

CONCOURS ENM 2020

Droit civil – Procédure civile

La relativité de l'autorité de la chose jugée

« L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ». Telle est la lettre de l'article 1355 du Code civil, qui reprend fidèlement les termes de l'ancien article 1351 du même Code. Cette constance dans le libellé du principe interroge : est-on bien certain que la relativité de l'autorité de chose jugée se conçoit de la même manière aujourd'hui qu'en 1804 ?

La relativité est le caractère de ce qui est relatif et non pas absolu, comme le temps et l'espace selon Einstein. Appliqué à l'autorité de la chose jugée, la relativité signifie que le juge tranche le litige dans une affaire donnée, au regard des prétentions qui lui ont été soumises, et que sa solution ne vaut que pour ces parties aux litiges (relativité quant aux parties) et seulement au regard de ce qui figure dans le dispositif (relativité quant au jugement). Il en va autrement de l'autorité du criminel sur le civil qui, classiquement, est absolue, s'appliquant *erga omnes* : elle s'impose au civil bien que les parties ne soient pas les mêmes, et s'étend aux motifs qui constituent le soutien nécessaire du dispositif. C'est dire que la relativité de l'autorité de la chose jugée est liée à l'office du juge, qu'il s'agisse de la *jurisdictio* ou de la prohibition des arrêts de règlement (article 5 du Code civil). Le juge, autorité interprétative, est censé identifier la bonne règle de droit pour trancher le litige, sous peine de déni de justice, mais il ne saurait procéder par dispositions générales comme le ferait un législateur. C'est pourquoi la relativité quant au droit, dans son acception classique, mérite d'être précisée. En 1804, l'autorité de la chose jugée était conçue comme une présomption légale et irréfragable de vérité attachée au jugement (« *res judicata pro veritate habetur* »), ce qui explique qu'elle soit mentionnée dans le paragraphe du Code civil consacré aux « présomptions établies par la loi ». Un tel fondement est aujourd'hui unanimement critiqué : si le contenu du jugement est immuable, ce n'est pas parce qu'il est présumé conforme à la vérité (si tel était le cas, il serait impossible de justifier l'existence des voies de recours), mais parce que le législateur veut éviter un recommencement infini des procès, qui serait contraire à l'exigence de sécurité juridique. L'autorité de chose jugée est un « attribut » attaché à tout jugement définitif qui a tranché une contestation, ce qui implique que le plaideur, dont le droit a été reconnu, peut se prévaloir du jugement et de tous les avantages qui en découlent pour lui. C'est son effet positif. Quant à l'effet négatif, il interdit de soumettre le litige de nouveau à un autre juge, autrement que par l'exercice des voies de recours, ce qui se traduit par la fin de non-recevoir de l'article 122 du Code de procédure civile : une partie ne saurait réitérer un litige exactement similaire à celui qui a déjà été tranché. Cette solution, aussi logique que pragmatique, est toujours bien ancrée dans notre droit, ce qui explique que la relativité de l'autorité de chose jugée au regard des parties et du jugement soit sauvegardée.

Cependant, cette présentation classique, déjà riche en subtilités, a fait l'objet de profonds bouleversements contemporains si l'on considère la relativité quant au droit. D'une part, les critères de l'autorité de la chose jugée ont été revus et corrigés par l'Assemblée plénière dans un important arrêt du 7 juillet 2006, où souffle l'esprit de *Motulsky* : l'objet et la cause de la demande ont été fondus. En dépit de cette réécriture des critères de l'autorité de la chose jugée, la lettre de l'article 1355 du Code civil n'a pas été retouchée. Déjà obsolète s'agissant de la nature de l'autorité de la chose jugée, il apparaît désormais également contestable par la référence aux trois critères d'objet, de cause et de parties. D'autre part, la portée véritable de cette autorité est métamorphosée, si l'on rapproche cet arrêt de l'Assemblée plénière de 2006 d'autres arrêts rendus ultérieurement par la même Assemblée : c'est l'avènement d'un principe fondamental de concentration des moyens qui modifie considérablement la physionomie du procès civil ; c'est aussi le rétrécissement de l'office

du juge du fond, qui n'est plus obligé de relever un moyen de pur droit, sauf règles spéciales (Assemblée plénière 21 décembre 2007). En principe, la décision du juge, qui tranche le litige, doit être considérée comme constituant le droit dans la situation jugée : est-ce encore le cas si cet attribut du jugement qu'est l'autorité est conféré à une décision qui n'aura pas identifié convenablement la règle de droit applicable au litige ?

On le voit, la lettre constante des articles 1351 ancien et 1355 nouveau du Code civil est trompeuse : si la relativité de la chose jugée au regard des parties et du jugement a été globalement sauvegardée (I), la relativité de la chose jugée au regard du droit a été métamorphosée (II).

I- La relativité de l'autorité de la chose jugée au regard des parties et du jugement, un principe sauvegardé

La relativité de l'autorité de la chose jugée intéresse au premier chef les parties (A), et ce principe est le pendant de la prohibition des arrêts de règlement : le juge ne tranche le litige qu'au regard des parties concernées et l'autorité qui s'attache à cette *jurisdictio* concerne en principe uniquement le dispositif (B).

A- La relativité quant aux parties

L'office du juge consiste à trancher le litige entre les parties, sans pouvoir disposer de façon générale et abstraite. Ces principes (1), garants de la sécurité juridique mais aussi de la séparation des pouvoirs, connaissent des aménagements ponctuels en cas d'action de groupe (2).

1- Principes

Il est logique de ne faire jouer l'autorité de la chose jugée qu'entre les parties à l'instance ; c'est une émanation naturelle du principe du contradictoire. Seules les parties qui ont été à même de faire valoir leurs prétentions et leurs moyens sont directement concernées par la chose jugée. Pour que l'autorité de la chose jugée joue, dispose l'article 1355 du Code civil, il faut non seulement que la nouvelle demande émane de la même partie, mais encore que cette partie agisse en la même qualité.

Pour être partie à un jugement, il faut soit être présent à l'instance en personne, soit avoir été représenté. Les parties présentes à l'instance sont bien évidemment les parties initiales (demandeur et défendeur), qui apparaissent sur la première page du jugement (article 454 du Code de procédure civile) mais aussi les parties intervenantes, soit volontairement, soit de manière forcée. Pour être partie à l'instance, il faut et il suffit d'avoir été mis en mesure de faire valoir sa position. Si le défendeur ou l'appelé en cause ne comparaît pas ou s'abstient de conclure sur tel ou tel point, il est tout de même concerné par l'autorité de chose jugée. Tel est aussi le cas des parties représentées à l'instance, que la représentation soit légale (comme pour les mineurs non émancipés - articles 389-3 et 464 du Code civil - ou les majeurs sous tutelle, en vertu de l'article 440 du Code civil), judiciaire (par exemple lorsque le tribunal habilite un époux à représenter son conjoint : article 219 du Code civil), ou conventionnelle (en cas de mandat donné à un tiers pour agir en justice).

Enfin, l'autorité de la chose jugée ne joue qu'entre les mêmes parties, mais à la condition que ces parties figurent à l'instance en la même qualité. Ainsi, lorsque, dans une première instance, la demande est formée par des personnes se déclarant comme mandataires d'un groupement, mais que cette action a été rejetée au motif que le groupement n'a pas la personnalité morale, une nouvelle demande formée par ces mêmes parties, mais agissant en personne, est recevable (Commerciale 5 janvier 1962). L'inverse est aussi vrai, et la partie agissant à titre personnel peut à

nouveau agir en tant que représentante d'une personne morale (Civile 3ème, 30 avril 1969). Cela explique qu'il n'y ait pas identité de parties entre l'action en nullité de la vente d'un véhicule automobile pour dol, formée contre un défendeur pris, tant en son nom personnel, qu'en sa qualité de président-directeur général d'une société exploitant un garage, et l'action civile exercée précédemment pour les mêmes faits par l'acquéreur devant la juridiction répressive saisie de poursuites contre ledit président-directeur général pris en son nom personnel, alors que la société n'était pas partie à la décision prononcée par la juridiction pénale sur les intérêts civils et n'y était pas régulièrement représentée (Civile 1^{ère} 7 janvier 1976).

2- Aménagements des principes en cas d'action de groupe

Déjà, en 1988, avait été reconnu un effet *erga omnes* aux actions intentées par les associations de consommateur en cessation de clauses illicites et abusives. Avec l'avènement de l'action de groupe en droit de la consommation, le législateur est allé plus loin, et la relativité de l'autorité de chose jugée quant aux parties a connu un aménagement notable.

En effet, une association de défense des consommateurs agréée peut désormais, depuis la loi Hamon de 2014, « agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles » (article L. 623-1 du Code de la consommation). Dans cette hypothèse, où les consommateurs concernés ne sont pas parties à l'instance, il est prévu que les jugements rendus, que ce soit dans le cadre de l'action de groupe classique, en deux phases, ou dans le cadre de l'action de groupe simplifiée, « ont également autorité de la chose jugée à l'égard de chacun des membres du groupe dont le préjudice a été réparé au terme de la procédure » (article L. 623-28 du Code de la consommation). L'emploi du terme « également » tend donc à signifier que l'autorité de la chose jugée joue non seulement à l'égard de l'association - la partie substituée - et du professionnel défendeur, mais aussi à l'égard des consommateurs concernés, les parties substituantes. Pour ces dernières, toutefois, le texte conditionne cette autorité à la réparation effective de leur préjudice.

Il en résulte un retournement des notions classiques puisque l'autorité de la chose jugée dépend ici de l'exécution du jugement, alors que ces attributs du jugement jouent habituellement de manière complètement autonome. Certains auteurs, dont le Professeur Molfessis, considèrent ce décalage du moment de l'autorité de la chose jugée comme un « monstre juridique ». Il est vrai qu'il aurait été plus logique de prévoir que le jugement a l'autorité de la chose jugée à l'égard des consommateurs ayant adhéré au groupe. Quoi qu'il en soit, cette adhésion est facultative et s'ils décident d'adhérer à l'action, c'est pour obtenir la réparation de leur préjudice. Il est donc naturel de leur interdire toute nouvelle action contre le même professionnel en réparation du même préjudice. En revanche, s'il s'agit d'un préjudice distinct, leur action est recevable, selon les voies de droit commun, puisque l'objet de la demande n'est plus le même (article L. 623-29 du Code de la consommation).

A cette relativité inhérente aux parties d'ajoute une relativité inhérente au jugement.

B- La relativité quant au jugement

Lorsqu'on recherche, dans une décision de justice, ce qui a autorité de la chose jugée, il convient de ne s'attacher qu'au dispositif (1), c'est-à-dire à la partie conclusive généralement précédée de la formule « Par ces motifs ». La partie antérieure consacrée à l'exposé des motifs de la décision ne saurait contenir d'énoncés ayant autorité, si bien que son rôle n'est que complémentaire (2).

1- Une autorité en principe limitée au dispositif

Avant le Code de procédure civile de 1975, la jurisprudence majoritaire refusait déjà autorité de la chose jugée aux motifs des jugements. Il était parfois même considéré que l'apparence formelle du jugement importait peu et qu'il fallait s'en tenir à ce que le juge avait effectivement jugé. C'était ainsi reconnaître autorité à ce que la doctrine a qualifié de « motifs décisives », c'est-à-dire la partie de décision qui aurait dû figurer dans le dispositif, mais qui, par suite d'une erreur rédactionnelle, ne se trouve que dans les motifs.

Les auteurs du Code de procédure civile de 1975 ont clairement marqué leur volonté de rompre avec la théorie des motifs décisives (qui auraient dû figurer dans le dispositif) et celle des motifs décisifs (qui constituent le soutien nécessaire du dispositif). En effet, il suffit de lire l'article 455, alinéa 2, qui dispose que le jugement « énonce la décision sous forme de dispositif », et de se reporter aux articles 75, 480, 482, 544 et 606 pour mesurer l'importance du rôle attribué au dispositif. De fait, la jurisprudence postérieure à ce Code a très vite refusé d'attribuer autorité de la chose jugée aux chefs de décision qui auraient dû figurer dans le dispositif (Civile 2^{ème} 16 novembre 1983).

Cette évolution a été couronnée par un arrêt d'assemblée plénière brisant les dernières résistances des juges du fond (Assemblée plénière 13 mars 2009 : « Attendu que l'autorité de chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet d'un jugement et a été tranché dans son dispositif »). Il est certain qu'une telle solution a le mérite de la clarté et de la simplicité. La chose jugée ayant autorité ne dépend plus d'une recherche, parfois aléatoire, de l'intention du juge et des contours de sa décision. Il n'en demeure pas moins que cette solution formaliste fait fi de l'unité intellectuelle du jugement, le dispositif étant la conséquence directe de l'analyse faite dans les motifs. En outre, il peut paraître arbitraire de faire varier l'étendue de ce qui est couvert par l'autorité de la chose jugée en fonction du mode de rédaction du dispositif. Certains magistrats sont très synthétiques dans leur manière de rédiger, se limitant, dans le dispositif, à l'énoncé de ce qui doit être exécuté, alors que d'autres récapitulent l'intégralité des constatations, déductions et qualifications opérées pour parvenir à la solution concrète. Pour mieux tenir compte des exigences textuelles et de la jurisprudence en la matière, il importe alors d'inciter les magistrats à adopter un mode plus analytique de rédaction des dispositifs de leurs décisions. Ainsi, si l'on prend l'exemple d'une affaire de responsabilité délictuelle, plutôt que de limiter le dispositif à la mention de condamnation (« Condamne X à payer Y la somme de 20 000 € à titre de dommages et intérêts »), il est préférable de reprendre l'ensemble des préalables à la condamnation et de ventiler les chefs de réparation (« Dit que X a commis une faute en portant un coup à Y ; Déclare X responsable du préjudice corporel et moral subi par Y ; Condamne X à payer à Y la somme de 18 000 € à titre de dommages et intérêts en réparation de son préjudice corporel ; Condamne X à payer à Y la somme de 2 000 € à titre de dommages et intérêts en réparation de son préjudice moral »). En dépit de l'apparente unité de la jurisprudence sur l'absence d'autorité de la chose jugée des motifs, il convient néanmoins de leur reconnaître parfois un rôle complémentaire.

2- La référence ponctuelle aux motifs implicites

En premier lieu, les motifs sont parfois pris en compte pour savoir si un point a été implicitement jugé (Civile 3^{ème} 18 juillet 2001). Cette admission de la chose implicitement jugée doit toutefois demeurer exceptionnelle et les exemples jurisprudentiels d'une telle tendance sont antérieurs aux deux arrêts d'assemblée plénière, le premier du 7 juillet 2006 relatif à l'obligation de concentration des moyens et le second du 13 mars 2009 relatif à l'absence d'autorité des motifs.

En deuxième lieu, les motifs peuvent permettre d'éclairer la portée du dispositif pour savoir si un point a l'autorité de la chose jugée. La distinction avec les motifs, soutien nécessaire du dispositif, devient alors délicate, car admettre que les motifs éclairent la portée du dispositif revient, sous des mots certes différents, à compléter un dispositif par nature synthétique au moyen des

motifs qui le sous-tendent. Cette référence aux motifs est nécessaire lorsque le dispositif se contente de confirmer un jugement de première instance. Il en est de même lorsque le juge « rejette toutes autres demandes », ou déboute les parties « pour le surplus de leur demande » ou, selon une autre formule, « de leurs demandes plus amples ou contraires ». Dans ces hypothèses, la Cour de cassation admet que la formule vaut décision, mais uniquement pour l'ensemble des moyens analysés dans les motifs, ce qui peut être le cas d'une fin de non-recevoir tirée de la prescription (Commerciale 9 mai 2007). *A contrario*, si rien ne figure dans les motifs, la formule générale ne saurait englober la prétention sur laquelle il n'a pas été statué (Civile 2ème 31 janvier 2002). Il s'agit alors soit d'une omission de statuer pouvant être corrigée au moyen du recours prévu par l'article 463 du code de procédure civile, soit, si la demande n'avait pas été formée, d'une absence de chose jugée pouvant justifier une nouvelle action.

En troisième lieu, certains auteurs se sont demandé s'il ne convenait pas d'aller plus loin et de considérer que les motifs, soutien nécessaire du dispositif, ont autorité de la chose jugée. Plusieurs arguments militent en faveur d'une telle solution. D'une part, les articles 480 et 482 du Code de procédure civile ne disent pas expressément que seul ce qui figure dans le dispositif a autorité de chose jugée ; ils précisent simplement que, pour reconnaître autorité de la chose jugée au jugement, il faut qu'une contestation soit tranchée dans son dispositif. On peut dès lors considérer que la place naturelle de ce qui est couvert par l'autorité de la chose jugée figure dans les motifs, cependant que ce qui a trait à l'efficacité substantielle du jugement – la décision au sens strict où l'entend l'article 455, alinéa 2 – doit se trouver dans le dispositif. D'autre part, il est arrivé que la Haute juridiction fasse appel à la théorie de la chose implicitement jugée pour étendre artificiellement le champ de l'effet négatif de l'autorité de la chose jugée. En effet, il a été considéré qu'un moyen de droit est implicitement tranché par une décision pour juger irrecevable la demande qui le soulève ultérieurement (Civile 1^{ère} 17 décembre 1991). Cette dernière tendance de la jurisprudence, condamnée par l'arrêt rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 3 juin 1994, trouve aujourd'hui un certain renouveau avec l'arrêt de revirement de cette même assemblée plénière du 7 juillet 2006 ayant institué une obligation de concentrer tous les moyens de droit dans le cadre du même procès. Seulement, il n'est plus considéré que tel ou tel moyen a été implicitement tranché dans le cadre du premier procès, mais, plus directement, que la partie n'est pas recevable à faire valoir de nouveaux moyens dès lors qu'il lui incombe de présenter, dès l'instance relative à la première demande, l'ensemble des moyens qu'elle estime de nature à fonder sa position.

C'est déjà signaler que la relativité de l'autorité de la chose jugée a été profondément métamorphosée si on la considère au regard du droit et non plus au regard des parties ou du jugement.

II- La relativité de l'autorité de la chose jugée au regard du droit, un principe métamorphosé

Un jugement a autorité de chose jugée car la règle de droit pertinente a en principe été identifiée et appliquée à des faits afin de trancher un litige. Est-ce toujours le cas aujourd'hui ? On peut parfois en douter, si l'on considère, d'une part, le renouvellement des critères de l'autorité de la chose jugée (A), et d'autre part, la métamorphose de la portée de l'autorité de la chose jugée qui en découle s'agissant du droit (B).

A- Le renouvellement des critères de l'autorité de chose jugée

La règle de la triple identité (partie, objet, cause) a été profondément remaniée en jurisprudence. L'objet correspond à ce sur quoi porte la demande. Au sens procédural, l'objet du litige est « *l'avantage auquel prétend une partie et que conteste l'autre* » (G. Cornu). L'article 480 du Code de procédure civile indique ensuite que ce qui a autorité de la chose jugée est le principal

contesté et tranché par le juge (alinéa 1^{er}), ce principal se comprenant de l'objet du litige tel que déterminé par l'article 4 (alinéa 2). Si l'objet est le « quoi » de la demande, la cause en est le « pourquoi ». Or, désormais, le « quoi » et le « pourquoi » ont été fondus : un justiciable ne pourra plus, après une première décision dans un litige le concernant, à nouveau saisir le tribunal aux mêmes fins. Le message délivré par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans l'arrêt *Cesareo/Cesareo* du 7 juillet 2006 est essentiel : intervenant dans un domaine d'une importance considérable (le paiement d'une créance) cette décision renouvelle les critères de l'autorité de la chose jugée au regard de l'assimilation du fondement juridique à la cause (1) contribuant ainsi à diluer la cause dans l'objet (2).

1- L'assimilation du fondement juridique à la cause

Pour que l'autorité de la chose jugée puisse faire obstacle à une demande nouvelle, il est nécessaire, selon l'article 1355 du Code civil, que « la chose demandée soit la même » et que la prétention soit fondée sur « la même cause ».

Or, cette terminologie, familière aux civilistes, est sujette à interprétation en procédure civile. La chose demandée, c'est l'objet de la demande au sens de l'article 4 du CPC, soit ce qui est réclamé à l'adversaire, ou encore l'avantage recherché, abstraction faite des éléments juridiques de la demande, comme la qualification. Quant à la cause, trois acceptions peuvent en être proposées : la cause est la règle de droit qui sert de fondement à la demande ; la cause est l'ensemble des faits juridiquement qualifiés ; la cause est l'ensemble des faits allégués à l'appui de la prétention, indépendamment de la règle de droit invoquée et de la qualification juridique. Pendant longtemps, c'est la première acception qui a été retenue en jurisprudence (Assemblée plénière 3 juin 1994) : si A réclamait une somme d'argent à B sur le fondement de la responsabilité contractuelle par exemple, il pouvait, une fois la décision rendue, intenter une nouvelle action sur un fondement différent, quasi-contractuel ou délictuel. En matière de responsabilité civile, la victime pouvait ainsi exercer successivement plusieurs actions sans se heurter à l'autorité de la chose jugée dès lors qu'une norme différente est invoquée.

La Cour de cassation, par un arrêt d'assemblée plénière du 7 juillet 2006, s'est prononcée sur l'étendue de l'autorité de la chose jugée au regard de cette notion de cause dont la définition a été précisée, dans un souci, tout à la fois, de simplification, de « responsabilisation » des parties et d'une plus grande sécurité juridique. Revenant sur l'arrêt d'assemblée plénière du 3 juin 1994, qui avait admis la possibilité pour le justiciable de saisir le juge d'une nouvelle demande sur un fondement juridique différent, la Cour de cassation retient désormais qu'il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande, l'ensemble des moyens de nature à fonder celle-ci. Dans une affaire de litige familial où était en jeu le paiement d'une somme d'argent en rémunération d'un travail - réclamée une première fois sur un fondement juridique et une seconde fois sur un autre fondement, quasi-contractuel - la Cour a nettement tranché : dans la mesure où « *comme la demande originaire, la demande dont elle était saisie (...) tendait à obtenir le paiement d'une somme d'argent à titre de rémunération d'un travail prétendument effectué sans contrepartie financière* », la cour d'appel pouvait bien en déduire que le plaideur « *ne pouvait être admis à contester l'identité de cause des deux demandes en invoquant un fondement juridique* » différent (Assemblée plénière 7 juillet 2006 *Cesareo c/ Cesareo*).

2- L'absorption de la cause par l'objet

L'assimilation du fondement juridique à un simple moyen s'accompagne ainsi d'une certaine dissolution de la cause dans l'objet. Il est en effet permis de déduire de la motivation employée que l'identité de cause des deux demandes se trouve « impliquée » par leur identité de finalité, peu important que les règles de droit invoquées pour y parvenir diffèrent.

La prévalence ainsi conférée à l'objet sur la cause de la demande ne résulte pas directement des textes relatifs à l'autorité de la chose jugée mais du fondement même de cette institution: la nécessité pratique d'assurer la stabilité des rapports juridiques en empêchant la réitération sans fin des contestations. Cette absorption de la cause par l'objet ne surprend pas véritablement en ce qu'elle apparaît en parfaite cohérence avec la solution retenue s'agissant de la délimitation de l'office du juge. De fait, il est acquis que ce n'est que le « *résultat économique et social* » recherché qu'il est interdit au juge de modifier. Il en sera de même désormais de « l'objet du jugement » couvert par l'autorité de la chose jugée puisque le résultat concrètement recherché prévaudra sur les fondements juridiques qui auront pu lui être assignés.

La suffisance d'une simple identité de question litigieuse pour délimiter la chose jugée est ainsi consacrée. Le terme de « *contestation* » auquel l'Assemblée plénière se réfère figure sans doute dans la lettre de l'article 480 du Code de procédure civile. Mais comment ne pas y voir une référence à la célèbre formule de *Motulsky* ? L'auteur avait en effet proposé de substituer au critère de la triple identité celui d'une simple identité de « *question litigieuse* », entendue comme tout point qui a été contradictoirement débattu devant le juge et véritablement tranché par lui : « *Contestation et solution tels sont les seuls critères sûrs* ». Mais, dans l'espèce de l'affaire *Cesareo*, le « moyen » tiré de l'enrichissement sans cause n'avait jamais été judiciairement discuté. Comment admettre qu'il puisse néanmoins avoir été tranché dans la solution ? L'idée est très certainement de favoriser une prophylaxie processuelle en opérant un contrôle du comportement procédural des parties qui ne sauraient, de manière dilatoire, recommencer un procès infiniment sur des fondements juridiques distincts. C'est bien à un tel résultat qu'aboutit la solution de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 7 juillet 2006. Cette réécriture des critères de l'autorité de la chose jugée, promue en 2006, et régulièrement confirmée depuis lors, conduit aussi à une métamorphose de la portée de l'autorité de la chose jugée, lorsqu'on rapproche l'arrêt *Cesareo/Cesareo* d'arrêts ultérieurs de la Cour de cassation.

B- La métamorphose de la portée de l'autorité de chose jugée

Le principe de concentration des moyens (1), désormais bien ancré en droit positif, combiné aux nouvelles règles relatives au relevé d'office d'un moyen de pur droit (2) actent un rétrécissement de l'office du juge du fond, qui rejaillit sur la portée de l'autorité de la chose jugée : elle n'est relative, s'agissant du droit, que parce qu'elle procède d'une simple approximation au regard de la norme applicable au litige.

1- Le principe de concentration des moyens

En posant en principe qu'« *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-ci* », l'Assemblée plénière donne une nouvelle dimension à l'obligation faite aux parties de fonder en droit leurs prétentions, comme en disposent les articles 56, alinéa 2, 753 et 954 du CPC (Assemblée plénière 7 juillet 2006).

Depuis cet arrêt « *Cesareo* », la cause, au sens de l'article 1355 du Code civil, est devenue purement factuelle. L'article 480 du Code de procédure civile est plus en adéquation avec une conception contemporaine de l'autorité de la chose jugée, en s'en tenant à la chose contestée qui devient la chose tranchée et qui, seule, a autorité de la chose jugée. La rédaction de cet article témoigne, on le voit, de l'influence exercée par les travaux de *Motulsky*. Les « abus de procédure » peuvent ainsi efficacement être déjoués par une exigence de concentration expressément rattachée au fonctionnement de la chose jugée, mais implicitement rattachable à l'exigence de loyauté. L'obligation procédurale de concentration des moyens dès la première instance, dont l'inobservation est sanctionnée par l'irrecevabilité de toute autre demande portant sur les mêmes faits, posée par l'assemblée plénière le 7 juillet 2006, est reprise par la première Chambre civile (16 janvier 2007) et

la Chambre commerciale (20 février 2007, à propos d'un débiteur qui s'était borné à contester le principe même de son obligation, et non l'évaluation de la créance). La jurisprudence est donc établie : la cause, élément de détermination de l'autorité de la chose jugée au sens de l'article 1351 du code civil (1355 nouveau), englobe les moyens de fait existants lors de la première instance, à l'exclusion des moyens de droit. En conséquence, une seconde demande n'est recevable qu'en présence de faits nouveaux survenus depuis le premier jugement. Il n'est plus possible alors de reprocher au demandeur une quelconque défaillance processuelle. La troisième Chambre civile a considéré que l'autorité de la chose jugée ne peut pas être opposée lorsque des événements postérieurs sont venus modifier la situation antérieurement reconnue en justice (Civile 3ème 25 avril 2007 : à propos de la survenance d'une décision d'un juge administratif annulant l'arrêté préfectoral ayant approuvé l'occupation des sols, postérieurement à un arrêt d'une cour d'appel, qui rend recevable une deuxième instance). Pour éviter d'engager leur responsabilité professionnelle, les praticiens ont tout intérêt à proposer au juge toutes les qualifications et moyens pertinents dès la première instance. L'instance d'appel éventuelle autorise encore l'allégation des moyens omis au premier degré (article 563 du CPC), du moins tant que l'appel sera considéré comme une voie d'achèvement du litige. Ce principe de concentration des moyens, qui a été étendu à la procédure arbitrale (Civile 1ère 28 mai 2008), se traduit ainsi concrètement par un alourdissement de la charge incombant aux parties et à leur conseil, tandis que l'office du juge du fond s'allège, le relevé d'office d'un moyen de pur droit n'étant plus qu'une simple faculté.

2- Le relevé d'office d'un moyen de pur droit, simple faculté

Un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 21 décembre 2007 est venu affirmer que le relevé d'office d'un moyen de pur droit n'est pour le juge du fond qu'une faculté et non une obligation, sauf règles spéciales (ces dernières correspondant aux règles d'ordre public, qu'il s'agisse de l'ordre public interne - Civile 2ème 5 juillet 2018 - ou de l'ordre public de l'Union européenne : Chambre mixte 7 juillet 2017). Reliée à la question de l'autorité de la chose jugée, cette solution entraîne dans son sillage trois conséquences fondamentales. D'abord, les parties et leurs conseils ont intérêt à viser l'exhaustivité dans leur première demande, car ils ne peuvent pas compter avec certitude sur le secours du juge pour rappeler la règle de droit objectif pertinente pour trancher le litige.

Ensuite, le jugement devient à cette aune une approximation : le juge tranche le litige entre des prétentions adverses éventuellement mal fondées, sans être obligé de relever la règle de droit adéquate. C'est la dimension fictive de l'autorité de la chose jugée qui se renforce. En effet, si l'ancienne justification fondée sur la présomption de vérité n'est plus de mise, on s'accorde en général à y voir une manifestation de l'office du juge qui tranche le litige conformément aux règles de droit applicables. Or, tel peut ne pas être le cas, eu égard aux bouleversements parallèles de l'office du juge.

Enfin, l'évolution du litige au second degré, déjà largement permise par le Code de procédure civile, devrait se trouver renforcée du fait de la solution nouvellement posée. De fait, toute concentration de la matière litigieuse au premier degré a vocation à s'accompagner d'une admission plus large de la modification des prétentions en appel. Il n'est pas inutile de rappeler qu'en ne prohibant plus le changement de fondement juridique au second degré, l'article 565 du Code a consommé la rupture de la « symétrie inverse » qui avait longtemps existé entre prohibition des demandes nouvelles en appel et autorité de la chose jugée. Or, cette évolution a été de nature à avantager le plaideur insatisfait du jugement rendu à un double point de vue : il lui est devenu possible soit de changer le fondement juridique de sa prétention en appel, celle-ci y étant recevable comme tendant aux mêmes fins que la précédente, soit d'intenter une nouvelle instance au fond sur cet autre fondement, sans craindre de se heurter à une irrecevabilité tirée de la chose jugée. Jusqu'à l'intervention de l'arrêt du 7 juillet 2006, le plaideur débouté de son action en responsabilité

délictuelle fondée sur l'article 1240 du Code civil et qui entendait se prévaloir de la responsabilité contractuelle issue de l'article 1231-1 du Code civil se voyait ainsi conférer le choix, pendant les délais, entre interjeter appel ou recommencer un procès au premier degré. De telles solutions semblent nécessairement remises en cause aujourd'hui. Il ne devrait plus être possible de revenir devant le premier juge en invoquant un nouveau fondement juridique au soutien d'une même contestation, dès lors du moins qu'il apparaît que le débat sur ce « nouveau » fondement pouvait effectivement être mené dès l'introduction du premier procès. L'exigence de concentration des moyens au premier degré trouve sa contrepartie nécessaire dans l'admission de leur libre recevabilité pour la première fois au second degré, en sorte que le plaideur pourra toujours faire valoir le fondement juridique qu'il aurait négligé. Dans le même temps, l'effectivité de la décision de première instance se trouve nécessairement renforcée, ce qui atteint le dessein recherché, non seulement par l'Assemblée plénière, mais aussi par les décrets de 1998, 2004 et 2005 (réforme de l'exécution provisoire notamment).

Conclusion : Au terme de cette étude, il apparaît que de 1804 à nos jours la relativité de l'autorité de la chose jugée a été sauvegardée si on la considère au regard des parties et du jugement : les quelques aménagements qu'elle a connus n'ont pas altéré le principe dans sa substance, ce qui est heureux si l'on considère les liens entre cette relativité et des principes aussi éminents que le contradictoire ou la prohibition des arrêts de règlement. En revanche, la relativité de l'autorité de la chose jugée a été métamorphosée au regard du droit : la recomposition des rapports entre les parties (tenues désormais de concentrer leurs moyens) et le juge du fond (pour qui le relevé d'office n'est qu'une faculté, sauf règles spéciales) conduit potentiellement à mettre fin au litige sans identifier la règle de droit pertinente, au prix le cas échéant d'une simple approximation. Ces mutations de l'autorité de la chose jugée en disent long sur le malaise que suscitent les instances à répétition sur la même affaire qui surchargent les rôles et entraînent une perte de temps et des délais déraisonnables.