éventuelle des actions fondées sur le même titre²⁸. Le défendeur, tenu de demander au juge de prononcer l'annulation, se trouve par là-même empêché, une fois statué sur cette nullité, d'introduire plus tard une action à même fin devant une autre juridiction, fût-il encore dans le délai pour ce faire. Et si le principe de concentration des moyens lui fait désormais la même interdiction²⁹, il n'est sans doute pas inutile de contraindre le débiteur, qui ne dispose plus que de l'instance introduite par son créancier pour faire valoir ses moyens, à opter d'emblée pour une action qui, à défaut, se fermerait définitivement. À quoi il convient d'ajouter que cette autorité tend à déborder de beaucoup le seul nombre des parties à l'instance, dès lors que l'existence du jugement qui prononce la nullité peut être opposée à tous ceux qui, tiers à l'acte, chercheraient encore à se prévaloir du titre anéanti³⁰.

17. Dans un même ordre d'idée, la règle peut avoir pour autre intérêt d'éviter la situation dans laquelle le défendeur opposerait l'exception de nullité à l'action du créancier en ayant déjà introduit de son côté une action en

²⁸ En ce sens : Y.-M. Serinet, *op. cit.* (*supra*, note 12), n° 2303.

²⁹ 3^e civ., 13 févr. 2008, *Bull.*, III, n° 28 ; *JCP* 2008, II, 10052, note L. Weiller ; *Dr. et proc.* 2008, p. 214, obs. M. Douchy-Oudot ; *Com.*, 12 nov. 2008, n° 08-10138.

³⁰ Sur cet effet substantiel du jugement d'annulation : M. Storck, art. préc. (*supra*, note 12), p. 68 ; J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd., Montchrestien, 2012, n° 340 s. ; C. Bléry, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, th. Caen, 1994, LGDJ, 2000, n° 467 s. ; Y.-M. Serinet, *op. cit.* (*ibid.*), n° 2297.

annulation, en sorte que le moyen de défense pourrait être repoussé alors que la nullité serait finalement prononcée par l'autre juge. Si, en un tel cas, on fait obligation au débiteur de formuler la même prétention devant le juge saisi par le créancier, alors on provoque un conflit qui se résout en cours d'instance par le jeu de l'exception de litispendance, ou *a posteriori* par la voie de la cassation pour contrariété de jugements. Enfin, de façon sans doute moins fondamentale, mais peut-être tout aussi déterminante, on observe que la règle applicable à l'exception de nullité coïncide étroitement avec l'obligation désormais faite aux parties à l'instance d'appel de présenter l'ensemble de leurs demandes dans le dispositif de leurs conclusions³¹ : contraindre le défendeur à formuler une demande reconventionnelle en annulation, c'est une autre façon de s'assurer que le juge ne prononce pas cette nullité sur la base d'un simple moyen, et de veiller ce faisant au respect des formes qui encadrent les écritures devant les juridictions du second degré.

18. Pour pertinents que puissent être ces motifs, il n'est pas sûr qu'ils suffisent à justifier toutes les incertitudes que la solution nouvelle porte en elle. En particulier, il est permis de s'interroger sur la sanction qu'il conviendrait d'appliquer si le créancier venait à introduire son action quelques jours seulement avant l'extinction par prescription de l'action en annulation³². Va-t-on vraiment imposer en ce cas au débiteur de réagir immédiatement, le cas échéant le jour même, pour formuler sa prétention visant à obtenir l'annulation du titre fondant l'action principale, sous peine de ne plus pouvoir opposer cette exception par la suite ? Ou lui accordera-t-on tout de même, pour ne pas attenter plus que de raison à ses droits de défense, les délais procéduraux prévus pour faire valoir des arguments en réponse, de sorte à lui permettre, faute de pouvoir encore saisir le juge d'une demande en annulation prescrite, d'exciper au moins de cette nullité comme moyen de défense ? À l'admettre, il en résulterait que, en dépit de la règle nouvelle, le moyen tiré de la nullité du titre pourrait toujours être opposé dans le délai de dépôt des conclusions chaque fois que l'action en annulation, encore possible au jour de l'introduction de l'action du créancier, vient à s'éteindre dans ce délai.

19. Mais quel délai retenir ? Le jour de dépôt des premières conclusions ? Quitte à ce que celles-ci, en première instance, ne soient pas déposées avant la clôture de la mise en état, voire à défaut, avant le jour de l'audience ? Et permettra-t-on alors au débiteur d'organiser sa défense jusqu'à ce jour, comme il est de principe, même s'il a précédemment notifié des conclusions qui n'arguaient pas de la nullité du titre ? Et que décider en cas d'appel ? On sait qu'il est de principe là encore que, ce recours marquant une voie d'achèvement du procès, les moyens nouveaux y soient recevables. Est-ce à dire que l'exception de nullité puisse y être soulevée pour la première fois alors même que l'action

³¹ C. proc. civ., art. 954, al. 2, rédact. décr. n° 2009-1524 du 9 déc. 2009, entré en vigueur le 1^{er} janv. 2011.

³² Sur cette difficulté, v. égal. S. Ravenne, art. préc. (*supra*, note 9), n° 26.

en annulation se serait éteinte longtemps après l'introduction de celle du créancier ? Peut-être même que la prescription de cette action n'aura été acquise qu'en cause d'appel, de sorte que le débiteur aura été mis largement en mesure d'exciper plus tôt de la nullité de l'acte, le cas échéant même sous la forme d'une demande reconventionnelle.

20. C'est ce genre de difficultés qui fait finalement douter de la volonté de la Cour de cassation d'avoir véritablement voulu dire ce qu'elle a dit, et qui force à tenir comme plausible l'hypothèse selon laquelle, en visant « la règle selon laquelle l'exception de nullité est perpétuelle », la Chambre commerciale n'aurait eu en réalité en vue que la nullité opposée sous forme de demande reconventionnelle, laquelle n'est pourtant pas perpétuelle³³. Quoi qu'il en soit de ces incertitudes, il est bien évident que celles-ci constituent déjà en elles-mêmes une contrainte pour la démonstration du défendeur, qui ne sait s'il doit ou non demander au juge de prononcer la nullité qu'il invoque en défense, et qui, dans le doute, sera toujours bien avisé de le faire. Franchirait-il d'ailleurs cette première difficulté que son exception de nullité, alors invoquée comme simple moyen de défense, devra encore répondre à d'autres conditions de recevabilité.

II. La nullité comme simple moyen de défense

21. Si l'action en nullité est prescrite – et en tout cas si elle l'est déjà au jour où agit le créancier – le débiteur doit pouvoir opposer le vice de l'acte comme simple moyen de défense au fond³⁴. Tel a toujours été du moins le sens profond de la règle selon laquelle la nullité opposée par voie d'exception est perpétuelle. À ce stade, la solution n'est donc pas différente de celle qui prévaut pour toute exception soulevée au fond (A). Mais lorsqu'elle touche à la validité du titre qui fonde l'action du créancier, l'exception opposée par le défendeur doit au surplus satisfaire à des exigences qui lui sont propres (B).

A. Le régime commun des exceptions de fond

22. Bien qu'elle ne soit guère invoquée que pour l'exception de nullité, la règle selon laquelle l'exception soulevée au fond échappe au délai de prescription de l'action s'applique en réalité à tout moyen de défense, qu'il vise ou non à opposer la nullité du titre fondant les poursuites. C'était le cas déjà en droit romain où toutes les *exceptiones*, qu'elles fussent fondées par exemple sur l'existence d'un dol ou au contraire sur celle d'une promesse, n'ont jamais été concernées par les réductions successives du délai de prescription de l'action, et

³³ V. *supra*, n° 10. L'hypothèse est d'autant moins aberrante que la Cour de cassation est coutumière en la matière des formules ambiguës (v. par ex. 1^{re} civ., 20 mai 2009, *Bull.*, I, n° 96 ; *RDC* 2009, p. 1348, obs. Th. Genicon, qui a pu laisser penser que la perpétuité de l'exception de nullité ne s'appliquait plus à la nullité absolue, avant que la précision contraire soit finalement apportée par 1^{re} civ. 24 avril 2013, *Bull.*, I, n° 84 ; *RTD civ.* 2013, p. 596, obs. H. Barbier ; *RDC* 2013, p. 1310, obs. Y.-M. Laithier ; *Dr. & Patr.*, mars 2014, p. 53, note L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck).

³⁴ V. par ex. 1^{re} civ., 27 févr. 1967, *Bull.*, I, n° 78.

c'est ce qui explique que la lettre de l'adage forgé par les romanistes ne fasse elle-même aucune distinction³⁵. Il en résulte que doivent être aussi bien admises comme perpétuelles les autres exceptions inhérentes à la dette que sont par exemple l'incident de faux³⁶, l'exception d'inexécution³⁷ ou d'exclusion de garantie³⁸, ou encore même les exceptions purement personnelles au débiteur lorsque celles-ci ne sont pas éteintes par confirmation³⁹.

23. Au fond, cette perpétuité de l'exception, qui n'est que celle du moyen de défense lui-même, ne fait que traduire, en la démontrant, l'idée selon laquelle la prescription extinctive n'affecte que le droit d'action et non le droit substantiel qui s'y attache, lequel peut toujours être opposé par le défendeur⁴⁰. C'est ce qui explique que l'article 122 du Code de procédure civile fasse de la prescription une fin de non-recevoir de l'action, sans examen de son bien-fondé, ou encore que le délai préfix, qui frappe d'extinction la substance même du droit, ne soit à l'inverse pas justiciable de l'adage *Quae temporalia...*⁴¹. Si la prescription extinctive figure encore au Code civil, siège des règles de fond, c'est en respect du colloque singulier qu'elle entretient depuis toujours avec l'usucapion, et à l'effet, pour l'essentiel, de fixer les délais applicables aux différentes espèces d'obligation régies par ce Code. Sans doute cette analyse n'a-t-elle pas toujours prévalu, à une époque ancienne surtout où le fond du droit ne se dis-

³⁵ Sur cette portée générale de l'adage : Ch. Demolombe, *loc. cit.* (*supra*, note 10), n° 137, 2° ; V. Giscard, *op. cit.* (*supra*, note 1), p. 132 ; E. Bartin, in Ch. Aubry et Ch. Rau, *op. cit.* (*ibid.*), 5^e éd., t. XII, 1922, § 771, p. 529, note 2.

³⁶ Sur ce rapprochement : H. Roland et L. Boyer, *loc. cit.* (*supra*, note 1), *in fine*.

³⁷ En ce sens : Th. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, F. Pichon, t. VIII, 1895, n° 190 ; A. Dessaux, *L'exception de nullité*, th. Paris, 1937, p. 13-14.

³⁸ V. par ex. 1^{re} civ., 21 juin 1989, *Bull.*, I, n° 246, pour une clause exclusive de garantie de l'assureur.

³⁹ En revanche, il est permis de penser que l'« exception de compensation » n'est ni une exception inhérente à la dette, ni une exception purement personnelle, parce qu'elle n'est tout simplement pas une exception au sens propre du terme. Pour obtenir compensation de sa propre créance avec celle du demandeur, le simple moyen de défense ne suffit pas en effet : il faut nécessairement former une demande visant, d'une part, à se voir reconnaître créancier pour le montant invoqué et, d'autre part, à obtenir compensation (C. proc. civ., art. 70 et 564). C'est ce qui justifie que cette exception, qui s'assimile en réalité à une demande reconventionnelle (1^{re} civ., 17 déc. 1991, *Bull.*, I, n° 355), soit soumise au délai de prescription de l'action (Com., 26 mai 1998, *Bull.*, IV, n° 172). Comp. cep. Com., 1^{er} févr. 1955, *Bull.*, III, n° 57, qui jugeait que la compensation reste une exception véritable tant qu'elle ne dépasse pas la mesure de ce que doit celui qui l'oppose.

⁴⁰ Pour cette analyse : M. Storck, art. préc. (*supra*, note 12), p. 67 ; O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, th. Saint-Étienne, 1998, PUAM, 1999, n° 307 ; O. Leroy, « La contestation du contrat », *JCP, Cab. dr. entr.* 1999, n° 4, p. 29, § 16 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *loc. cit.* (*supra*, note 9). Rapp. M. Bandrac, *op. cit.* (*supra*, note 12), p. 143 s., qui adopte cette conception processuelle au moins pour les actions en nullité. Et en jurisprudence : Req., 5 mai 1879, *S.* 1879, I, p. 313 : « la prescription n'a pas pour effet de donner à la convention prohibée une existence légale, mais elle anéantit toutes les actions tendant à en faire prononcer l'annulation ». C'est également la solution très généralement retenue dans les autres systèmes juridiques : Ch. Von Bar et E. Clive (dir.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference*, Oxford Univ. Press, 2010, vol. 2, art. 7:101, notes, II, p. 1142, et art. 7:501, notes, II, p. 1198.

⁴¹ Civ., 29 mars 1950, *Bull.*, I, n° 89 ; C. cass., 9 oct. 1992, *Bull.*, avis, n° 4 ; 1^{re} civ., 15 déc. 1998, *Bull.*, I, n° 365 ; Com., 31 mars 2004, *Bull.*, IV, n° 67.

tinguait pas du droit d'action. Mais depuis lors, les règles de procédure se sont nettement détachées des règles de fond, et rien ne justifie mieux désormais la survie de l'exception que l'idée que la substance du droit persiste au fond, en dépit de la prescription de l'action, fût-ce sous la forme d'une obligation naturelle ou, pour mieux dire, d'une obligation imparfaite, puisque privée de son droit d'action.

24. Quant à son régime procédural, l'exception de nullité, comprise comme défense au fond (C. proc. civ., art. 71), n'est plus, c'est à présent entendu, une demande reconventionnelle ou incidente (art. 63 s.), puisqu'elle ne vise pas à faire prononcer la nullité. Mais elle n'est pas non plus une exception de procédure au sens de l'article 73 du Code de procédure civile, qui impliquerait que la cause de nullité affecte un acte de procédure et non le titre fondant la créance, pas plus qu'elle n'est, à plus forte raison, une fin de non-recevoir au sens de l'article 122 du même Code, si même son régime apparaît sensiblement le même, puisqu'elle suppose, contrairement à celle-ci, un examen sur le fond du droit⁴². Il est vrai que, comme l'action, la défense peut être attitrée, et l'intéressé être alors empêché de s'en prévaloir faute de qualité à ce faire : ainsi l'exception de nullité relative, qui est purement personnelle, n'appartient-elle, même sous cette forme, qu'au contractant dont le consentement aurait été vicié⁴³. Il n'est pas contestable non plus que, comme l'exception de procédure et certaines fins de non-recevoir, l'exception de nullité du titre peut, au moins lorsqu'elle est de pur droit, être relevée d'office par le juge, si même celui-ci ne peut la prononcer dans son dispositif sans méconnaître l'objet du litige. Mais il reste que, parce que la défense est soulevée au fond, elle peut l'être en tout état de cause (C. proc. civ., art. 72), contrairement aux exceptions de procédure (art. 74), et qu'elle peut même l'être à hauteur d'appel (art. 563), sans avoir à justifier des conditions de recevabilité des demandes nouvelles⁴⁴. À quoi il convient d'ajouter que cette exception peut aussi bien être invoquée par le défendeur originaire que par le demandeur principal qui chercherait à s'opposer par là à une demande reconventionnelle de son adversaire⁴⁵, peu important en ce cas que son action initiale, dont l'objet était déjà d'obtenir l'annulation de l'acte disputé, ait été déclarée irrecevable comme prescrite⁴⁶.

⁴² *Contra* : R. Libchaber, obs. préc. (*supra*, note 13), et note sous Com., 10 nov. 2009, *Rev. sociétés*, 2010, p. 99, n° 7.

⁴³ En ce sens : M. Storck, art. préc. (*supra*, note 12), p. 68 ; P. Lipinski, note sous 3^e civ., 10 mai 2001, *D.* 2001, p. 3156, n° 5.

⁴⁴ Pour la recevabilité de l'exception de nullité à toute hauteur de la procédure en première instance : 1^{re} civ., 6 janv. 1976, *Bull.*, I, n° 5 ; 3^e civ., 16 mars 2010, *Bull.*, III, n° 63 ; *RTD civ.* 2010, p. 374, obs. R. Perrot ; *RDC* 2010, p. 1208, obs. Y.-M. Laithier. Et pour l'exception soulevée pour la première fois en cause d'appel : Com., 30 oct. 1973, *D.* 1974, SC, p. 26 ; Com., 11 oct. 1988, n° 86-16227.

⁴⁵ 1^{re} civ., 1^{er} déc. 1998, *Bull.*, I, n° 338 ; *Deffrénois* 1999, p. 364, obs. J.-L. Aubert ; *JCP* 1999, I, 171, obs. M. Fabre-Magnan ; 3^e civ., 23 oct. 2013, n° 12-30129. Si certains arrêts paraissent avoir affirmé le contraire (1^{re} civ., 12 juill. 2005, *Bull.*, I, n° 327 ; 14 nov. 2006, *Bull.*, I, n° 482), leur analyse révèle que le défendeur ne soulevait en réalité aucune demande reconventionnelle.

⁴⁶ Com., 15 nov. 2011, n° 10-26907.

25. Ce régime de l'exception de nullité, qui n'est que celui de toute exception véritable, pourra peut-être sembler libéral. Mais il correspond au fond à la nécessité de préserver les droits de la défense et, à travers eux, à la préférence accordée par le droit aux situations acquises, laquelle commande d'attribuer au défendeur les armes les plus efficaces pour s'opposer à la subversion, même légitime, que tend toujours à réaliser l'action en justice. C'est sans doute pour avoir perdu ces exigences de vue que la Cour de cassation a récemment entrepris de doter l'exception de nullité d'un régime spécial.

B. Le régime spécial de l'exception de nullité

26. Il était traditionnellement admis que l'exception de nullité puisse être opposée à toute espèce d'action, même autre qu'en exécution, dès lors que fondée d'une manière ou d'une autre sur l'existence d'un titre. La jurisprudence acceptait ainsi d'examiner le moyen tiré de la nullité de l'acte juridique en défense, notamment, à une action en responsabilité⁴⁷ ou même en résolution pour inexécution⁴⁸. Cette solution paraît toutefois avoir été remise en cause par la Chambre commerciale de la Cour de cassation qui, par un arrêt publié au *Bulletin*, vient d'affirmer de la façon la plus générale, en substituant d'office ce motif de pur droit à celui critiqué par le pourvoi, que « l'exception de nullité ne peut être invoquée que pour faire échec à une demande d'exécution d'un acte juridique », à l'effet d'écarter l'exception de nullité opposée à l'action en constatation de validité d'une délibération d'assemblée générale d'associés⁴⁹. Ce n'est pas, aux yeux des conseillers, que la délibération d'une assemblée générale ne serait plus un acte juridique, mais bien que l'action en constatation de validité ne pourrait se voir opposer aucune exception de nullité parce qu'elle n'est pas une action en exécution.

27. Ainsi posée, néanmoins, on peut douter que la règle nouvelle puisse sérieusement prospérer, tant on peine à concevoir que la nullité d'un acte juridique ne puisse plus être opposée à l'action qui tend précisément à en faire constater la validité ou qui, d'une manière ou d'une autre, repose sur ce

⁴⁷ 1^{re} civ., 17 juin 2010, préc. (*supra*, note 25).

⁴⁸ 3^e civ., 1^{er} févr. 1978, *Bull.*, III, n° 68 ; et 10 mai 2001, *Bull.*, III, n° 61, *D.* 2001, 3156, note P. Lipinski, pour la résolution d'une vente ; 3^e civ., 16 mai 1973, *Bull.*, III, n° 351, pour la résiliation d'un bail ; Com., 17 janv. 2012, n° 11-10641, pour la résiliation d'un contrat de bière. Étant toutefois précisé que l'exception de nullité opposée à une demande de résolution pour inexécution, si elle est de nature à mettre obstacle à la demande de dommages-intérêts qui l'accompagne, est sans effet pour s'opposer aux demandes d'anéantissement et de restitution consécutive, puisqu'elle tend précisément aux mêmes fins. Le créancier qui s'est exécuté n'a donc pas à craindre de ce point de vue l'exception de nullité que chercherait à lui opposer le débiteur. *Contra* : Y.-M. Laithier, obs. sur 1^{re} civ., 17 juin 2010, préc. (*supra*, note 25). Le risque n'existerait que si l'exception tendait à faire constater une nullité partielle de l'acte, portant sur les seules clauses qui fondent l'action principale en résolution. Mais par hypothèse, dans un contrat synallagmatique, l'anéantissement partiel des obligations dont l'inexécution fonde la résolution emporte également les prestations réciproques servies par le créancier, lui ouvrant ainsi droit à restitution.

⁴⁹ Com., 15 mai 2012, *Bull.*, IV, n° 102 ; *Rev. sociétés* 2013, p. 38, note E. Naudin.

présupposé. Tout ce qu'il est possible d'affirmer, c'est que les juges ne pourront pas prononcer la nullité dans le dispositif de leur décision si cette demande ne leur est pas faite, ou que celle-ci se trouve prescrite. Mais à partir du moment où l'objet du litige porte justement sur la validité de l'acte, on voit mal que le défendeur ne soit pas admis à en débattre. Si bien que, sauf à ce que les autres formations de la Cour de cassation viennent à reprendre cet énoncé à leur compte, il est permis de penser, sinon d'espérer, que la formule est destinée à rejoindre ces solutions inédites et isolées que la Chambre commerciale édicte parfois en matière procédurale.

28. L'autre condition spéciale posée à la recevabilité de l'exception de nullité est autrement problématique car unanimement reçue comme ayant valeur positive, l'effort jurisprudentiel ayant consisté ici à étendre toujours plus son empire. Depuis ces quinze dernières années, les décisions se multiplient en effet qui rappellent que l'exception de nullité ne peut être invoquée par le défendeur si l'acte critiqué a déjà été exécuté, que cette exécution soit totale⁵⁰ ou même simplement partielle⁵¹. Chaque fois donc que l'acte argué de nullité n'est pas resté lettre morte, le débiteur serait tenu d'en demander l'annulation, serait-ce par voie de reconvention, dans le délai de prescription de l'action en nullité. Cette exigence n'est certes pas nouvelle, puisqu'on en trouve trace déjà

⁵⁰ 1^{re} civ., 14 mars 1979, *Bull.*, I, n° 93 ; 2^e civ., 3 avril 2003, *Bull.*, II, n° 92. Rapp. déjà en même sens Com., 20 mars 2007, n° 05-20846. La solution se justifiait pourtant simplement, et bien mieux, par le fait que la contestation des délibérations d'assemblée générale est soumise à un délai préfix dont l'expiration emporte validation sur le fond de l'assemblée litigieuse (3^e civ., 27 mai 1974, *Bull.*, III, n° 223). Il est vrai qu'un autre arrêt avait déjà affirmé que « la règle selon laquelle l'exception de nullité est perpétuelle ne peut être invoquée qu'en tant que moyen de défense opposé à une demande d'exécution d'un acte irrégulièrement passé » (1^{re} civ., 4 mai 2011, n° 09-17393), mais pour se borner à constater que la demande reconventionnelle en nullité était prescrite.

⁵¹ Concernant le plus souvent un contrat à exécution successive, qu'il s'agisse d'invoquer la nullité d'un prêt partiellement remboursé (1^{re} civ., 1^{er} déc. 1998, préc., *supra*, note 45 ; 9 nov. 1999, *Bull.*, I, n° 298 ; *JCP* 2000, II, 10335, note Ch. Seraglini ; 13 mars 2001, *Bull.*, I, n° 70 ; 30 oct. 2013, n° 12-15293), ou de sa stipulation d'intérêts (Com., 6 juin 2001, *Bull.*, IV, n° 113 ; *Deffrénois* 2001, p. 1429, obs. R. Libchaber ; 1^{re} civ. 6 nov. 2001, *Bull.*, I, n° 268 ; 25 mars 2003, *Bull.*, I, n° 88), celle d'une vente à tempérament (3^e civ., 10 mai 2001, préc., *supra*, note 48), d'une opération de crédit-bail (3^e civ., 30 janv. 2002, préc., *supra*, note 25 ; 3^e civ., 10 juill. 2002, n° 01-01127), d'une prestation de conseil (1^{re} civ. 13 févr. 2007, *Bull.*, I, n° 57 ; *RTD civ.* 2007, p. 585, obs. P.-Y. Gautier), d'un contrat de bière (Com., 17 janv. 2012, n° 11-10641), d'une convention d'exercice libéral de médecins au sein d'une clinique (1^{re} civ., 17 juin 2010, *Bull.*, I, n° 136 ; Com., 15 janv. 2013, *Bull.*, IV, n° 12 ; *D.* 2013, p. 539, note B. Dondero ; *Bull. Joly*, mars 2013, § 99, p. 197, note H. Le Nabasque ; *Rev. sociétés* 2013, p. 494, note J.-J. Ansault), ou encore d'un contrat d'assurance lorsque l'assuré a déjà indemnisé le souscripteur (2^e civ., 19 oct. 2006, *Bull.*, II, n° 276). Mais il peut également s'agir de l'exécution partielle d'un contrat à exécution instantanée : v. ainsi 1^{re} civ., 5 mars 2002, *Bull.*, I, n° 76, pour l'exécution d'une transaction tenant dans la cessation du versement de la redevance d'exploitation d'une œuvre littéraire ; 6 déc. 2005, *Bull.*, I, n° 470, pour une vente dont le prix n'avait pas été payé, l'arrêt assimilant à cet effet l'exception de simulation à une exception de nullité ; 13 févr. 2007, *Bull.*, I, n° 58, pour l'exécution combinée d'une cession de parts sociales et d'une transaction consécutive.

au XIX^e siècle dans quelques rares arrêts de la Cour de cassation⁵², et que certains auteurs s'en faisaient alors l'écho⁵³. Mais jamais sa portée n'a atteint celle qui est aujourd'hui la sienne en jurisprudence, où la condition d'inexécution est invoquée chaque fois qu'il est possible pour mettre obstacle à l'exception de nullité opposée par le défendeur⁵⁴. Cette création prétorienne paraît même désormais si bien assise que les principaux projets de réforme du droit des obligations se proposent de l'inscrire dans le marbre du Code civil⁵⁵.

29. Pour bien en comprendre la portée, il importe de mesurer l'étendue de cette exigence. Il est bien entendu, ainsi que l'on vient de le voir, qu'il est sans incidence que l'exécution en cause ne soit que partielle, ne serait-ce que parce que, dans le cas contraire, il n'y aurait plus d'action en exécution à laquelle opposer l'exception de nullité⁵⁶. Mais il n'est pas moins symptomatique de relever que la condition d'inexécution s'impose à l'égard de toute nullité, que celle-ci soit relative ou même absolue⁵⁷; que l'exécution n'a pas à être nécessairement volontaire, dès lors que l'on n'y recherche pas l'existence d'une confirmation⁵⁸; et qu'elle peut même porter sur une autre obligation que celle arguée de nullité⁵⁹, voire sur un autre contrat⁶⁰, pour autant du moins que l'on puisse établir l'existence d'un rapport de principal à accessoire entre la prestation exécutée et celle dont la validité est contestée. À quoi il convient d'ajouter que, pour les contrats de prêt, c'est-à-dire ceux-là mêmes qui forment la plus grande masse du contentieux en la matière, le commencement d'exécution se résume en fait au prélèvement automatique réalisé par la banque à la première échéance de remboursement⁶¹. Sur cette pente, il n'y a donc pas lieu de s'étonner que l'on

⁵² Req., 20 avril 1831, in D. et A. Dalloz, *loc. cit.* (*supra*, note 10), n° 2941, 2°; 5 avril 1837, S. 1837, I, col. 434; 1^{er} déc. 1846, DP 1847, I, p. 15; 21 juin 1880, DP 1881, I, p. 108.

⁵³ V. not. Ch. Toullier, *loc. cit.* (*supra*, note 10), n° 602; D. et A. Dalloz, *loc. cit.* (*ibid.*); Ch. Demolombe, *loc. cit.* (*ibid.*), n° 138; F. Laurent, *op. cit.* (*ibid.*), n° 60; L. Larombière, *loc. cit.* (*ibid.*), p. 311.

⁵⁴ La jurisprudence administrative en revanche ne la connaît pas, qui ne se fait aucun scrupule à accueillir l'exception de nullité opposée à un contrat déjà exécuté, en tout cas lorsque cette exécution n'a été que partielle. V. sur ce point J.-F. Lafaix, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th. Paris I, 2007, Dalloz, Nouv. bibl. th., vol. 87, 2009, n° 567 s.

⁵⁵ P. Catala (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 2005, Doc. fr., 2006, art. 1130, al. 2; et *Pour une réforme du droit des contrats*, dir. F. Terré, Dalloz, 2010, art. 84, al. 2.

⁵⁶ Sauf à ce qu'il soit précisé que l'exécution totale doit seulement émaner de l'excipiens. Mais cette précision n'est justement pas apportée par la jurisprudence : *infra, eod. num.*

⁵⁷ 1^{re} civ., 24 avril 2013, préc. (*supra*, note 33).

⁵⁸ 3^e civ., 14 mai 2003, *Bull.*, III, n° 103; *Dr. & Patr.*, sept. 2003, p. 109, obs. D. Houtcieff; 3^e civ., 9 nov. 2011, n° 10-30688; 1^{re} civ., 15 janv. 2015, nos 13-25512 et 13-25513, publié au *Bull.*, pour un prêt remboursé dans l'ignorance de sa nullité. Pour ce rappel : Y.-M. Serinet, *op. cit.* (*supra*, note 12), n° 2556.

⁵⁹ Com., 13 mai 2014, *Bull.*, IV, n° 84, pour la nullité de la stipulation d'intérêts excipée par l'emprunteur postérieurement à la constitution par celui-ci des diverses garanties prévues au contrat au profit du prêteur.

⁶⁰ 1^{re} civ., 3 juill. 2001, *Bull.*, I, n° 201; *JCP* 2001, I, 370, obs. Y.-M. Serinet, pour la nullité d'un cautionnement écartée par suite du remboursement partiel du contrat de prêt qu'il venait garantir.

⁶¹ V. par ex. Com., 6 juin 2001, ou 1^{re} civ., 25 mars 2003, préc. (*supra*, note 51).

en vienne à se demander s'il importe bien en définitive que l'exécution émane de l'*excipiens*, considérant que plusieurs arrêts semblent bien lui avoir interdit de se prévaloir de la nullité d'un contrat qui n'avait été exécuté que par son créancier⁶². Signe de cette omnipotence, la condition d'inexécution est devenue si envahissante qu'il n'est pas rare de la voir servir de fondement là où elle est pourtant sans application, à l'effet de repousser des demandes en annulation qui étaient en réalité atteintes par la prescription⁶³.

30. Or cette condition, que la jurisprudence voudrait voir partout prévaloir, ne va pas sans poser de sérieuses difficultés. On sait ainsi que, pour les contrats à exécution instantanée, l'exécution est susceptible d'intervenir *solo consensu*, et qu'il en va notamment ainsi chaque fois que le contrat est translatif, extinctif ou modificatif de droit. Doit-on vraiment alors, comme la Cour de cassation a pu le juger⁶⁴, se contenter de constater la formation du contrat pour empêcher l'intéressé d'opposer la nullité par voie d'exception⁶⁵ ? Quant aux contrats à exécution successive, leur sort ne paraît beaucoup mieux préservé. La condition d'inexécution emporte cette curieuse conséquence que le débiteur va se trouver contraint d'exécuter pour l'avenir un contrat nul et de nul effet, et la justice devoir ainsi prêter la main à un engagement dont l'illégalité est pourtant hors de doute⁶⁶. Il est vrai que, pour éviter cette conséquence, la jurisprudence a eu l'occasion de faire exception par le passé à la rigueur de la condition d'inexécution appliquée au contrat à exécution successive à l'effet de permettre au défendeur d'exciper de la nullité du contrat en dépit des paiements déjà intervenus aux termes échus⁶⁷, suivant en cela l'opinion des auteurs qui observaient que cette solution était la seule qu'autorisait l'exigence de *statu quo* à l'origine de la règle⁶⁸, ou de ceux qui préconisaient de l'appliquer au moins pour les contrats

⁶² V. ainsi 3^e civ., 30 janv. 2002, préc. (*supra*, note 25), qui s'attache à relever le commencement d'exécution du crédit-bail par le créancier au lieu de constater que le crédit-preneur, qui était l'*excipiens*, avait commencé à verser ses loyers ; 1^{re} civ. 13 févr. 2007, préc. (*supra*, note 51), qui a égard à l'exécution de la prestation par le créancier agissant en paiement. Comp. cep. Com., 13 mai 2014, préc. (*supra*, note 58), qui prend la peine de préciser que les actes d'exécution sont intervenus à la demande du débiteur et non du créancier.

⁶³ 1^{re} civ., 5 mars 2002, préc. (*supra*, note 51) ; 6 déc. 2005, préc. (*ibid.*) ; 3^e civ., 8 févr. 2006, *Bull.*, III, n° 30 ; 2^e civ., 19 oct. 2006, préc. (*ibid.*) ; 3^e civ., 10 juill. 2007, n° 06-20129.

⁶⁴ 1^{re} civ., 6 déc. 2005, préc. (*supra*, note 51).

⁶⁵ Sur ce problème : Th. Genicon, obs. préc. (*supra*, note 9) ; S. Ravenne, art. préc. (*ibid.*), n° 27.

⁶⁶ Sur cette autre difficulté : P.-Y. Gautier, chr. préc. (*supra*, note 9), n° 6. De là cette initiative du législateur qui, en vue de permettre au preneur à bail commercial d'échapper à la prescription biennale pour exciper de la nullité de la clause portant atteinte à son droit à renouvellement le jour où celle-ci lui sera opposée, est venu préciser que cette clause n'était plus nulle mais réputée non écrite (C. com., art. L. 145-15 et L. 145-16, rédact. L. 2014-626 du 18 juin 2014), comme s'il devait couler de source que cette nouvelle formulation impliquait de soustraire désormais l'action du locataire au délai général de prescription posé à l'article L. 145-60 du Code de commerce.

⁶⁷ V. par ex. 3^e civ., 16 mai 1973, *Bull.*, III, n° 351, pour l'exception de nullité soulevée contre une action en résiliation fondée sur la mauvaise exécution de travaux partiellement réalisés par le locataire ; ou 2 déc. 1998, *Bull.*, III, n° 226, pour la nullité opposée à une action en paiement de loyers jusqu'au terme prévu au bail.

⁶⁸ M. Storck, art. préc. (*supra*, note 12), p. 70 et 72.

à prestations réciproques et périodiques pleinement exécutées pour le passé⁶⁹. Mais elle semble s'être depuis ravisée⁷⁰. Au demeurant, cette dérogation n'a jamais valu pour le contrat de prêt à intérêt⁷¹, dont l'exécution par l'emprunteur est certes de nature plus continue que successive⁷², mais sans que ce fractionnement du remboursement n'explique franchement la raison pour laquelle il conviendrait que le débiteur satisfasse, pour l'avenir, au paiement d'une stipulation d'intérêts illicite.

31. On aurait tort de penser que ces complications ne concerneraient que quelques rares contentieux. Ainsi qu'on a pu le faire remarquer en effet⁷³, il est bien peu de contrats qui, à la date au-delà de laquelle la nullité ne peut plus être invoquée que par exception, n'ont fait l'objet d'aucune exécution, de sorte que, au bout du compte, la condition d'inexécution totale tend en réalité à faire obstacle à la plupart des nullités qui pourraient encore être invoquées par voie d'exception⁷⁴. Sans doute le créancier qui s'est exécuté mérite-t-il quelque considération lorsqu'il se retrouve, une fois l'action en annulation prescrite, confronté à un débiteur qui, ayant reçu sa part, entend opposer la nullité du titre pour refuser de s'exécuter à son tour⁷⁵. Mais, lors même que le créancier ne pourrait plus agir en annulation, il sera toujours recevable à se prévaloir de l'inexécution de son cocontractant pour obtenir la résolution de son engagement, et la restitution consécutive de la prestation qu'il aura servie⁷⁶. Plus généralement d'ailleurs, la solution à ce problème particulier doit-elle vraiment passer par l'introduction d'une condition dont le champ d'application dépasse de loin le motif qui l'a appelée ? En réalité, on se défend mal de l'idée que cette exigence à l'aspect faussement technique a pour seule raison d'être de vider le contentieux de la légalité des actes juridiques après prescription de l'action en annulation, quitte à faire litigieuse à cette fin des droits du débiteur de se défendre en justice. C'est ce

⁶⁹ M. Bruschi, art. préc. (*supra*, note 8), p. 73 ; J.-L. Aubert, « Brèves réflexions sur le jeu de l'exception de nullité », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 19.

⁷⁰ Com., 3 avril 2007, *Bull.*, IV, n° 109, s'agissant de la nullité de la clause statutaire d'un contrat de société qui obligeait les associés au paiement d'une redevance.

⁷¹ V. par ex. Com., 6 juin 2001, préc. (*supra*, note 51). Et ce alors même que le droit de l'Union fait pourtant obligation aux juges nationaux de relever d'office la nullité de la clause abusive, peu important que le contrat de consommation ait reçu un début d'exécution et que le demandeur ne forme aucune demande en ce sens : CJCE, 21 nov. 2002, aff. C-473/00 ; 4 juin 2009, aff. C-243/08 ; CJUE, 21 févr. 2013, aff. C-472/11.

⁷² J.-L. Aubert, obs. sur 1^{re} civ., 16 juill. 1998, *Deffrénois* 1998, p. 1413, et J. Mestre, *RTD civ.* 1999, p. 621.

⁷³ P.-Y. Gautier, obs. préc. (*supra*, note 8), p. 587.

⁷⁴ Sur ce constat de l'éviction systématique du jeu de l'adage *Quae temporalia...* : D. Houtcieff, obs. préc. (*supra*, note 9) ; Y.-M. Serinet, *op. cit.* (*supra*, note 12), n° 2551.

⁷⁵ Puisqu'à cette hypothèse tiendrait le renouveau actuel de la condition d'inexécution au sein de l'exception de nullité : v. J.-L. Aubert, art. préc. (*supra*, note 69), *in limine*.

⁷⁶ En ce sens : M. Storck, art. préc. (*supra*, note 12), p. 72.

caractère quelque peu factieux de la condition d'inexécution qui, au fond, a concentré contre elle la plupart des critiques dont elle a fait l'objet⁷⁷.

32. Au-delà de ces difficultés, l'irrecevabilité de l'exception de nullité opposée après un commencement d'exécution présente au surplus une autre infirmité congénitale : c'est qu'on ne lui a jamais découvert aucune explication satisfaisante. Certaines de ces tentatives sont déjà anciennes, et c'est notamment le cas de celle qui consiste à déduire du commencement d'exécution la volonté du débiteur de confirmer son engagement⁷⁸. Or, si l'explication est sans doute susceptible de valoir en certaines circonstances, et que quelques décisions ont pu entretenir la confusion⁷⁹, il reste que le commencement d'exécution met obstacle à l'exception de nullité sans égard pour l'intention de son auteur⁸⁰, pouvant aussi bien intervenir avant que l'intéressé ait eu connaissance du vice de son consentement, au point que, ainsi qu'on l'a vu, l'exécution pourrait éventuellement émaner d'un autre que lui⁸¹; que cette fin de non-recevoir opère également en cas de nullité absolue, pour laquelle aucune confirmation n'est possible⁸²; et que si telle était l'explication, l'exception d'exécution s'opposerait de la même façon à l'action en annulation et jouerait dès avant l'acquisition de la prescription, ce qui n'est pas le cas⁸³.

33. Il a parfois été soutenu encore que la règle *Quae temporalia...* ne serait qu'une application particulière du principe plus général exprimé par l'adage *Contra non valentem agere non currit praescriptio*, en ce que le débiteur serait mis dans l'impossibilité d'agir en annulation, faute d'intérêt, tant que rien n'a été payé qui soit susceptible de répétition⁸⁴. D'où il résulterait que, une fois le contrat exécuté en revanche, plus rien ne s'opposerait à la prescription de l'exception. Mais cette explication ne correspond pas au régime de l'exception de nullité, dont il ne s'agit pas de suspendre la prescription, puisqu'il est question de l'écarter purement et simplement quelle que soit la date à laquelle est intervenue l'exécution. De toute façon, l'absence d'exécution ne prive pas le débiteur de son intérêt à agir en annulation, même sans restitution, dès lors qu'il demeure sous la menace du titre. Et puis une telle justification n'expliquerait

⁷⁷ V. not. P.-Y. Gautier, art. et obs. préc. (*supra*, notes 8 et 9). Et en cas au moins d'exécution partielle : M. Fabre-Magnan, obs. sur 1^{re} civ., 1^{er} déc. 1998, *JCP* 1999, I, 171 ; O. Leroy, art. préc. (*supra*, note 40), nos 14 et 41 ; M. Bruschi, art. préc. (*supra*, note 8), p. 73 ; D. Vich-Y-Llado, art. préc. (*supra*, note 12), p. 1271.

⁷⁸ V. en ce sens V.-H. Solon, *op. cit.* (*supra*, note 10), n° 456 ; Ch. Demolombe, *loc. cit.* (*ibid.*), n° 137, 3° d, en cas d'exécution suivie d'un délai de dix ans ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *loc. cit.* (*ibid.*).

⁷⁹ Com., 13 déc. 1976, *Bull.*, IV, n° 319 ; ou encore 1^{re} civ., 14 mars 1979, *Bull.*, I, n° 93.

⁸⁰ V. ainsi 3^e civ., 14 mai 2003, préc. (*supra*, note 58), qui censure l'arrêt qui avait cru devoir s'arrêter à l'absence de toute connaissance du vice par l'auteur de l'exécution.

⁸¹ V. arrêts préc., *supra*, note 62.

⁸² 1^{re} civ. 24 avril 2013, préc. (*supra*, note 33).

⁸³ V. par ex. 2^e civ., 4 déc. 2008, *Bull.*, II, n° 256 ; et 1^{re} civ. 4 mai 2012, préc. (*supra*, note 27).

⁸⁴ Ch. Toullier, *loc. cit.* (*supra*, note 10), n° 600 ; Ch. Demolombe, *loc. cit.* (*supra*, note 10), n° 137, 3°, c.

pas que les délais préfixes, auxquels s'applique l'adage *Contra non valentem...*⁸⁵, échappent néanmoins à la règle transcrite par *Quae temporalia...*⁸⁶. Quant à voir dans l'inaction du débiteur une négligence qu'il conviendrait de sanctionner, dès lors que celui-ci était mis en situation, du fait du commencement d'exécution, de prendre conscience de son appauvrissement⁸⁷, les objections surgissent d'elles-mêmes : d'abord l'exception de nullité ne concerne jamais que la part non exécutée du contrat, dont le créancier demande le paiement et dont le débiteur n'a justement pas été appauvri, de sorte que l'on ne peut reprocher à ce dernier aucune négligence à cet égard⁸⁸ ; ensuite, s'agissant même de la part exécutée qui serait à répéter, la sanction de cette négligence se trouve déjà dans la prescription de l'action en annulation⁸⁹.

34. Au vrai cependant, la principale justification donnée autrefois à la condition d'inexécution était ailleurs. Il a toujours été admis que la perpétuité de l'exception de nullité ne faisait pas obstacle aux règles de la prescription acquiescive, pour le cas où le cocontractant aurait été mis en possession du bien cédé par l'*excipiens*⁹⁰. Il était par suite naturel que l'idée soit remployée sous l'empire du Code pour justifier la condition d'inexécution imposée au défendeur à l'action, au point de servir de motif décisive à la plupart des arrêts rendus sur ce thème par la Cour de cassation au XIX^e siècle⁹¹. L'explication ne pouvant guère valoir toutefois que pour les contrats translatifs, une justification plus générale a été trouvée dans la notion de *possession libératoire* : de même que le vendeur resté en possession de son bien pourrait en recouvrer la propriété par le passage du temps, le débiteur prescrirait sa libération par une forme de possession négative que l'on voudrait voir matérialisée par l'absence de tout paiement du débiteur ou d'action introduite à cette fin par le créancier⁹². Une telle explication,

⁸⁵ Com., 5 sept. 2013, *Bull.*, IV, n° 127 ; *RDC* 2014, p. 50, obs. J. Klein.

⁸⁶ V. *supra*, n° 0.

⁸⁷ A. Duranton, *loc. cit.* (*supra*, note 10) ; E. Colmet de Santerre, *loc. cit.* (*ibid.*), VII.

⁸⁸ Rappr. Ch. Toullier, *loc. cit.* (*supra*, note 10), n° 600, d'après Ulpian, in *Dig.* IV, VII, 4, § 1, puis F. K. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts [Traité de droit romain]*, 2^e éd., Veit, Berlin, t. V, 1840, trad. Ch. Guénoux, éd. F. Didot, 1858, § 254, p. 436, qui soulignent que le défendeur devrait être au contraire récompensé de s'être contenté de sa situation et de n'avoir pas élevé un litige en justice.

⁸⁹ À plus forte raison paraît-il difficile d'y voir la sanction de la mauvaise foi du débiteur qui commencerait d'abord à s'exécuter pour opposer ensuite la nullité de l'acte (J.-L. Aubert, art. préc. (*supra*, note 69), n° 12, note 19 ; R. Libhaber, note préc. (*supra*, note 42), n° 10), sachant que, outre les objections qui précèdent, la règle n'exige pas que l'exécution intervienne en connaissance du vice affectant l'acte, le débiteur pouvant ainsi se trouver empêché d'exciper d'une nullité qu'il n'aura jamais été en mesure de faire prononcer.

⁹⁰ V. déjà Code Justinien, VIII, 35, 5, d'après un rescrit de Dioclétien, lui-même inspiré de l'opinion de Paul. Et encore F.-I. Dunod de Charnage, *loc. cit.* (*supra*, note 3).

⁹¹ S'étant à chaque fois agi d'empêcher le défendeur de se prévaloir de la nullité d'un acte translatif déjà exécuté (v. arrêts préc., *supra*, note 52).

⁹² Ph.-A. Merlin, *loc. cit.* (*supra*, note 10), Art. VI ; D. et A. Dalloz, *loc. cit.* (*ibid.*), nos 2937, *in fine*, et 2940, puis t. XXXVI, v° Prescription civile, n° 863 ; R.-Th. Troplong, *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, t. VIII, *De la prescription*, t. II, 4^e éd., Ch. Hingray, 1857, nos 828 et 834 ; L. Larombière, *loc. cit.* (*ibid.*), p. 311 ; V. Giscard, *op. cit.* (*supra*, note 1), p. 143 s. ; et encore

pourtant, devait mal résister à l'examen. Passons encore sur la difficulté née de ce que, en cas d'exécution partielle, l'*excipiens* est toujours, par hypothèse, « en possession » de sa libération pour la partie non exécutée qui est réclamée par le créancier⁹³. Il demeure au-delà que, pour que la possession soit à même de produire un effet juridique, elle doit se manifester comme l'exercice apparent d'un droit. Or on ne voit pas quel serait le droit dont chercherait à se prévaloir le débiteur qui ne s'exécute pas, sinon celui, bien singulier, de ne pas payer ses dettes. En réalité, ce qu'il exerce ce faisant, ce n'est pas un droit, même apparent, mais une simple liberté, qui est celle d'être libre de dettes, et qui, comme les actes de pure faculté, ne se prescrit pas. Il est d'ailleurs impossible d'y découvrir les éléments constitutifs d'une possession, qu'il s'agisse notamment du *corpus* d'un comportement entièrement passif, ou de l'univocité d'une attitude qui consiste uniquement à se faire oublier, sans rien revendiquer⁹⁴. En toute hypothèse, cette analyse, qui procède de l'idée plus générale que les prescriptions extinctive et acquisitive partageraient un fonds commun⁹⁵, se heurte au mouvement de l'histoire, qui n'a cessé, jusqu'à la récente réforme du droit de la prescription, de séparer l'une et l'autre de ces deux institutions.

35. L'insuffisance de ces premières explications a suscité de nouvelles tentatives, parmi lesquelles le fondement tiré du respect des situations acquises est sans doute le mieux reçu aujourd'hui. Délaissant le concept de possession libératoire, l'opinion commune s'est peu à peu tournée vers la formule latine *Quieta non movere*, dont il se déduirait que l'on serait requis, en droit, de s'en tenir à la situation née d'un acte juridique dès lors que celui-ci a connu un commencement d'exécution⁹⁶. Pourtant, quelle que soit la valeur proprement juridique de cette maxime, un simple examen suffit à faire voir qu'elle est dépourvue de toute pertinence pour résoudre le problème qui nous occupe. Par hypothèse en effet, c'est toujours le créancier qui agit en exécution, et qui remet donc en cause la situation qui aurait persisté s'il n'avait pas agi⁹⁷. En opposant la nullité de son titre, le défendeur, qui ne forme à ce stade aucune demande reconventionnelle, ne fait rien d'autre que conclure au maintien du *statu quo*⁹⁸. De sorte que, tout

A. Dessaux, *op. cit.* (*supra*, note 37), p. 17 et 59 s. Pour une évocation récente de cette justification : C. Jubault, art. préc. (*supra*, note 9), nos 11, 28 et 34 s. ; et D. Houtcieff, obs. préc. (*ibid.*).

⁹³ Larombière (*loc. cit.*) ayant d'avance réfuté cette première objection en soutenant que le simple fait qu'un acte ait reçu une traduction matérielle, fût-elle incomplète, suffit à lui conférer une force juridique complète, et à priver ainsi le débiteur de toute prétention à conserver le *statu quo*.

⁹⁴ Pour la démonstration : W. Dross, *Droit civil – Les choses*, LGDJ, 2012, n° 269-4.

⁹⁵ V. spéc. S. Fournier, *Essai sur la notion de prescription en matière civile*, th. Grenoble, 1992 ; F. Zenati et S. Fournier, « Essai d'une théorie unitaire de la prescription », *RTD civ.* 1996, p. 339 ; et F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 459 s., spéc. n° 471.

⁹⁶ V. not. en ce sens B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil – Les obligations*, t. 2, *Contrat*, 6^e éd., Litec, 1998, n° 1038 ; H. Roland et L. Boyer, *loc. cit.* (*supra*, note 1) ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, 15^e éd., Sirey, 2012, n° 356 ; J.-L. Aubert, art. préc. (*supra*, note 69), *passim*.

⁹⁷ Pour ce rappel : M. Fabre-Magnan, obs. préc. (*supra*, note 77) ; P.-Y. Gautier, chr. préc. (*supra*, note 9), n° 9 ; Y.-M. Serinet, *RDC* 2009, p. 1521.

⁹⁸ V. sur ce point Y.-M. Serinet, *op. cit.* (*supra*, note 12), nos 2547 et 2557.

bien considéré, *Quieta non movere* milite plutôt en faveur de l'*excipiens* que du demandeur à l'action, fondant tout à la fois la prescription de l'action et la perpétuité de l'exception.

36. D'autres motifs encore ont bien été avancés, tel par exemple que celui tenant en l'existence d'une dichotomie entre la situation de fait né de l'exécution et la situation de droit tirée de la nullité du titre, qu'il conviendrait de résoudre, passé le délai d'action, en faveur du premier⁹⁹. On reconnaît là l'explication traditionnellement donnée pour justifier la prescription de l'action en annulation, et plus généralement le principe même de la prescription extinctive, ce qui invite à s'interroger sur la cohérence de son emploi pour venir fonder à rebours l'impossibilité faite au débiteur de s'opposer à l'action de son créancier. Car, à bien y regarder, c'est toujours ce dernier qui entend faire valoir son droit pour remettre en cause la situation de fait née de l'inexécution, même partielle, du contrat.

37. Au fond, par où qu'on l'envisage, toutes les tentatives de justification procèdent toujours du même présupposé, plus ou moins exprimé, selon lequel, une fois le contrat exécuté, même partiellement, la défense du débiteur ne pourrait plus consister qu'à demander au juge d'en prononcer la nullité, sans pouvoir s'en tenir à défendre à l'action du créancier. De telle sorte que, en définitive, cette même et unique considération se trouverait à l'origine de toutes les sujétions qui affectent aujourd'hui le régime de l'exception de nullité, que le défendeur à l'action soit toujours dans le délai pour agir en annulation ou que, ne l'étant plus, il soit encore empêché d'exciper de la nullité du titre qu'on lui oppose. Dans tous les cas, le débiteur serait ainsi mis dans l'obligation, que ce soit par l'action de son créancier ou par un commencement d'exécution, d'agir en nullité sous peine de perdre ce moyen de défense. À l'heure où les politiques et les juges œuvrent ensemble à la réduction des litiges, cette invitation au procès méritait sans doute d'être signalée.

⁹⁹ En ce sens : A. Collin, *Pour une conception renouvelée de la prescription*, th. Paris XI, 2008, Defrénois, 2010, n° 609, qui propose pour cette raison de commencer à prescrire ensemble l'action et l'exception au jour du commencement d'exécution ; S. Ravenne, art. préc. (*supra*, note 9), n° 20 s.