

L'intérêt des parties dans l'abus d'exercice des voies de droit

Ndèye Coumba Madeleine Ndiaye

Volume 45, Number 1, 2015

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1032034ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1032034ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Ndiaye, N. C. M. (2015). L'intérêt des parties dans l'abus d'exercice des voies de droit. *Revue générale de droit*, 45(1), 7–46. <https://doi.org/10.7202/1032034ar>

Article abstract

The exercise of a remedy precludes a party who is entitled to demand the respect of his prerogative, and one that must meet its obligation. Therefore, the interests are opposed by nature as each party will work to emerge triumphant from the conflict. Thus, there is a significant risk of abuse which justifies punishment. A litigant should not be prejudiced by the exercise of a right. His interests are protected by the moderation of the implementation of the rights of other individuals. Furthermore, the notion of abuse should be framed such as not to prejudice the interests of the various parties. Indeed, the litigants may be deterred by the sanction in the case of an abusive legal process. It would thus violate the access to rights which is fundamental to the achievement of individual rights. The consecration of loyalty would prevent such abuses.

ARTICLES

L'intérêt des parties dans l'abus d'exercice des voies de droit

NDÈYE COUMBA MADELEINE NDIAYE*

RÉSUMÉ

L'exercice d'une voie de droit oppose une partie en droit d'exiger le respect de sa prérogative et une autre devant répondre de son obligation. Alors, les intérêts en présence sont naturellement divergents, car chaque partie œuvrera pour sortir triomphante du conflit. Ainsi, le risque d'en arriver à un abus est réel, et c'est ce qui justifie la sanction. Il ne faudrait pas que par l'exercice d'un droit, un justiciable soit lésé. Ses intérêts sont ainsi protégés par la modération de l'exécution des droits des uns et des autres. Par ailleurs, il ne faudrait pas, non plus, porter atteinte à l'intérêt des parties par un encadrement trop élastique de la notion d'abus. En effet, la sanction de l'exercice abusif d'une voie de droit peut dissuader les plaideurs. Ce serait, ainsi, violenter l'accès au droit, qui est fondamental dans la réalisation des droits subjectifs. La consécration de la loyauté permettrait d'éviter ces dérives.

MOTS-CLÉS :

Abus, caractérisation, intérêts, action, voie de droit, exécution.

ABSTRACT

The exercise of a remedy precludes a party who is entitled to demand the respect of his prerogative, and one that must meet its obligation. Therefore, the interests are opposed by nature as each party will work to emerge triumphant from the conflict. Thus, there is a significant risk of abuse which justifies punishment. A litigant should not be prejudiced by the exercise of a right. His interests are protected by the moderation of the implementation of the rights of other individuals. Furthermore, the notion of abuse should be framed such as not to prejudice the interests of the various parties. Indeed, the litigants may be deterred by the sanction in the case of an abusive legal process. It would thus violate the access to rights which is fundamental to the achievement of individual rights. The consecration of loyalty would prevent such abuses.

KEY-WORDS:

Abuse, criteria, interest, action, remedy, execution.

* Docteur en droit, Faculté des sciences juridiques et politiques, Université Cheikh Anta Diop de Dakar.

SOMMAIRE

Introduction.....	8
I. La caractérisation de l'abus et la préservation du droit d'action.....	15
A. Le pragmatisme du juge, source d'amalgames dans la préservation du droit d'action.....	15
1. Le droit d'action du plaideur à l'épreuve de la caractérisation de l'abus.....	15
2. Le domaine de l'abus et la valorisation du droit d'action du plaideur.....	20
B. La nécessaire prépondérance de la loyauté dans la caractérisation de l'abus.....	24
1. La loyauté, un critère équitable de caractérisation de l'abus.....	24
2. Les éléments fondamentaux d'appréciation de la loyauté.....	28
II. L'abus et l'exercice du droit à l'exécution : à la recherche d'un équilibre entre les intérêts en présence.....	30
A. L'abus, un outil de veille au droit à l'exécution du créancier.....	31
1. La sauvegarde du droit à l'exécution du créancier poursuivant.....	31
2. La sauvegarde du droit à l'exécution du tiers créancier.....	35
B. L'abus, un correctif à la rigueur du droit à l'exécution en faveur du débiteur.....	38
1. L'abus et la préservation de l'intérêt patrimonial du débiteur.....	38
2. L'abus et la préservation des droits de la personnalité du débiteur.....	42

INTRODUCTION

L'attribution de prérogatives aux sujets de droit n'a de sens que si ces derniers peuvent y avoir accès. L'accès au droit peut être aisé, sans aucune forme de contestation. Au cas contraire, le droit objectif reconnaît à tout titulaire de prérogatives la latitude de recourir aux voies de droit pour faire respecter ses prérogatives, mais certainement pas de manière déraisonnée. En matière juridique, l'abus n'a jamais échappé à la sanction. Dès le droit romain, existait l'adage *Malitiis non est indulgendum*. Effectivement, celui qui abuse de son droit doit répondre des dommages qu'il cause à autrui. C'est ainsi que le doyen Carbonnier a affirmé que la théorie de l'abus de droit serait alors un « procédé d'équité modératrice à la disposition du juge [...] ». Le postulat serait

que l'excès en toute chose, et même dans le droit, est un désordre contraire au droit; qu'il est donc dans l'office du juge, pour prévenir le désordre, d'imposer aux titulaires de droits subjectifs une certaine modération »¹. Telle qu'elle est perçue, la sanction de l'abus correspondrait alors parfaitement à la protection des prérogatives des sujets de droit.

L'intérêt des parties dans l'abus d'exercice des voies de droit est un sujet d'étonnement. En effet, déceler et combiner les concepts d'abus et d'exercice des voies de droit est déjà une tâche ardue, *a fortiori*, s'il faut y adjoindre la prétention de protection des droits des parties.

Ainsi, de prime abord, qu'est-ce qu'une partie à une voie de droit? En effet, le procès civil ou une procédure civile d'exécution n'oppose pas toujours strictement les parties directes, par exemple le créancier et le débiteur². Le procès peut intéresser des personnes considérées à l'origine comme des tiers, mais qui, par la suite, prennent la position de parties³. La même observation est, à certains égards, valable pour l'exercice extrajudiciaire des voies d'exécution⁴. Ces personnes liées dans le cadre d'une contestation ont chacune un intérêt à préserver. D'une part, le plaignant a intérêt à faire valoir ses griefs, mais alors faudrait-il qu'il ne soit pas privé de son moyen d'agir. D'autre part, le créancier voudra recouvrer sa créance contre le débiteur qui, en dépit de sa position, a tout un intérêt à la préservation d'une panoplie de ses droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux.

Par ailleurs, les voies de droit peuvent être considérées comme les moyens légaux donnés aux justiciables de faire valoir leurs prérogatives. Elles regroupent les actions en justice (actions, défense, voies de recours) et les poursuites en dehors de tout contentieux judiciaire,

1. Jean Carbonnier, *Droit civil*, t 4: *Les obligations*, 22^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2000 au n° 234, b.

2. À côté des parties, il y a aussi des intervenants au procès qui n'ont pas la qualité de partie, tels que les huissiers de justice et les avocats qui représentent les parties.

3. Un ayant cause peut prendre la position procédurale de son auteur si l'action a été intentée par ce dernier, de son vivant. Certains tiers peuvent aussi être intéressés par le procès, par le mécanisme de l'intervention. Voir Jean Vincent et Serge Guinchard, *Procédure civile*, 27^e éd, Paris, Dalloz, 2003 au n° 488.

4. Dans une procédure civile d'exécution, les ayants cause peuvent aussi prendre la place des parties initiales. Par exemple, il a été décidé que le titre exécutoire dont pouvait se prévaloir l'auteur profite à son ayant cause à titre particulier. Voir Cass civ 2^e, 3 novembre 2005, n° 03-14.932, (2005) Bull civ II 249, n° 280; (2005) D IR 2826.

précisément, les voies d'exécution⁵ en dehors d'une action en justice⁶. Pour une étude limitée à la matière civile⁷, les voies de droit concernent alors précisément la procédure civile et les voies d'exécution⁸.

La définition de l'abus n'est pas du tout homogène. Les défaillances légales en matière de caractérisation de l'abus d'exercice des voies de droit sont manifestes. Sur ce point, le législateur sénégalais n'a pas été aussi perspicace que son homologue québécois, qui s'est préoccupé de la réglementation de l'abus de procédure dans le *Code de procédure civile*⁹. En droit sénégalais, il n'y a, dans le *Code de procédure civile*, que

5. À défaut de définition légale, la doctrine s'est attelée à la définition des voies d'exécution. Ainsi, selon le *Lexique des termes juridiques*, les voies d'exécution sont un « [e]nsemble de procédures permettant à une personne d'obtenir par la force, l'exécution des actes et jugements qui lui reconnaissent des prérogatives ou des droits ». Voir Raymond Guillien et Jean Vincent, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2003 à la p 595. D'autres ont défini les voies d'exécution comme les « procédures ayant pour objet d'imposer l'exécution soit d'un jugement, soit d'un engagement ». Voir Jean Vincent et Jacques Prévault, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 15^e éd, Paris, Dalloz, 1984 à la p 16. En Afrique, selon la professeure Anne-Marie Assi-Esso, « les voies d'exécution sont les procédures légales qui permettent à un créancier impayé de saisir et, dans certains cas, de vendre les biens de son débiteur afin de se payer sur le prix de la vente ». Voir Anne-Marie Assi-Esso, « Commentaire de l'Acte uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution » dans *OHADA – Traités et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 1999 à la p 724.

6. Le *Code de procédure civile* du Sénégal ne donne aucune définition de l'action en justice. La définition est fournie par l'article 30 du *Code de procédure civile français*.

7. Seront exclus les autres domaines, notamment les matières pénales et administratives. Voir, pour la matière pénale, Michèle-Laure Rassat, *Traité de procédure pénale*, 3^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2001 aux n^{os} 184 et s. Voir, en matière administrative, Cass civ 3^e, 5 juin 2012, n^o 11-17919 (recours abusifs pour la matière administrative). Voir Arnaud Gossement, « Recours abusifs : à quelles conditions le droit d'agir en justice contre un permis de construire dégenère-t-il en abus? » (2 avril 2013), en ligne : Arnaud Gossement, avocat <www.arnaudgossement.com/archive/2013/04/02/recours-abusifs-a-quelles-conditions-le-droit-d-agir-en-just.html>.

8. Ce sont les deux derniers axes du droit judiciaire privé. Le noyau central, constitué par le droit du procès, et la dernière partie, constituée par les voies d'exécution ou procédure civile d'exécution. La première partie, constituée par les institutions judiciaires, ne fait pas partie de notre étude. Voir, au sujet de ce découpage du droit judiciaire privé, Jacques Héron et Thierry Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 4^e éd, Paris, Montchrestien, 2010 au n^o 2. La question ne présente pas d'intérêt au regard des modes alternatifs de règlement des conflits.

9. RLRQ c C-25. Il faut apprécier la démarche du législateur québécois, qui a pris le soin de réglementer le régime de l'abus de procédure. En effet, le législateur québécois a été plus subtil que son homologue sénégalais. Les articles 54.1 à 54.6 de la *Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics*, Projet de loi n^o 9 (adopté le 3 juin 2009), 1^{re} sess, 39^e lég, réglementent l'abus de procédure. Aux termes du deuxième alinéa de l'article 54.1 du Projet de loi n^o 9 :

L'abus peut résulter d'une demande en justice ou d'un acte de procédure manifestement mal fondé, frivole ou dilatoire, ou d'un comportement vexatoire ou querulente. Il peut aussi résulter de la mauvaise foi, de l'utilisation de la procédure de manière excessive ou déraisonnable ou de manière à nuire à autrui ou encore du détournement des fins

deux dispositions qui font allusion à l'abus de droit. Il s'agit des articles 278, alinéa 2¹⁰ et 436, alinéa 2¹¹. Dans l'*Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution* (AUPSRVE)¹², il n'y a aucune disposition relative à l'abus. La jurisprudence a tenté d'y remédier¹³ en proposant des critères éparés. Un courant jurisprudentiel considère l'abus comme un « acte de malice ou de mauvaise foi » ou une « erreur grossière équipollente au dol »¹⁴. Mais il ne faudrait pas perdre de vue les difficultés auxquelles se confrontent les praticiens du droit dans la définition de la notion. La raison en est que l'appréciation de l'abus est le plus souvent une question de fait¹⁵. Elle dépend des conditions particulières dans lesquelles un requérant se sert de sa prérogative d'exercer une voie de droit. Les hypothèses d'abus dans le cadre de l'exercice des voies de droit sont

de la justice, notamment si cela a pour effet de limiter la liberté d'expression d'autrui dans le contexte de débats publics.

Aussi, la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, Projet de loi n° 28 (adopté le 20 février 2014), 1^{re} sess, 40^e lég (Québec), régleme la l'abus de procédure dans ses articles 51 à 56. Le nouveau *Code de procédure civile* entrera en vigueur à l'automne 2015.

10. Aux termes de cet article, « [l]orsque l'appel est déclaré irrecevable et qu'il apparaît à la juridiction d'appel qu'il était dilatoire ou abusif, celle-ci peut condamner l'appelant à une amende qui ne pourra pas excéder 100 000 francs ».

11. Aux termes de cet article, « [e]n cas de rejet de la demande de distraction d'objets saisis, le juge condamnera, en outre, le demandeur à payer d'office au poursuivant telle somme qu'il estimera convenable à titre de dommages-intérêts pour abus de procédure ».

12. *Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution*, OHADA, 10 avril 1998, JO n° 6, 1^{er} juillet 1998.

13. Tout commence par le célèbre arrêt *Clément-Bayard* du 3 août 1915. Cette décision a sanctionné un propriétaire voisin d'un terrain d'atterrissage et d'envol de ballons dirigeables, pour avoir planté dans sa propriété des piquets de fer afin d'empêcher l'évolution des ballons, Cass req, 3 août 1915, (1917) DP I, 79.

14. La Cour de cassation française l'a souligné dans un arrêt du 11 janvier 1973. Voir Cass civ 2^e, 11 janvier 1973, n° 71-12.446, (1973) Bull civ II 12, n° 17 (« l'exercice d'une action en justice, de même que la défense à une telle action, constitue, en principe, un droit, et ne dégénère en abus pouvant donner naissance à une dette de dommages-intérêts que dans le cas de malice, de mauvaise foi ou d'erreur grossière équipollente au dol »). Voir aussi, Cass civ, 6 novembre 1946, (1947) D, 49. Voir aussi en ce sens, Cass req, 11 juin 1890, (1891) DP I, 193; Cass civ 2^e, 16 février 1984, n° 82-12.399, (1984) Bull civ II n° 30 (action intentée sans raison sérieuse plus de 25 ans après les faits!); Cass com, 4 juillet 1995, (1995) 2 Gaz Pal Pan 231 (action intentée pour assouvir sa rancune contre le président d'une société).

15. Mais il appartient à la juridiction suprême de contrôler la qualification. Le professeur Ndiaw Diouf a eu à le souligner. Selon lui, « les juridictions de cassation exigent des juges du fond qu'ils précisent en quoi l'exercice de l'action a dégénéré en abus ». Voir Ndiaw Diouf et al, *Répertoire de jurisprudence: procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution. Recueil de décisions des juridictions sénégalaises, 1998-2004*, Dakar, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2004 à la p 27. Voir aussi cette précision en jurisprudence française: Cass civ 2^e, 6 mars 2003, n° 01-00.507, (2003) Bull civ II, 45, n° 52; Cass civ 1^e, 25 février 1986, (1986) Gaz Pal, somm 41 (annotation H Croze et Ch Morel).

diversifiées. Il suffit de se référer aux différentes décisions des juridictions dans ce domaine pour s'en convaincre. Ainsi, sans pour autant prétendre à l'exhaustivité, cette étude aura le mérite de cerner les principales manifestations des excès dans lesquels peuvent verser les acteurs intéressés, et les incidences de leurs sanctions dans la préservation des intérêts des parties.

Si la théorie de l'abus de droit en elle-même ne peut être circonscrite¹⁶, son application à l'exercice des voies de droit¹⁷, de surcroît, appréciée au regard de l'intérêt des parties, ne peut être que davantage problématique. La question majeure qu'il convient de se poser demeure celle de la mesure de la prise en compte de l'intérêt des parties dans la sanction de l'abus d'exercice des voies de droit. Le régime de l'abus d'exercice des voies de droit poursuit-il l'objectif de préservation de l'intérêt des parties? Autrement dit, quelle est la part de l'intérêt des parties dans le régime de l'abus d'exercice des voies de droit?

La pertinence de cette question jure avec l'ambiguïté de la notion d'abus applicable à l'exercice des voies de droit. L'intérêt de notre interrogation réside alors en grande partie dans le fait qu'il n'y ait jamais eu de consensus doctrinal sur la nature de l'action en justice. En principe, tout sujet de droit a la liberté d'agir en justice en vue de faire valoir ses droits. Est-il concevable alors d'admettre l'abus dans le cadre d'une liberté? Cette tendance à la qualification de l'action comme étant une liberté rend perplexe la réception de la notion d'abus dans ce domaine. En effet, il est difficilement concevable qu'une liberté, notion

16. La doctrine a essayé de rationaliser les différents critères proposés par la jurisprudence, sans complètement y arriver. Voir François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit civil: les obligations*, 11^e éd, Paris, Dalloz, 2013 aux nos 740-743. Selon certains, la conception la plus convaincante de l'abus de droit reste celle de Josserand, selon qui l'abus est l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit, à sa fonction sociale, à sa finalité. Voir Philippe Le Tourneau et Loïc Cadet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, 2002 au n° 6864. Voir aussi Georges Ripert, « Abus ou relativité des droits » (1929) 49 *Rev crit lég et jur* 33; André Rouast, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés » (1944) 42 *RTD civ* 1; Antoine Pirovano, « La fonction sociale des droits: réflexions sur le destin des théories de Josserand (À propos d'un arrêt de la 3^e Chambre civile de la Cour de cassation du 12 octobre 1971) » (1972) 12 *D Chron* 67 à la p 70.

17. La sanction de l'abus du droit d'agir en justice a pourtant été consacrée. En droit sénégalais, l'article 278 du *Code de procédure civile* l'a prévue dans le cadre de l'appel. Le droit français aussi l'a prévue. Aux termes de l'article 32-1 du nouveau *Code de procédure civile français* (ajouté par le décret n° 78-62 du 20 janvier 1978, article 14 et modifié par le décret n° 2005-1678, 28 décembre 2005, article 77): « celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés ».

abstraite¹⁸ distinguée du droit subjectif, puisse faire l'objet d'un excès¹⁹. Alors, si l'exercice d'une voie de droit est une liberté simple, le caractère indéterminé²⁰ de cette prérogative déjoue toute hypothèse d'application de la théorie de l'abus de droit. Mais, en réalité, même s'il y a une polémique²¹ sur la nature de l'exercice des voies de droit, il faut admettre que la liberté d'agir ne peut qu'être assimilée au droit d'agir. La liberté ne peut jaillir du néant. Elle n'a de contenu que lorsqu'elle peut être saisie par le droit objectif. Elle n'est alors rien d'autre qu'un parasite du droit subjectif reconnu par le droit objectif. Autrement dit, la liberté n'a d'existence que par le contenu du droit subjectif²². Les textes protecteurs des droits de la personne révèlent que les droits de l'Homme s'analysent comme des libertés dans la mesure où ils constituent des droits naturels, attachés à l'être humain²³. D'une manière générale, la même tendance à la confusion du droit et de la liberté est confortée par la *Déclaration des droits de l'Homme et*

18. Son appréhension n'est pas du tout chose aisée. Selon Montesquieu, « il n'y a point de mot qui ait reçu plus de différentes significations, [...], que celui de *liberté* ». Voir Laurent Versini, *Montesquieu. De l'esprit des lois*, t. 1, livre 11, ch 2, coll « Folio essais », Paris, Gallimard, 1995 à la p 323. Voir aussi le professeur François Terré, qui précise que « la liberté a toujours eu, aux yeux des hommes, de multiples significations » : François Terré, « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux » dans Rémi Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche et Thierry Revet, dir, *Libertés et droits fondamentaux*, 16^e éd, Paris, Dalloz, 2010, 3 à la p 3.

19. Pour certains auteurs, la théorie de l'abus de droit ne devrait jouer qu'à partir du moment où la prérogative a un contenu et une fonction suffisamment précis pour que l'activité puisse être considérée *a priori* comme licite. Voir Henri, Léon et Jean Mazeaud et André Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t 1, Paris, Montchrestien, 1957 au n° 549.

20. Néanmoins, Josserand n'excluait pas les libertés du domaine de l'abus de droit. Voir Louis Josserand, *De l'abus des droits*, Paris, Rousseau, 1905.

21. Selon le professeur François Terré, *supra* note 18 au n° 14 :

[L]a distinction de la liberté publique et du droit subjectif se manifeste notamment au sujet de la condition du justiciable. Celui-ci dispose de la liberté d'ester en justice, c'est-à-dire de saisir les tribunaux français pour obtenir justice [...]. En outre, le justiciable est investi d'un droit subjectif : l'action en justice, qui « est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée » (art 30, al 1^{er} CPC); « pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention » (al 2).

Pour d'autres, les deux concepts de droit et de liberté ne peuvent être détachés et sont forcément liés, à défaut de pouvoir être confondus. Voir Natalie Fricero et Philippe Pedrot, « Les droits fondamentaux spécifiques au procès civil » dans Cabrillac, Frison-Roche et Revet, *supra* note 18 aux pp 611-13.

22. « La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent ». Voir Versini, livre 11, ch 3, *supra* note 18 à la p 325.

23. C'est ainsi qu'il faut comprendre la stratégie de ces conventions, qui, par un souci d'accorder plus de protection aux droits attachés à la personne humaine, les érigent en liberté.

du citoyen de 1789²⁴ dans les termes de son article 2, selon lesquels les droits naturels et imprescriptibles de l'Homme « sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». Certains, plus extrémistes, iront même jusqu'à qualifier l'action en justice, en dehors de toute idée de liberté, de droit subjectif²⁵.

Par ailleurs, cela peut paraître surprenant d'admettre que l'exercice d'un droit puisse être à la source de la faute génératrice de responsabilité. S'il est légalement admis que tout fait qui cause un dommage à autrui est de nature à engendrer la responsabilité de son auteur²⁶, une telle affirmation doit être appréhendée avec une particulière délicatesse en matière d'exercice d'un droit. Ces procédures instituées pour la reconnaissance des droits subjectifs sont des prérogatives qui se justifient par elles-mêmes en ce qu'elles sont tout à fait légitimes. Aussi, il est nécessaire au regard de la fonction sociale de l'action en ce qu'il tend à la réalisation de l'ordre juridique²⁷. Mais la solution n'est pas aussi évidente. C'est, peut-être, ce qui justifie les difficultés de la doctrine et surtout les tergiversations de la jurisprudence dans la caractérisation de l'abus en la matière. Le droit d'agir demeure ainsi dans l'incertitude (I). Par ailleurs, un contentieux oppose évidemment des parties adverses. Avec l'empreinte grandissante des droits fondamentaux en matière de droit judiciaire privé, la tendance est à la préservation, en même temps et dans la mesure du possible, des intérêts en présence (II).

24. *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789*, en ligne: Légifrance <www.legifrance.gouv.fr/Droit-français/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>.

25. Serge Guinchard et al, *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès*, 3^e éd, Paris, Dalloz, 2005 au n^o 659.

26. Article 118 du *Code des obligations civiles et commerciales* du Sénégal: « Est responsable celui qui par sa faute cause un dommage à autrui ». En droit français, la règle est prévue par l'article 1382 du *Code civil*: « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

27. Roger Perrot, *Cours de droit judiciaire privé*, t 1, 1976-1977 à la p 41, cité par Yvon Desdevises, « L'abus du droit d'agir en justice avec succès » (1979) D Chron IV 21 à la p 22. Cette évidence n'est pas propre au système romano-germanique, elle est partagée par un bon nombre de systèmes juridiques. Ainsi, en droit québécois, Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, dans leur traité sur la responsabilité civile, situent bien le problème lorsqu'ils soutiennent que: « Tout citoyen a le droit fondamental de s'adresser à la justice pour préserver ses droits et obtenir réparation lorsque ceux-ci ont été lésés. Il est libre, dans les limites et conditions posées par la loi, d'utiliser tout recours ou remède, toute action ou procédure prévus à cet effet. La sanction normale de l'échec d'une action ou procédure judiciaire est uniquement la condamnation aux dépens ». Voir Jean-Louis Baudouin et Pierre Deslauriers, *La responsabilité civile*, 5^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998 à la p 137.

I. LA CARACTÉRISATION DE L'ABUS ET LA PRÉSERVATION DU DROIT D'ACTION

Les efforts de la jurisprudence dans la caractérisation des critères de l'abus d'exercice des voies de droit laissent apparaître une hétérogénéité en la matière. En effet, les juges restent indécis dans la détermination du critère de l'abus (A). Pourtant, dans un tel domaine et dans l'intérêt des parties, la loyauté devrait être une arme capitale, pour ne pas dire exclusive, pour les praticiens du droit (B).

A. Le pragmatisme du juge, source d'amalgames dans la préservation du droit d'action

Il n'y a jamais eu un critère unique de l'abus de droit²⁸. Ainsi, la diversité à laquelle a recouru la jurisprudence n'est pas sans incidence sur le sort de l'intérêt des parties (1), même si d'un autre côté, cette approche a permis de définir un large domaine d'application de l'abus d'exercice des voies de droit (2).

1. *Le droit d'action du plaideur à l'épreuve de la caractérisation de l'abus*

Malgré les efforts fournis par la doctrine²⁹, il est sans conteste que la définition des critères de l'abus relève de l'œuvre de la jurisprudence. Les juges, non sans peine, se sont attelés à la délicate tâche de déterminer la faute³⁰ ayant fait dégénérer en abus l'exercice d'une voie de droit. Au cas par cas et au fil du temps, les praticiens du droit ont

28. Plusieurs auteurs l'ont déjà souligné. Voir Georges Durry, qui a soutenu que « moins que jamais, il ne paraît possible d'établir une théorie unitaire de l'abus de droit... Les tribunaux refusent en cette matière de se laisser enfermer dans aucun système » (annotation (1972) RTD civ 398); J Mestre, « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance » dans *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, 439 à la p 473.

29. *Supra* note 16.

30. Certains auteurs relativisent cette notion de faute dans le cadre de l'abus du droit d'agir en justice. « En admettant que l'abus des droits soit une faute [...] il reste encore à savoir quel genre de faute est désigné par ce qualificatif ». Voir Boris Starck, Henri Roland et Laurent Boyer, *Droit civil : obligations*, t 1 : *Responsabilité délictuelle*, 5^e éd, Paris, Litec, 1996 au n^o 363. C'est sans doute compte tenu de cette délicatesse qu'il y a à définir l'abus et pour éviter les méfaits du pouvoir discrétionnaire du juge que le législateur québécois prend le soin de préciser la faute constitutive d'abus. Il en est ainsi aussi bien dans la loi de 2009, portant *Code de procédure civile*, que dans celle de 2014. Les juges font une application fidèle des dispositions légales. Voir, pour les applications jurisprudentielles de l'abus de procédure, Raphaël Lescop, *L'abus de procédure en droit québécois*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.

proposé des critères divers, faisant ainsi preuve de pragmatisme. Aucun critère n'a été en permanence retenu ou privilégié³¹. L'objectif à atteindre, c'est la sanction de la faute selon la spécificité de l'espèce. Il est vrai que ce qui peut être abusif dans un cas peut ne pas l'être dans un autre. Traditionnellement, la position de la jurisprudence dans la définition de l'abus semble s'orienter, *a priori*, vers des comportements graves, intentionnels de la part du plaideur. Ainsi, la Cour de cassation française a considéré que « l'exercice d'une action en justice [...] constitue, en principe, un droit, et ne dégénère en abus pouvant donner naissance à une dette de dommages-intérêts que dans le cas de malice, de mauvaise foi, ou d'erreur grossière équipollente au dol ». Cette position fut longtemps dominante³². Mais progressivement, dans une optique de freiner la prolifération d'actions non fondées, « la jurisprudence en arrive pratiquement à sanctionner des agissements simplement téméraires ou dilatoires »³³. Ce constat est général et le relâchement des juges est même allé au-delà. Cela ne veut pas dire pour autant que le critère de l'intention de nuire est abandonné. Au Sénégal, des décisions récentes en font le fondement de la sanction de l'abus. Ainsi, dans un jugement du Tribunal régional hors classe de Dakar rendu le 9 décembre 1998, les juges ont considéré que l'abus d'ester en justice n'est pas fondé, car « aucun élément établissant l'intention de nuire ou la mauvaise foi du demandeur »³⁴ n'a été relevé. La même conclusion est rendue par un jugement plus récent de la même juridiction le 13 mai 2005, où les juges ont eu à rappeler que « l'exercice d'un droit, singulièrement celui d'ester en justice, ne dégénère en abus que si son auteur a agi dans l'unique but de nuire aux intérêts du défendeur »³⁵. Ainsi, les juges, n'ayant pas relevé une intention malveillante du plaignant, ne l'ont pas sanctionné pour abus de droit. Cependant, une tendance de plus en plus accentuée est que les

31. La jurisprudence n'a entériné, de manière permanente, aucun des critères avancés par la doctrine.

32. Nous l'avons déjà souligné. Voir *supra* note 14. Voir aussi Marie-Reine Renard, « L'abus du droit d'agir en justice » (2007) 144 Gaz Pal 1522 à la p 1525. C'est la solution qui semble la plus partagée par la doctrine à l'échelle internationale. Au Québec, dans un article traitant de cette question de l'abus de procédure, Pierre Larouche en donne la définition suivante, laquelle est tirée du droit français : « [Est] abusive la procédure faite avec intention de nuire, esprit de chicane, témérité et légèreté blâmable, ou celle entachée d'une erreur grossière équipollente au dol », Pierre Larouche, « La procédure abusive » (1991) 70 R du B can 650 à la p 665.

33. H Solus et R Perrot, *Droit judiciaire privé*, t 1, Paris, Sirey, 1961 au n° 19.

34. Tribunal régional hors classe de Dakar, 9 décembre 1998, *El Hadji Diop c Arona Ndoye*, inédit.

35. Tribunal régional hors classe de Dakar, 13 mai 2005, *Établissements « Seyni Mbaye » c Ste Getma Senegal SA*, inédit.

juges sanctionnent les plaideurs sur le fondement de l'abus de droit par la seule existence d'une faute quelconque. Ainsi, n'importe quelle faute, comme dans le cadre de la responsabilité civile, peut être de nature à engager la responsabilité des parties au procès pour abus de droit³⁶. Ainsi, dans un jugement du 9 décembre 1998 rendu par le Tribunal régional hors classe de Dakar, opposant le Fonds de promotion économique (FPÉ) à la Compagnie bancaire de l'Afrique de l'Ouest (CBAO)³⁷, le demandeur a été sanctionné parce qu'il n'avait pas d'argument pertinent pour soutenir sa prétention. Dans cette affaire, il a été reproché au FPÉ d'avoir prétendu au remboursement des frais engagés par la Banque pour la vente de l'immeuble, objet de la garantie, alors que le règlement intérieur de son établissement précisait sans ambiguïté que ces frais lui étaient imputables. C'est ainsi que le juge a retenu sa responsabilité et l'a condamné pour procédure abusive, pour avoir poursuivi la Banque en justice « sur une base aussi légère », l'obligeant ainsi à supporter les frais du procès pour assurer sa défense. Dans cette affaire, il convient de se demander si le FPÉ avait vraiment l'intention de causer un préjudice à son adversaire. Si l'intention de nuire peut se définir comme « la conscience de causer un préjudice, sans avantage pour l'auteur du comportement dommageable »³⁸, nous pouvons nous permettre de douter de l'existence d'une telle volonté de la part du FPÉ. Il est vrai que si la règle de droit est claire, les faits non équivoques, l'initiative processuelle d'une partie est, *a priori*, suspecte. Mais cela ne prouve en rien son intention malveillante. Il aurait pu légitimement croire au caractère abusif de la clause contractuelle. Cela ne fait que confirmer la difficulté qu'il y a à prouver la mauvaise foi, car les faits des différentes espèces montrent que certaines attitudes des initiateurs (comme dans le cas d'espèce) peuvent facilement être interprétées dans un sens ou dans un autre.

Quant à la Cour de cassation [française], elle admet que l'abus du droit d'agir puisse être retenu sans que la preuve d'un acte de malice ou de mauvaise foi soit nécessairement rapportée³⁹.

36. À ce titre, au Québec, les dispositions du *Code de procédure civile* sont très explicites. La fourchette de définition des cas d'abus de procédure est très large, si l'on se réfère aux dispositions de l'article 54.1, alinéa 2 Cpc.

37. Affaire inédite.

38. Pirovano, *supra* note 16 à la p 67.

39. Cass civ 2^e, 10 janvier 1985, (1985) Gaz Pal I Pan 113 (annotation Serge Guinchard). Voir Gérard Cornu et Jean Foyer, *Procédure civile refondue*, 3^e éd, coll « Thémis. Droit privé », Paris, Presses Universitaires de France, 1996 à la p 326.

Il suffit que le droit d'agir en justice soit détourné de sa fonction sociale et que le plaideur n'agisse pas pour demander justice mais, par exemple, pour faire pression sur son débiteur⁴⁰ ou pour assouvir une névrose^{41, 42}

Cette conception de la faute adoptée dans l'abus de droit processuel peut certainement être justifiée. En effet, elle peut être le résultat de la volonté de protection d'autres priorités telles que l'intérêt du service public de la justice qui veille à ce que les encombrements des juridictions soient évités. Cependant, le relâchement du critère confiné dans l'intention de nuire pose, en quelque sorte, la question de l'adéquation de l'abus à l'effectivité du droit d'action des plaideurs. Il est légitime de se poser la question de savoir si cette approche de la caractérisation de l'abus est compatible avec l'intérêt des sujets de droit à sauvegarder leur liberté d'agir. Les conséquences néfastes de la « légèreté » de la caractérisation de l'abus au regard des droits des plaideurs sont innombrables. Une action en justice est souvent comprise comme une attaque, une agression, et non simplement comme l'exercice d'un droit légitime⁴³. Ainsi, les réactions des justiciables sont diverses selon l'objet en jeu ou les parties en présence. Alors, la loyauté n'est pas, le plus souvent, au rendez-vous des règles du jeu. Tous les moyens sont bons pour faire tourner le procès en sa faveur. En effet, il est sans conteste que le moyen de l'abus peut être détourné de son objet. Les défenseurs peuvent l'invoquer rien que pour recevoir des dommages-intérêts en vue de recouvrer les frais du procès, précisément, les frais

40. Cass com, 12 janvier 1976, (1977) D 141 (annotation Chartier).

41. Cass civ 3^e, 12 février 1980, (1980) JCP IV 168; Olivier De Nervo, « Le plaideur obsessionnel », 20 octobre 2004, Gaz Pal 2 et s; Fabrice Lemaire, « Les requérants d'habitude » (2004) RFDA 554; Paul Cassia, « Entre droit et psychiatrie: la quérulence processuelle » (2006) 22 AJDA 1185; Jean-Pierre Marguénaud, « La revanche européenne du plaideur compulsif frappé d'incapacité » (2009) RTD civ 677 à la p 681.

42. Nicolas Cayrol, « Dommages-intérêts et abus du droit d'agir », 2013, en ligne: HAL <hal-01017593> à la p 5.

43. Cette conception de l'action en justice a une très grande notoriété. En jurisprudence québécoise, le juge Chaput dans l'affaire *Juneau c Taillefer*, [1992] RJQ 2550 à la p 2567 (CS) s'est exprimé en ces termes:

Une action en justice est souvent vécue comme une forme d'attaque, surtout dans les matières de droit matrimonial ou familial. Tous n'y répondent pas de la même façon; il est possible que cela cause des malaises, engendre du stress, crée de l'anxiété, avec plus ou moins d'intensité selon l'objet en jeu et les parties en opposition.

Le jugement du juge Chaput a été confirmé par la Cour d'appel: *Juneau c Taillefer*, [1996] RJQ 2219 (CA).

irrépétibles⁴⁴. S'il s'avère que la tendance des juridictions dans la caractérisation de l'abus est à l'adoption de critères extensifs, les sanctions vont se multiplier, ce qui, inévitablement, entraînera des hésitations pour les justiciables à faire valoir leurs droits en justice. Il ne faudrait pas que l'abus de droit processuel, moyen servant normalement à sanctionner le zèle des plaideurs, soit finalement une arme au profit des plaideurs indéliçables, au détriment du droit d'action. La Cour d'appel du Québec a eu à le préciser dans l'affaire *Royal LePAGE*⁴⁵ en ces termes :

La faute civile consistant en l'abus d'ester constitue une limite au droit fondamental de s'adresser aux tribunaux. [...] Il faut donc dans son interprétation balancer des intérêts et des valeurs contradictoires et se rappeler qu'il faut éviter une interprétation qui dissuaderait tout plaideur de faire valoir, de bonne foi, une thèse nouvelle ou fragile.

La probabilité d'en arriver à cette hérésie est loin d'être négligeable. En effet, de nos jours, le recours aux tribunaux n'est pas le seul moyen de faire valoir ses droits. Il existe d'autres modes parallèles ou alternatifs de règlement des conflits⁴⁶, de plus en plus encouragés, ouverts aux sujets de droit. D'ailleurs, l'incitation à recourir à ces modes de justice peut être l'une des causes de l'allègement de la définition du critère de l'abus. La justice est un service public, il faut garantir son efficacité. Cependant, cette cause, si noble soit-elle, ne peut primer la liberté d'agir en justice, qui est un droit fondamental⁴⁷. Cette inquiétude a déjà été soulignée lorsque le professeur Jean Vincent précisait qu'« il ne conviendrait pas que l'exercice de l'action, prérogative essentielle pour la défense des droits, se trouvât enfermé dans les limites trop étroites. Il faut que le plaideur bénéficie d'une relative immunité »⁴⁸. Par ailleurs, l'ouverture du domaine de l'abus peut couvrir favorablement le droit d'action du justiciable.

44. Certes, la juridiction suprême est là pour contrôler la qualification de l'abus, mais que faire si elle-même a tendance à se suffire de critères objectifs d'appréciation de l'abus?

45. *Royal LePAGE Commercial inc c 109650 Canada inc*, [2007] QCCA 915 au para 42 (disponible sur CanLII) [*Royal LePAGE*].

46. Il en est ainsi de l'arbitrage, de la transaction et de la conciliation. On connaît la célèbre formule de Balzac selon laquelle « mauvais arrangement vaut mieux que bon procès », Honoré de Balzac, « Les illusions perdues » dans *La comédie humaine*, t 5, Paris, Gallimard, 1977 à la p 730.

47. Guinchard et al, *supra* note 25 au n° 660 et s.

48. Jean Vincent, *Procédure civile*, 17^e éd, Paris, Dalloz, 1994 au n° 15, cité par R Martin, « De l'abus du droit d'action à l'article 700 du nouveau Code de procédure civile » (1976) JCP IV 6630.

2. Le domaine de l'abus et la valorisation du droit d'action du plaideur

L'abus de l'exercice des voies de droit a une portée très large. Il peut s'agir de l'abus des voies d'action, comme il peut s'agir de l'abus des voies d'exécution. Dans le cadre du procès, l'abus peut être invoqué « en première instance aussi bien que sur voie de recours, au principal comme sur incident, devant le juge du fond comme devant le juge des référés, l'abus du demandeur comme l'abus du défendeur »⁴⁹. On aurait tendance à comprendre l'abus particulièrement dans l'hypothèse de la demande en justice. Ce serait là une médiocre compréhension de l'action en justice, dans la mesure où l'action en justice, c'est le droit de soumettre une prétention au juge, mais aussi le droit de discuter le bien-fondé de la prétention⁵⁰. L'abus du droit d'agir en justice est alors admissible aussi bien en demande qu'en défense. Ainsi, le défendeur qui, en résistant abusivement aux prétentions de son adversaire, le contraint à intenter une action peut être sanctionné⁵¹. Un auteur a pu souligner : « il y a en effet matière à abus aussi bien dans le fait de contraindre injustement son adversaire à plaider que dans celui de provoquer des incidents d'instance dans un but dilatoire »⁵². Cette position est partagée par la plupart des systèmes juridiques; il en est ainsi en droit québécois où les juges de la Cour d'appel ont, dans l'affaire *Viel*⁵³, précisé ce large domaine de l'abus de procédure.

Néanmoins, le seul fait de la condamnation du défendeur n'établit pas qu'il ait abusé de son droit de défense. La résistance opposée par

49. Loïc Cadiet et Philippe Le Tourneau, « Abus de droit » dans *Répertoire civil Dalloz*, Paris, Dalloz, 2002 au n° 450. En faveur de l'abus du droit d'agir en référé, voir le revirement opéré par l'arrêt Cass com, 2 mai 1989, (1989) Bull civ IV, n° 143; [1989] RTD civ 806 (annotation Normand).

50. Voir la définition de l'action en justice fournie par l'article 30 du *Code de procédure civile* français. Voir, pour les controverses doctrinales sur la notion d'action en justice, Guinchard et al, *supra* note 25 aux pp 1130-38.

51. Cass civ 1^{re}, 5 avril 1954, (1954) Gaz Pal I 379.

52. Jean Vincent, *Répertoire en procédure civile*, 2^e éd, Paris, Dalloz, 1978, v° Action, n° 9 et s.

53. Voir *Viel c Entreprises immobilières du terroir Itée*, [2002] RJQ 1262 (CA), 2002 CanLII 41120 (QC CA). Il ressort de ce jugement que l'abus de procédure consiste en une faute commise à l'occasion d'un recours judiciaire et peut prendre l'une des hypothèses suivantes :

1) la contestation judiciaire de mauvaise foi dès le départ, en demande ou en défense d'un droit non existant. C'est le cas lorsque la partie fautive, « [...] de mauvaise foi, et conscient[e] du fait qu'[elle] n'a aucun droit à faire valoir, se sert de la justice comme [si elle] possédait véritablement un tel droit », *ibid* au para 75; ou

2) la multiplication des procédures et la poursuite inutile et abusive du débat judiciaire en cours de route. C'est le cas de « l'abuseur qui réalise son erreur et s'enferme dans sa malice pour poursuivre inutilement le débat judiciaire », *ibid* au para 84.

une partie, se trouvant dans une certaine mesure justifiée par le rejet de certaines des prétentions de son adversaire, ne peut pas constituer une faute génératrice d'un préjudice⁵⁴.

L'abus peut aussi être commis dans le cadre des voies de recours. Celles-ci sont ouvertes aux justiciables pour écarter les risques d'erreur ou sanctionner l'injustice des décisions des premiers juges. Cependant, elles allongent en même temps le procès. Les plaideurs peuvent alors y recourir rien que pour retarder la sanction. Ils les auront alors utilisées dans un but purement dilatoire. La théorie de l'abus de droit permet de limiter cet inconvénient. Ainsi, l'abus de droit peut être sanctionné dans le cadre de l'appel⁵⁵, la jurisprudence en ce sens est abondante⁵⁶. Cela se comprend en raison de l'effet suspensif de cette voie de recours. La portée de l'admission de l'abus de droit en appel est loin d'être négligeable. En effet, sur le fondement de l'effet dévolutif de l'appel, les juges du second degré peuvent, sous le contrôle de la Cour de cassation, sanctionner pour abus une demande ou une défense admise en premier ressort⁵⁷. Quant au pourvoi en cassation, sa particularité rend subtile l'admission de l'abus à ce niveau du procès. En effet,

54. Cass civ 1^{re}, 30 novembre 1971, (1971) Bull civ I n° 300. Après de nombreuses hésitations, la Cour de cassation française a précisé que n'est pas légalement justifiée la décision qui se borne à énoncer que le comportement fautif du défendeur peut être interprété comme des réticences inexplicables, lesquelles ont contraint le demandeur à entreprendre un recours en justice préjudiciable parce qu'onéreux et source de frais irrépétibles, un tel motif ne faisant pas apparaître que la résistance du défendeur ait revêtu un caractère abusif. Voir Cass civ 2^e, 20 décembre 1973, (1973) Bull civ II 279, n° 342; Cass civ 3^e, 18 février 1998, (1998) JCP IV n° 1809.

55. Cependant, il faut préciser que le fait pour les appelants d'invoquer les mêmes moyens que ceux qu'ils ont présentés devant les premiers juges et qui ont été explicitement rejetés par ces derniers ne constitue pas à lui seul un abus du droit d'appel (Cass civ 3^e, 16 janvier 1991, (1991) D Somm 323 (annotation J-L Aubert); (1991) Bull civ III 15 n° 26). Admettre l'abus dans une telle hypothèse aurait privé de tout intérêt la voie de l'appel.

56. Dans la jurisprudence sénégalaise, voir CA Dakar, arrêt n° 96 du 6 février 2009, *Consorts Thiaye c Amadou Ly dit Yaya*, (2011) 1 Bulletin des arrêts rendus par la Cour d'appel de Dakar en matière civile et commerciale aux pp 164-66; CA Dakar, arrêt n° 197 du 22 février 2010, *héritiers de feu Oumar Gueye c héritiers de Laly Ndiaye*, *ibid* aux pp 212-15; CA Dakar, arrêt n° 351 du 22 avril 2010, *Hôtel Novotel c Jorgen Runholm* aux pp 221-24 [*Hôtel Novotel*]. Voir, pour la jurisprudence française, Cadiet et Le Tourneau, *supra* note 49 au n° 150 et s. L'exercice du droit d'opposition a donné lieu à beaucoup moins de jurisprudence. Il a, par exemple, été jugé que la condamnation d'un mari à des dommages et intérêts envers sa femme demanderesse en séparation de corps est légalement justifiée par la décision relevant que l'opposition du mari à un précédent jugement par défaut, repoussant sa demande de prorogation d'enquête, démontre le caractère dilatoire, vexatoire et de mauvaise foi d'une procédure manifestement engagée en vue de retarder la liquidation de la communauté. Voir Cass req, 10 mai 1937, (1937) DP I 82 (annotation H. L.).

57. Desdevises, *supra* note 27 à la p 21.

devant la juridiction suprême, les parties ne soulèvent pas des arguments de fond. Seules des questions de droit sont soulevées et traitées par le juge. Néanmoins, le droit français n'a pas minimisé cette possibilité d'abus de recours devant la Cour de cassation⁵⁸.

L'élargissement du domaine de l'abus est louable. L'abus ne doit pas être favorisé dans aucun domaine juridique. On le sait, il a été institué pour assurer la police de l'exercice d'un droit subjectif. Il aurait été regrettable que la réception de la théorie de l'abus soit cantonnée en première instance dans le cadre de la demande en justice. Tous les efforts fournis en vue de contrecarrer les actions mal intentionnées auraient été vains. Le contentieux devant le juge ne se limite pas en première instance. Des voies de recours sont prévues pour assurer une meilleure protection des droits des justiciables. En première instance comme en appel, les parties présentent des arguments pour assurer leur défense. C'est dans le cadre de celle-ci que des abus peuvent être commis. Quel serait alors l'intérêt de sanctionner la faute en première instance et de permettre qu'elle puisse être commise en appel ou en cassation? Seulement, cet argument ne peut prospérer que compte tenu de la portée de la caractérisation de l'abus. Il ne sert à rien de prétendre protéger une partie par l'entremise d'un abus « fictif » en hypothéquant parallèlement le droit d'action. Dans deux affaires jugées le 12 décembre 2013, la Cour de cassation encadre la notion d'abus du droit d'agir en justice. Dans la première affaire⁵⁹, un salarié ayant saisi la juridiction prud'homale avait finalement choisi de se désister après la tentative de conciliation, sans avoir déposé aucune pièce ni motivation. La Cour d'appel y avait alors vu le signe d'un usage injustifié de la procédure judiciaire. Dans la seconde affaire⁶⁰, un employeur avait interjeté appel d'un jugement avec, selon la Cour d'appel, une argumentation faible et une « insuffisance manifeste au niveau de la preuve » ayant pour objectif d'allonger les délais de justice au détriment du salarié. Dans les deux cas, la Cour d'appel avait donc

58. Modifiant la disposition générale de l'article 581 du nouveau *Code de procédure civile*, l'article 628 édicte en effet que : « [l]e demandeur en cassation qui succombe dans son pourvoi peut, en cas de recours jugé abusif, être condamné à une amende civile dont le montant ne peut excéder 20 000 F et, dans les mêmes limites, au paiement d'une indemnité envers le défendeur ». L'essentiel ici tient au plafonnement de l'indemnité sanctionnant l'abus, qui s'explique par la spécificité du débat en cassation. Voir Cadiet et Le Tourneau, *supra* note 49 au n° 163.

59. Cass soc, 12 décembre 2013, n° 12-20.575, en ligne : Actualités du droit <<http://actualites.dudroit.lamy.fr/Accueil/Articles/tabid/88/articleType/ArticleView/articleId/123834/Quand-commence-labus-du-droit-dagir-en-justice-.aspx>>.

60. Cass soc, 12 décembre 2013, n° 12-21.979, *ibid*.

considéré que ces agissements constituaient des actions dilatoires et abusives et avait condamné les fautifs à une sanction pécuniaire. Les hauts magistrats ne sont pas de cet avis, puisque selon eux, ces agissements ne constituent pas une faute faisant dégénérer en abus le droit d'agir en justice. Aussi, la jurisprudence ne s'est pas hasardée à punir le seul fait d'avoir perdu son procès⁶¹. Cela aurait été un non-sens que de condamner, systématiquement, une partie qui aurait agi en justice à tort. En effet, la matière juridique est parsemée d'incertitudes et l'action en justice est par essence aléatoire. C'est d'ailleurs ce qui la fonde, car les droits non contestés sont mis en œuvre en toute quiétude. Le plaideur, initiateur du procès, peut se méprendre, en toute bonne foi, sur le bien-fondé de son droit. Aussi, pendant longtemps, l'abus du droit d'agir ne pouvait se concevoir en cas de succès, même partiel, de l'action⁶². Logiquement, l'exercice avec succès du droit d'agir en justice ne saurait être abusif⁶³. C'est ainsi qu'il a été décidé qu'une cour d'appel ne peut pas, sans heurter la logique, tout à la fois confirmer une décision de condamnation au fond qui lui était déférée et conclure à l'existence d'un abus dans l'exercice des voies de recours⁶⁴.

Par ailleurs, l'extension du domaine de l'abus n'empêche pas qu'il y ait des droits qui ne sont pas susceptibles d'abus. Il en est ainsi des droits discrétionnaires⁶⁵. À titre illustratif⁶⁶, ne peut faire l'objet d'abus le droit de défendre sa propriété contre l'intrusion d'autrui⁶⁷. Par ailleurs, le droit de rétention a pu être perçu comme une prérogative qui ne peut faire l'objet d'abus. Mais cette idée, même si elle a été

61. Solus et Perrot, *supra* note 33 au n° 114 à la p 112. Voir *contra*, TR Dakar, 2 novembre 2004, *Sagor Diop c SDV* dans Diouf et al, *supra* note 15 aux pp 25-27.

62. Cass civ 1^{re}, 14 octobre 1964, (1964) Bull civ I n° 448; Cass civ 2^e, 11 mars 1987, (1987) Gaz Pal I Pan 114; Voir *contra*: Cass civ 2^e, 16 juin 1993, (1993) JCP IV 2118 (qui admet qu'une cour d'appel, tout en accueillant favorablement son appel, ait pu condamner l'appelant pour abus de droit; mais, en l'espèce, l'abus ne tenait pas à l'exercice de l'appel: c'était un abus de défense en première instance, le défendeur ayant tu sa véritable situation juridique [d'usufruitier et non pas de nu-propiétaire] jusqu'au transport du tribunal sur les lieux).

63. Cass civ 2^e, 18 novembre 1971, (1972) D somm 39; Cass civ 3^e, 2 mai 1976, (1976) D IR 221. Voir *contra*, Cass com, 11 mai 1999, n° 98-11.392, (2000) D somm 96 (annotation Honorat). Voir aussi Desdevises, *supra* note 27 à la p 21.

64. Cass civ 2^e, 5 juillet 2001, (2001) Resp civ et assur n° 312.

65. Rouast, *supra* note 16.

66. Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck, *Les obligations*, 6^e éd, Paris, LGDJ, 2013 au n° 121.

67. Cass civ 3^e, 7 novembre 1990, (annotation M Giannotti), « La défense du droit de propriété contre un empiètement ne saurait dégénérer en abus » (1991) RD I 303.

soutenue par une partie de la doctrine⁶⁸, est controversée en jurisprudence⁶⁹. Dans tous les cas, l'exercice d'un droit ne peut être validé si son titulaire est animé de mauvaise foi. Seule la loyauté peut demeurer un critère permanent d'appréciation de l'abus.

B. La nécessaire prépondérance de la loyauté dans la caractérisation de l'abus

Discipline où chaque partie œuvre à défendre ses intérêts, la procédure civile est un terrain où l'égoïsme ne se fera pas prier. C'est la raison pour laquelle le juge doit faire preuve de vigilance en mettant en avant la loyauté (1). Pour y arriver, il ne devrait pas ignorer certains facteurs qu'il faudrait impérativement intégrer (2).

1. La loyauté, un critère équitable de caractérisation de l'abus

La question est de savoir s'il faut, pour admettre l'abus, se contenter de toute faute commise dans l'exercice des voies de droit ou, au contraire, s'il faut nécessairement établir l'existence de la mauvaise foi du plaideur. La référence à la mauvaise foi du plaideur est, sans nul doute, la solution la plus cohérente et la plus rationnelle au regard de la liberté d'agir en justice. Toute personne a le droit de saisir le juge en vue de faire valoir ses prérogatives. Or, de plus en plus, l'abus du droit d'agir est retenu même si le justiciable est de bonne foi ou n'a nullement l'intention de causer un préjudice. Mais il convient de s'interroger sur la pertinence d'une telle appréciation dans le cadre du droit judiciaire privé. L'exercice d'une voie de droit est un moyen qui permet aux justiciables de bénéficier effectivement des règles juridiques. En effet, la relation entre l'accès à la justice et l'accès au droit a été démontrée avec une particulière pertinence par une doctrine avertie. C'est ainsi que la professeure Marie-Anne Frison-Roche a précisé que « le lien entre "accès au droit" et "accès à la justice" est très fort, car il est circulaire :

68. Selon M Derrida, « le droit de rétention n'est pas susceptible d'abus, par essence même, il est exercé dans l'intention de nuire au débiteur, son efficacité dépend du préjudice qu'il cause », voir *Encyclopédie juridique Dalloz: Rép civ*, « Droit de rétention » 197 au n° 86. Voir aussi N Catala-Franjou, selon qui « le droit de rétention tire toute sa force des inconvénients qu'il engendre. N'en comporterait-il aucun que le débiteur ne serait guère incité à payer. Plus vifs les désagréments que la rétention cause au débiteur, plus vite celui-ci ira à Canossa ». Voir Cass civ 1^{re}, 17 juin 1969, (1970) JCP II 16162 (annotation ss).

69. Mestre, *supra* note 28 aux pp 465-68.

il faut avoir un accès au droit pour avoir accès au juge, il faut avoir accès au juge pour avoir accès au droit »⁷⁰.

Seulement, il faut défendre la légitimité d'un tel accès au droit. Nul ne peut s'arroger une prérogative fictive, car ce serait là une preuve caractéristique de la mauvaise foi. Un arrêt de la Chambre civile de la Cour d'appel de Dakar rendu le 22 avril 2010⁷¹ nous en fournit un exemple. Dans cet arrêt, l'Hôtel Novotel était poursuivi en justice par des clients qui avaient perdu divers objets à l'occasion d'un séminaire organisé le 23 décembre 2005 dans les locaux de l'hôtel. En conséquence, l'hôtel avait appelé en cause son ex-assureur. Or, il relevait des faits de l'espèce que l'hôtel avait pris l'initiative de résilier le contrat d'assurance le 28 novembre 2005 suivant un avenant n° 3 en date du 6 février 2001, soit cinq ans avant que le vol ne se produise. C'est ainsi que la compagnie d'assurance a souligné qu'« il ne pouvait donc l'appeler en cause, car elle ne peut garantir une responsabilité née cinq ans après la fin de leurs relations contractuelles » et a demandé que l'hôtel soit condamné à des dommages et intérêts pour appel en cause abusive. La Cour d'appel a fait droit à la demande de la compagnie d'assurance.

La solution de la Cour d'appel est salutaire. En effet, dans cette espèce, la mauvaise foi du plaideur est caractérisée. La relation juridique qui le liait à son adversaire étant rompue depuis bien des années au moment de la survenance du litige; il a agi sans droit en toute connaissance de cause. Parallèlement, l'accès au juge permet l'accès au droit. La voie de l'action en justice doit alors être rendue aisée sans pour autant céder au laxisme. Dans cette optique, seule une sanction rationnelle de l'abus pourra servir. La rationalité en la matière ne peut être satisfaite que par le moyen de la loyauté.

En effet, les œuvres de la loyauté dans les différents domaines juridiques sont avérées⁷². Elle a gagné la sympathie des droits substantiels,

70. Marie-Anne Frison-Roche, « Le droit d'accès à la justice et au droit » dans Cabrillac, Frison-Roche et Revet, *supra* note 18, 501 à la p 501. Est aussi cité par l'auteur Jacques Ribs, « L'accès au droit » dans *Libertés. Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, 415 à la p 415.

71. *Hôtel Novotel*, *supra* note 56 aux pp 221-24.

72. En droit des contrats, la loyauté est le fondement de la remise à discussion de plusieurs classiques. Ainsi, le rejet de la théorie de l'imprévision est toujours en vigueur, mais le refus de renégociation de la part du bénéficiaire du déséquilibre économique, fondé sur la mauvaise foi, peut être sanctionné. Voir arrêt *Huard*, Cass com, 3 novembre 1992, (1993) JCP II 22164 (annotation G Virassamy). Aussi, en droit social, il a été décidé que « l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois ». Voir Cass soc, 25 février 1992, (1992) D 390 (annotation M Défossez).

particulièrement celle du droit du contrat⁷³. Aussi, le droit de la preuve est profondément basé sur la loyauté⁷⁴. Ses vertus, loin d'être imaginaires, ont été soulignées, au point de l'ériger en grand principe⁷⁵. En droit judiciaire privé, la loyauté doit avoir la même considération⁷⁶. Les parties à l'exercice d'une voie de droit doivent être animées de bonne foi. D'ailleurs, la loyauté innerve un grand nombre de règles de la procédure civile. Ce principe joue un rôle capital en tant que technique d'irrecevabilité des demandes d'une même partie qui se contredisent⁷⁷. Aussi, il y a une constante observation de la loyauté dans les règles de communication des pièces. Il est alors temps, au regard de ce large recours à la loyauté, de s'interroger sur l'existence d'un principe général de loyauté en matière processuelle. Ainsi, l'appréciation de toute faute commise doit être faite sur le fondement de cette bonne foi. En d'autres termes, c'est fondamentalement la mauvaise foi caractérisée qui devrait conduire à la sanction du justiciable sur le fondement de l'abus de droit. En effet, la conception de la faute dans l'abus de droit processuel doit être nuancée de celle admise dans le droit commun de la responsabilité civile. Dans cette discipline, toute faute est de nature à engager la responsabilité de son auteur. Cette conception ne peut être reconduite dans le cadre de l'exercice des voies de droit. Deux raisons peuvent être avancées. D'abord, l'impératif de sauvegarde de la liberté d'action dans l'intérêt du justiciable le commande. Ensuite, il est difficilement concevable qu'on puisse confondre le régime de la

73. La matière contractuelle a de plus en plus intégré la loyauté comme principe intangible et concurrent du principe autonomiste d'interprétation du comportement contractuel des parties. L'article 1134, alinéa 3 du *Code civil français* la prévoit expressément à côté de la force obligatoire du contrat, énonçant que « [l]es conventions doivent être exécutées de bonne foi ». Voir Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *supra* note 66 au n° 764.

74. Il est interdit de produire un moyen de preuve déloyal. Par exemple, l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué et conservé à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est considéré comme un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue. Voir Cass Ass plén, 7 janvier 2011, (2011) RTD civ 127 (annotation B Fages).

75. Anne Leborgne, « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe » (1996) RTD civ 535 et s.

76. Certains juges l'ont compris; il en est ainsi du juge québécois qui a précisé, dans l'affaire *Royal Lepage*, *supra* note 45 au para 39, que « [l]a bonne foi requiert qu'elles [les parties] exercent leur droit d'ester dans le respect de certaines règles afin de sauvegarder les finalités du système juridique et non les pervertir. L'action en justice est destinée à faire triompher le droit et la vérité; l'utiliser à d'autres fins est un abus ».

77. La mauvaise foi est synonyme de déloyauté. L'estoppel est prévu en droit judiciaire privé. Voir Cass Ass plén, 27 février 2009, n° 07-19.841, (2009) D 723 (annotation X Delpesch), où l'estoppel se traduit par une irrecevabilité de la prétention contredisant son comportement antérieur.

responsabilité civile avec celui de l'abus de droit⁷⁸. Pour engager la responsabilité de droit commun d'une personne, il faut établir l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice⁷⁹. Ces trois paramètres sont cumulatifs. Alors que dans le cadre de l'abus d'exercice des voies de droit, seule la faute est le plus souvent invoquée. L'existence d'un préjudice est en quelque sorte indifférente. En effet, rares sont les décisions, retenant l'abus, qui soulignent le préjudice subi par la victime. Il en est ainsi dans un jugement du Tribunal régional de Dakar rendu le 22 décembre 1993⁸⁰, opposant, d'une part, Manama Konté et Fatou Ndiaye et, d'autre part, la Société des pétroles BP Sénégal. Dans cette affaire, les juges ont condamné les initiateurs du procès à des dommages et intérêts pour avoir, par leur action, retarder la vente des biens saisis par la société. Elle précise ensuite que cette attitude a causé un préjudice à la Société des pétroles, ce qui justifie la sanction. Il est vrai que le préjudice peut se confiner dans le fait de faire mobiliser à la victime tous les moyens nécessaires (défenseurs, finances, temps, etc.), de lui faire subir un stress et de porter atteinte à son honorabilité, pour répondre d'une action en justice, mais les juridictions ne prennent pas toujours la peine de souligner expressément le préjudice subi. En France, un arrêt de la Cour de cassation a même accordé d'office une indemnité à l'adversaire, alors que celui-ci n'avait rien demandé⁸¹. En conséquence, les dommages et intérêts ne sont pas alloués au *pro rata*⁸². Si la loyauté est nécessaire à la caractérisation de l'abus, un autre impératif pour sa consécration demeure celui de son appréciation.

78. Cependant, la faute dans l'abus est souvent analysée comme dans la responsabilité civile de droit commun.

79. Ce sont les conditions traditionnelles de la responsabilité civile. Voir J Flour, J-L Aubert et E Savaux, *Droit civil. Les obligations, vol 2 : Le fait juridique*, 13^e éd, Paris, Dalloz, 2009 à la p 108.

80. Affaire inédite.

81. Cass com, 6 juin 2001, (2001) JCP II 10587 (annotation Anne Perdriau).

82. Voir arrêt du 5 juillet 1985 relatif à l'article 628 du *Code de procédure civile*, (1986) RTD civ 169. Voir aussi, Anne Perdriau, « Les conséquences pécuniaires qui s'attachent aux pourvois civils » (1997) JCP I 4014. Soulignons notamment que la sanction de l'abus de procédure est très prononcée en jurisprudence québécoise, allant du rejet de la demande en justice ou de l'acte de procédure abusif aux sanctions pécuniaires. Voir Marc-Alexandre Hudon et Frédéric Pérodeau, « La prévention de l'utilisation abusive des tribunaux (art. 54.1 et s. du *Code de procédure civile*) » dans *Développements récents et tendances en procédure civile*, vol 320, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010, 241.

2. Les éléments fondamentaux d'appréciation de la loyauté

Le droit judiciaire privé est une matière à double visage. Il assure l'effectivité de la règle de droit au grand bénéfice des sujets de droit. En même temps, il comporte un aspect agressif au regard des justiciables qui subissent les procédures ou qui perdent le procès. À ce titre, les procédures doivent être rigoureusement réglementées pour assurer leur efficacité au service d'une meilleure gouvernance de la justice et d'une bonne assise de l'État de droit. En effet, une observation correcte du droit objectif contribuera à aboutir à ce résultat. La règle de droit ne peut être mieux traitée que par une application spontanée de la part de ses destinataires. À défaut, une contrainte devient nécessaire dans le cadre d'un procès ou d'une mesure d'exécution. Mais il ne faudrait pas que cette contrainte réduise à néant l'effet voulu : la protection des droits des justiciables. Chaque partie doit pouvoir bénéficier des avantages qu'offre la matière procédurale. Cet équilibre ne peut être mieux assuré, nous l'avons souligné, que par un recours sans conteste à la loyauté dans les comportements processuels.

Toutefois, le nœud du problème, c'est de savoir comment faire une bonne appréciation de la loyauté sans porter atteinte aux intérêts des justiciables.

La loyauté interpelle une certaine observation subjective des agissements des parties. En effet, elle rejoint la bonne foi, qui suppose un comportement honnête, conforme à la morale dans tous domaines et à toutes les étapes de la procédure. Cependant, il est impossible de caractériser la loyauté de manière homogène, sans pour autant porter une attention particulière à différents facteurs qui entrent en ligne de compte. Ainsi, au-delà de la personne des parties⁸³, le fond du droit, le préjudice subi, le niveau du procès sont autant d'éléments qu'il serait utopique d'ignorer dans la sanction de l'abus d'exercice des voies de droit. Celle-ci ne peut être efficace que si les parties ne sont pas lésées dans leurs intérêts. Or, la sensibilité de ces dernières est différemment perceptible. L'appréciation de la loyauté doit pour autant varier. En matière contractuelle, la volonté des parties a fondé un lien de droit qui existe entre elles. Il n'en est pas de même, ou tout au moins pas au

83. Dans tous les domaines juridiques, la personne du sujet de droit est prise en compte dans l'appréciation de la responsabilité. Ainsi, en matière de vente, l'obligation d'information diffère selon que l'intéressé est ou non un professionnel. Voir Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *supra* note 66 au n° 776.

même degré, en matière familiale⁸⁴. Par exemple, l'exécution des créances alimentaires est une obligation légale qui ne dépend pas du bon vouloir des intéressés. L'abus peut alors être caractérisé en dehors de toute appréciation du comportement du débiteur. Dès que l'action en justice ou l'inexécution de la créance laisse apparaître une quelconque réticence volontaire à l'exécution ou que celle-ci se manifeste en un acte conduisant à retarder l'exécution, la sanction devrait être prononcée⁸⁵. C'est en matière contractuelle qu'il est essentiel d'interpréter le comportement du débiteur récalcitrant. En effet, la volonté ne peut s'affranchir de la loyauté. C'est ainsi qu'il a été souligné que « la jurisprudence contemporaine fait reculer les droits discrétionnaires, en se référant à des notions comme la mauvaise foi d'un contractant, ses procédés vexatoires ou ses promesses fallacieuses : autant "d'abus par déloyauté" »⁸⁶.

Aussi, le niveau de la procédure doit être pris en compte dans l'appréciation de la loyauté. C'est ainsi que la mauvaise foi est beaucoup plus caractérisée lorsque le procès est avancé. Au second degré ou en cassation, l'attitude du plaideur qui invoque des moyens sans fondement juridique sérieux ne peut être interprétée que par un acte de mauvaise foi qui justifierait la sanction. En effet, la bonne foi est synonyme de cohérence du comportement⁸⁷ permettant de préserver l'attente légitime du plaideur triomphant à l'exécution de son droit.

Enfin, doit être considérée la gravité de la violation de l'obligation en cause. Cet aspect intègre, en quelque sorte, les deux facteurs précédents. L'inexécution d'obligations d'ordre public causera certainement à son créancier un préjudice plus profond. Dans ce domaine, il s'agit le plus souvent d'obligations protectrices des droits de la personne ou de droits familiaux, patrimoniaux ou extrapatrimoniaux. Il serait contraire à l'optique d'encadrement de ces droits de laisser une

84. En droit français, le débat de la contractualisation de la famille est lancé. Voir Dominique Fenouillet et Pascal de Vareilles-Sommières, dir, *La contractualisation de la famille*, Paris, Economica, 2001. Certains parlent même de « privation » de la famille. Voir en ce sens Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron, *Droit civil. La famille*, 4^e éd, Paris, LGDJ, 2011 au n° 92. Cependant, il faut souligner que le droit de la famille demeure fortement régi par les règles d'ordre public.

85. Bien plus, en raison du caractère d'ordre public de l'obligation alimentaire, toute renonciation aux garanties d'exécution de la pension alimentaire ou au droit de demander la révision est interdite. Voir Cass civ, 21 janvier 1930, (1930) S I 322.

86. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *supra* note 66 au n° 121; Philippe Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, thèse Aix-en-Provence, Paris, LGDJ, 2000 au n° 26.

87. Dimitri Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

quelconque place à l'interprétation de la volonté de celui qui les méconnaîtrait. Aussi, les voies de recours sont exercées dans le but de revenir sur la décision rendue en première instance en faveur d'une partie. Ce serait remettre en cause le droit à l'exécution de cette dernière que de relancer le procès sur des fondements erronés. La saisine de la juridiction du second degré empêcherait le plaideur triomphant d'user des voies d'exécution si le perdant ne s'exécute pas de manière spontanée. En effet, le lien entre la procédure civile et les voies d'exécution⁸⁸ est certain. La procédure civile sanctionne en justice les droits et obligations des particuliers, mais cette sanction judiciaire matérialisée par la décision de justice ne contraint pas le débiteur à s'exécuter. Pour cela, il faut mettre en œuvre les voies d'exécution.

Ainsi, les procédures d'exécution contribuent à l'effectivité des droits de créance et des décisions de justice. Le créancier attendant souvent, parfois avec impatience, le paiement de ce qui lui est dû, il doit donc disposer de moyens efficaces pour obtenir le paiement de sa créance. Mais, parallèlement, la mise en œuvre d'une voie d'exécution est toujours un drame pour le débiteur qui la subit, sa vie pouvant en être bouleversée. Ainsi, il mérite aussi une protection. Certaines législations, plus précisément celle du Québec, prévoient expressément que « le tribunal peut, après le jugement, rendre toute ordonnance propre à faciliter l'exécution, volontaire ou forcée, de la manière la plus conforme aux intérêts des parties et la plus avantageuse pour elles »⁸⁹. Il faut alors établir un équilibre entre ces deux impératifs antagonistes : celui de protection du créancier et de celui de protection du débiteur.

II. L'ABUS ET L'EXERCICE DU DROIT À L'EXÉCUTION : À LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE ENTRE LES INTÉRÊTS EN PRÉSENCE

Le créancier a droit à sa créance, mais le débiteur ne doit pas pour autant en être lésé. L'abus de droit est un moyen qui permet de sauvegarder le droit à l'exécution du créancier (A) et les intérêts du débiteur (B).

88. Certainement, les procédures d'exécution peuvent se passer d'une décision de justice puisque d'autres titres, tels qu'un acte notarié, justifient parfois la mise en œuvre d'une saisie.

89. Article 657 de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, Projet de loi n° 28, *supra* note 9.

A. L'abus, un outil de veille au droit à l'exécution du créancier

La résistance abusive du débiteur dans l'exécution de la créance est sanctionnée (1), mais le créancier ne doit pas, dans l'exercice de son droit, léser les intérêts des créanciers concurrents au regard du patrimoine du débiteur (2).

1. La sauvegarde du droit à l'exécution du créancier poursuivant

Le droit à l'exécution est un droit absolu pour le créancier⁹⁰. L'article 28 de l'AUPSRVE dispose que :

À défaut d'exécution volontaire, tout créancier peut, quelle que soit la nature de sa créance, dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard ou pratiquer une mesure conservatoire pour assurer la sauvegarde de ses droits.

En effet, le créancier doit être protégé dans le recouvrement de sa créance. Il est vrai, de nos jours, avec l'influence de plus en plus pressante des droits fondamentaux sur l'exercice des voies de droit, que le droit à l'exécution subit la pression de droits concurrents tels que les droits des autres créanciers et ceux du débiteur éprouvé. Mais, cela n'empêche pas que l'intérêt du créancier soit sauvegardé. D'abord, la protection du droit à l'exécution du créancier est assurée, à titre préventif, par l'entremise de la réglementation des mesures d'exécution. Ensuite, l'abus peut être sanctionné dans le cadre d'un contentieux. En effet, le perdant qui ne s'exécute pas volontairement peut être contraint d'y procéder. Mais sa résistance peut le conduire à tenter d'anéantir ou de bloquer, de mauvaise foi, l'exécution de la contrainte. Il pourrait alors user, de façon malencontreuse, de voies de résistance que la loi lui offre.

D'abord, l'appel peut être utilisé, contrairement à son objet, comme un moyen de se soustraire à ses obligations ou, du moins, d'en retarder

90. Pourtant, il a été souligné ce qui suit :

Il est fréquent qu'un créancier après avoir obtenu un titre exécutoire n'obtienne jamais l'exécution du fait de l'insolvabilité de son débiteur; il n'est pas exceptionnel non plus que la force publique, tenue de prêter son concours à l'exécution des jugements, se dérobe. À l'évidence, ces situations portent une atteinte grave, essentielle, au caractère exécutoire des décisions passées en force de chose jugée car il s'agit justement de s'accommoder plus ou moins de l'absence d'exécution.

Voir Christine Hugon, «L'exécution des décisions de justice» dans Cabrillac, Frison-Roche et Revet, *supra* note 18, 673 à la p 674.

l'exécution⁹¹. Ainsi, le lien entre l'action et le droit ne peut être contesté. Le danger est d'autant plus grand que normalement, l'appel a un effet suspensif. Il en est ainsi en droit commun de la procédure civile. Les exemples d'appel suspect sont innombrables⁹². D'une manière plus générale, à chaque fois que la situation juridique des intéressés est indemne de toute équivoque — clarté à laquelle auront contribué les juges de première instance —, l'appel paraîtra suspect⁹³. La qualification du caractère dilatoire de l'appel relève de l'appréciation des juges. Il en est ainsi dans une décision rendue le 9 mars 2012 par la Cour d'appel de Dakar⁹⁴. Dans cette affaire relative à une vente de fonds de commerce, l'acheteur avait versé un acompte, à charge pour lui de verser le reliquat au vendeur. N'ayant pas honoré cette obligation, le contrat a été rompu et il appartenait au vendeur de lui restituer la somme déjà versée. Ce dernier, faute d'avoir trouvé un autre acquéreur, n'a pas remboursé l'acompte. C'est sur ce fondement que l'acheteur initial a saisi les juridictions. Le tribunal régional de Dakar ayant condamné le vendeur à rembourser, ce dernier a saisi la juridiction du second degré. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge du premier degré, mais a rejeté l'appel incident de l'acheteur tendant à faire

91. Ce peut être à l'initiative du plaideur quérulent décrit en jurisprudence québécoise dans l'affaire *Tannenbaum c Lazare*, 2009 QCCS 5072. Selon le juge dans cette espèce :

Toute personne qui ose le [le plaideur quérulent] contrecarrer devient un adversaire qu'il cherche à intimider et à écarter, puisqu'il a toujours raison. [...] Il ne se soucie pas des conséquences de sa conduite en milieu judiciaire, face aux autres parties et aux autres justiciables. [...] Les causes ne prendront fin que lorsqu'il obtiendra un jugement favorable. Il s'offre une tribune en salle d'audience pour ventiler ses frustrations et déceptions en assignant ses défendeurs devant un tribunal qu'il tentera de répudier à la moindre contrariété mais qu'il veut néanmoins utiliser pour arriver à ses fins. [notre traduction]

92. Cass soc, 29 mars 1955, (1955) JCP II 8743 (un locataire dont le but est de faire échec à un droit de reprise incontestable); Cass civ 2^e, 22 janvier 1959, (1959) Bull civ II n^o 65 (un vendeur pour retarder le moment de passer l'acte authentique); Cass soc, 25 mars 1963, (1963) Bull civ IV, n^o 292 (un employeur pour repousser le paiement de l'indemnité due à son employé); Cass soc, 6 février 1964, (1964) Bull civ IV n^o 104 (un locataire pour faire échec au classement de son appartement et au paiement du loyer légal).

93. Cass civ 2^e, 10 février 1960, (1960) Bull civ II n^o 106 (absence totale de preuve à l'appui de la prétention); Cass com, 7 février 1966, (1966) Bull civ III n^o 77 (aucun argument sérieux à l'appui de l'appel); Cass civ 1^e, 22 juillet 1968, (1968) Bull civ I n^o 221 (obstination malgré une connaissance parfaite de l'étendue de ses droits); CA Paris, 18 décembre 1967, (1968) JCP IV 76 (connaissance de l'irrecevabilité de l'appel); Cass civ 2^e, 18 juin 1969, (1969) Bull civ II n^o 217 (connaissance parfaite par l'appelant de l'inanité de ses prétentions); rapp., Cass com, 2 mai 1989, (1989) Bull civ IV n^o 143.

94. CA Dakar, arrêt n^o 92 du 9 mars 2012, *Abdoulaye Sow c Frédéric Barde*, (2013) 1 Bulletin des arrêts rendus par la Cour d'appel de Dakar en matière civile et commerciale 95. Voir sur la distinction entre action abusive et action dilatoire, Édith Clément-Blary, « Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil » (1991) JCP 3534.

déclarer l'action comme étant dilatoire au motif qu'il n'a pas été prouvé que l'action du vendeur avait été exercée dans une intention dilatoire ou nocive. En effet, selon l'acheteur, l'appel du vendeur a été exercé dans un but dilatoire, le privant, notamment, du recouvrement de sa créance. Dans cette affaire, l'appel a bien suspendu le droit du créancier de recouvrer sa créance, mais il n'y avait pas lieu à sanction, car la mauvaise foi de l'appelant n'a pas été établie. L'effet suspensif de l'appel est aussi reconduit en droit OHADA en matière de saisie immobilière⁹⁵. En effet, aux termes de l'article 300 de l'AUPSRVE, l'appel est exercé dans les conditions de droit commun⁹⁶. Cette solution est contraire au droit français des voies d'exécution, où l'appel ne suspend la mesure d'exécution que de manière exceptionnelle⁹⁷.

Le blocage du droit à l'exécution peut aussi s'opérer au moyen de la mise en œuvre de l'opposition⁹⁸. En effet, lorsque l'ordonnance portant injonction de payer est rendue, le débiteur qui souhaite discuter son obligation de payer peut le faire dans le cadre de l'opposition. C'est là où se situe le risque de blocage du paiement du créancier, car un débiteur — comme dans le cadre des voies de recours — peut, lorsqu'il est de mauvaise foi, retarder l'exécution de son obligation en faveur du créancier. Un tel abus observé fera l'objet d'une sanction à des dommages et intérêts. C'est là une arme contre les oppositions de complaisance et pour une effectivité du droit à l'exécution du créancier. Seulement, il ne faudrait pas exagérer dans cette possibilité. Certains juges africains l'ont compris. Il en est ainsi du juge béninois qui a décidé

95. D'une manière générale, le délai d'appel comme l'exercice de cette voie de recours n'ont pas un caractère suspensif, sauf décision contraire spécialement motivée du président de la juridiction compétente. Voir article 49, alinéa 3 AUPSRVE.

96. Dans une affaire du Tribunal régional hors classe de Dakar (TRHC Dakar), il a été souligné que :

[L]e jugement querellé n'étant pas assorti de l'exécution provisoire, il convient de prononcer d'office le sursis à la vente jusqu'à ce que la Cour d'appel se prononce sur l'appel interjeté, afin de respecter le double degré de juridiction et éviter une contrariété de décisions. Il en est ainsi dès lors que l'AUPSRVE ne comporte aucune disposition qui dise que l'appel n'est pas suspensif.

Voir TRHC Dakar, 11 février 2003, *M G c SNR*, Ohadata J-03-98. Voir sur la question, Barthélemy Mercadal et al, *OHADA. Traités, actes uniformes et règlements annotés*, Coll « Code pratique », Levallois, éd Francis Lefebvre, 2013 aux pp 878-79.

97. En droit français, l'appel n'a pas d'effet suspensif en matière de voie d'exécution, mais par dérogation (sur le fondement du décret du 31 juillet 1992), un sursis à l'exécution peut être demandé au premier président de la Cour d'appel s'il existe des moyens sérieux d'annulation ou de réformation de la décision rendue par le juge de l'exécution (JEX).

98. L'opposition est réglementée dans les articles 9 et s de l'AUPSRVE. L'article 9 dispose que « [L]e recours ordinaire contre la décision d'injonction de payer est l'opposition ».

que : « [l]e fait de faire opposition à une injonction de payer ne constitue pas en lui-même un abus de droit donnant lieu à réparation et la demande de dommages-intérêts (du créancier défendeur à l'instance d'opposition) doit être rejetée »⁹⁹. Cette solution est louable et traduit la détermination du juge béninois à préserver la liberté d'agir en justice. Il ne faudrait pas que le droit à l'exécution soit un obstacle à l'exercice des voies de recours. On ne pourrait pas soutenir le même propos au sujet de la position du Tribunal régional hors classe de Dakar. En effet, dans un jugement du 24 novembre 2004 :

[l]e porteur d'une lettre de change revenue impayée après présentation avait demandé et obtenu contre le tiré une ordonnance portant injonction de payer. Ce dernier a formé opposition contre l'ordonnance et, dans ses moyens, il a sollicité un délai de paiement après avoir soutenu que le porteur de la lettre de change est déchu de ses recours cambiaires pour n'avoir pas respecté les délais de présentation, qu'il est lui-même de bonne foi et que s'il n'a pas payé, c'est parce qu'il a des difficultés de trésorerie. Le tribunal a rejeté l'opposition du tiré et a condamné celui-ci au paiement de dommages-intérêts au motif que l'opposition est formée à des fins dilatoires et est, par conséquent, abusive¹⁰⁰.

Cette solution ne correspond nullement à la préservation du droit fondamental du justiciable à saisir librement les juridictions. Il est vrai, le souci de sauvegarde du droit à l'exécution est salutaire, mais ce ne peut être au prix de la liberté d'agir et du droit à la défense du débiteur, si ce dernier ne manifeste aucun comportement de mauvaise foi. Le juge a relevé que « son opposition est formée à des fins dilatoires ». Il était ainsi reproché au débiteur de n'avoir pas prouvé les difficultés de trésorerie qu'il a. Cette solution est dangereuse en ce qu'elle a tendance à condamner l'échec à une demande en justice. Or, l'observateur du jugement l'a si bien souligné :

[i]l ne suffit pas qu'il y ait échec pour que la responsabilité de celui qui a exercé l'action soit engagée. Le juge ne peut, dans ces conditions, condamner à des dommages-intérêts celui qui

99. TPI Cotonou, 1^{re} ch civ moderne, 2 juillet 2003 : *G B c D.D.H.*, Ohadata J-05-303. Voir Mercadal et al, *supra* note 96, VII à la p 626.

100. Ndiaw Diouf, « obs ss Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement n° 2533 du 24 novembre 2004, *Sagor Diop c SDV Sénégal* » dans Diouf et al, *supra* note 15 à la p 27.

exerce l'action que s'il relève, à sa charge, un abus c'est-à-dire une faute distincte du simple échec¹⁰¹.

La mise à l'épreuve du droit à l'exécution peut, enfin, découler d'un exercice abusif d'une action en nullité¹⁰² ou d'une action en distraction de saisie¹⁰³. Précisément, les contestations relatives aux biens saisis bloquent la procédure de saisie. Aux termes de l'article 139 de l'AUPSRVE, « les demandes relatives à la propriété ou à la saisissabilité ne font pas obstacle à la saisie, mais suspendent la procédure pour les biens saisis qui en sont l'objet ». Les justiciables, le débiteur ou le tiers propriétaire encourent alors la sanction pour abus d'exercice des voies de droit lorsque leur initiative est abusive. En effet, ces deux types de contestations portent atteinte au droit à l'exécution du créancier par le fait qu'elles entravent la procédure de la saisie. C'est dans cette optique qu'il a été décidé que « le demandeur peut être condamné à des dommages-intérêts s'il a exercé fautivement la procédure en distraction, par exemple au mépris des prescriptions légales, bloquant ainsi la saisie irrégulièrement pendant un temps prolongé »¹⁰⁴. Les droits du créancier poursuivant ne sont pas seulement protégés dans le cadre d'une procédure civile d'exécution. La réglementation des voies d'exécution montre aussi que les intérêts des tiers créanciers intéressés par le patrimoine du débiteur sont également pris en compte.

2. La sauvegarde du droit à l'exécution du tiers créancier

Le législateur africain place le créancier muni d'un titre exécutoire¹⁰⁵ dans une situation avantageuse puisque celui-ci choisit la saisie qu'il entend mettre en œuvre. Il peut donc toujours opter pour une mesure qui paraît la plus appropriée pour assurer son intérêt. Ainsi, il peut choisir de faire procéder à une saisie conservatoire plutôt qu'à une

101. *Ibid.* Ce n'est pas parce qu'un recours n'est pas fondé en droit qu'il est abusif, comme le souligne la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Acadia Subaru c Michaud*, 2011 QCCA 1037.

102. L'article 140 de l'AUPSRVE précise que « le débiteur peut demander la nullité de la saisie portant sur un bien dont il n'est pas propriétaire ».

103. L'article 141, alinéa 1 de l'AUPSRVE dispose que « le tiers qui se prétend propriétaire d'un bien saisi peut demander à la juridiction compétente d'en ordonner la distraction ». Voir une application par la Chambre civile et commerciale de la Cour d'appel de Dakar dans un arrêt du 4 janvier 2001, dans Diouf et al, *supra* note 15 aux pp 87-89.

104. Trib gr inst, Paris, 6 juillet 1976, (1977) Gaz Pal I 196. Voir Mercadal et al, *supra* note 96 à p 763.

105. Le titre exécutoire peut être obtenu soit au moyen d'une décision de justice passée en force de chose jugée, soit par l'entremise d'un acte extrajudiciaire revêtu de la formule exécutoire (acte notarié, acte d'huissier, etc.).

saisie vente ou à une saisie attribution. Aussi, le créancier est libre de pratiquer une saisie, quel que soit le montant de la créance, sous réserve de l'exigence de la proportionnalité. La liberté du créancier dans l'exercice d'une mesure d'exécution consiste aussi dans le fait qu'il puisse choisir, dans le cadre d'une même procédure, le bien dont celle-ci pourrait être l'objet. Là aussi, la liberté du créancier n'est pas absolue. Sur ce point, le principe du libre choix des procédures trouve en partie¹⁰⁶ une limite nécessaire dans la prise en compte des intérêts des autres créanciers. Ainsi, la question qu'il convient de se poser est de savoir si le créancier saisissant doit exercer les voies d'exécution indifféremment sur tous les biens du débiteur et sans égard aux autres créanciers. On prend souvent l'exemple du créancier dont le droit est assorti de garantie, par exemple une hypothèque générale. À appliquer à la lettre le principe de la liberté de choix des procédures, on pourrait admettre que le créancier choisisse n'importe quel bien, en méconnaissance des intérêts des autres créanciers qui auraient une hypothèque de rang inférieur sur l'un des immeubles. Il affaiblirait ainsi la situation de ces créanciers. Le souci de l'équité a finalement conduit la jurisprudence à sanctionner par l'abus les agissements des créanciers à propos de la mise en œuvre d'une hypothèque générale. Ainsi, la Cour de cassation française a déjà apporté des limites à la liberté de choix du créancier. Elle a précisé que « la faculté d'option ouverte au créancier dont l'hypothèque s'étend à plusieurs immeubles ne saurait être exercée frauduleusement ou sans intérêt »¹⁰⁷. D'autres décisions sont intervenues dans le même sens, marquant ainsi l'insistance des juges suprêmes sur la protection des autres créanciers contre les actes de mauvaise foi du saisissant. En 1972, la Cour de cassation française a censuré, pour défaut de base légale, un arrêt pour n'avoir pas recherché s'il n'existait pas entre le créancier à l'hypothèque générale et les tiers acquéreurs qui n'avaient pas purgé

une collusion frauduleuse pour reporter la charge de l'hypothèque de premier rang sur les seuls lots vendus, dans le dessein de frustrer les créanciers inscrits en second rang de leur garantie et d'exonérer ainsi gratuitement les tiers acquéreurs, tenus seulement *propter rem*, de la charge de la dette¹⁰⁸.

106. Car il protège aussi les intérêts du débiteur sur le fondement de l'article 28 de l'AUPSRVE.

107. Cass civ, 18 juillet 1893, (1894) DP I 113; Cass civ 3^e, 15 février 1972, (1972) D 463 (annotation E Franck).

108. Cass civ 3^e, 15 février 1972, *ibid*; Bordeaux, 8 avril 1908, (1908) DP II 377. Voir Mestre, *supra* note 28 aux pp 463-64.

Par ailleurs, à appliquer à la lettre le principe de la liberté de choix des procédures, on pourrait admettre que le créancier choisisse d'éviter de saisir les biens qu'il a hypothéqués, en préférant appréhender ceux sur lesquels il n'a aucune garantie. Il affaiblirait davantage la situation des autres créanciers sans garanties. Le législateur africain a veillé, à titre préventif, à ce que cette hypothèse ne puisse se produire. Dans le cadre de l'OHADA, l'article 251 de l'AUPSRVE dispose que :

Le créancier ne peut poursuivre la vente des immeubles qui ne lui sont pas hypothéqués que dans le cas d'insuffisance des immeubles qui lui sont hypothéqués, sauf si l'ensemble de ces biens constitue une seule et même exploitation et si le débiteur le requiert.

Ce texte souligne que lorsque le créancier a déjà obtenu une garantie hypothécaire, il est tenu de réaliser l'immeuble sur lequel porte la garantie avant de s'attaquer aux autres immeubles non garantis, mais seulement en cas d'insuffisance. Il ne peut poursuivre concomitamment les immeubles hypothéqués avec ceux qui ne le sont pas que s'ils relèvent de la même exploitation et avec l'accord du débiteur. L'abus serait alors caractérisé si un créancier, dans la mise en œuvre de sa sûreté, méconnaissait l'intérêt des autres créanciers à pouvoir recouvrer leurs créances.

D'une manière générale, les limites protectrices des créanciers dans le cadre du droit au recouvrement ont toujours été avérées. En dehors de tout abus, la loi a prévu l'inefficacité du paiement effectué au profit d'un créancier pendant la période suspecte. Il s'agit de l'hypothèse où le créancier, apprenant les prochaines difficultés de paiement de son débiteur, s'empresse de mettre en œuvre des procédures d'exécution en vue du recouvrement de sa créance. La loi africaine a prévu à ce titre les inopposabilités de la période suspecte¹⁰⁹. Particulièrement, après la cessation des paiements, les créanciers sont confinés dans une masse en vue d'assurer leur égalité. Ainsi, il est tout à fait logique de protéger leurs droits de recouvrer leurs dus. C'est ainsi que tout paiement effectué pendant cette période leur est inopposable. Il en est ainsi, même du paiement effectué par un procédé normal, lorsque le

109. L'article 67 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP) dispose que : « [s]ont inopposables de droit ou peuvent être déclarés inopposables à la masse des créanciers [...] les actes passés par le débiteur pendant la période suspecte débutant à la date de cessation des paiements et finissant à la date de la décision d'ouverture ».

créancier connaissait l'état de cessation des paiements du débiteur¹¹⁰. Outre le besoin de protection du tiers créancier, le droit à l'exécution est aussi mis à l'épreuve face à la nécessité de sauvegarde des intérêts du débiteur.

B. L'abus, un correctif à la rigueur du droit à l'exécution en faveur du débiteur

La réglementation des procédures d'exécution dans le cadre de l'OHADA est très respectueuse des droits du débiteur¹¹¹. Dans l'hypothèse d'une contestation, le moyen de l'abus d'exercice des voies de droit est aussi protecteur de ces droits. Ainsi, la préservation de la prérogative qu'a le créancier de recouvrer sa créance ne peut se faire au point de méconnaître l'intérêt patrimonial (1) et l'intérêt extrapatrimonial du débiteur (2).

1. L'abus et la préservation de l'intérêt patrimonial du débiteur

Une mesure d'exécution peut être jugée inutile, auquel cas, elle n'a pas sa raison d'être. L'inutilité s'explique, le plus souvent, par le fait que la créance a déjà été recouvrée. La mesure d'exécution peut aussi être jugée exagérée. Dans cette hypothèse, il existe une disproportion entre celle-ci et la créance en elle-même. Le créancier devra donc répondre de cette disproportion, puisqu'il avait la possibilité de choisir la mesure appropriée.

La responsabilité du demandeur pourra alors être facilement engagée parce que son action risquerait de causer un grave préjudice matériel¹¹² au défendeur, voire sa ruine¹¹³. Le juge se contente souvent

110. Mestre, *supra* note 28 à la p 443.

111. Francis Nkea Ndzigue, « Les droits du débiteur dans le système OHADA des voies d'exécution » (2010) 873 Recueil Penant 405. Voir en droit français, Emmanuel Putman, « Accès à la justice et droit à l'exécution » dans Emmanuel Putman et al, dir, *L'accès à la justice*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, 275.

112. Le juge béninois a déjà retenu l'abus du droit de rétention dans l'hypothèse d'une rétention effectuée par un transitaire sur les quittances de douane des marchandises de son mandataire, après la naissance d'une contestation entre eux. Ainsi, le rétenteur a été condamné en raison du dommage causé par cette rétention du fait du blocage des comptes du mandant. Voir TPI Cotonou, n° 034/, 1^{er} ch com, 21 octobre 2002, *Akpaca Sarl c Trans-Omar*, Ohadata J-04-404, Ohadata J-04-291 (annotation J Issa-Sayegh). Voir aussi Mercadal et al, *supra* note 96 à la p 1478.

113. TGI Avesnes, 26 février 1964, (1964) JCP II 13904 (annotation R Désiry: menace d'expulsion); Cass soc, 7 juillet 1955, (1955) Bull civ IV n° 604. En matière de procédures collectives, il a été décidé que « la demande de mise en redressement judiciaire ne peut être utilisée comme

d'une simple imprudence pour fonder la responsabilité¹¹⁴, mais il est arrivé que les juges fondent leurs appréciations sur des critères purement subjectifs. La section sociale de la Cour de cassation française a pu considérer que :

[L]e juge du fond, en faisant ressortir la gravité des mesures prises par les bailleuses (saisies-gageries sur le mobilier) au regard de la faible importance du différend qui les opposait à leur locataire a suffisamment caractérisé la pensée malveillante, excluant toute idée de l'exercice régulier d'un droit légitime, qui avait inspiré leurs agissements¹¹⁵.

Cette solution est plus en adéquation avec le droit à l'exécution du créancier, qui est un droit subjectif. En marge de toute considération d'ordre théorique, rappelons que le créancier, c'est la partie qui s'est volontairement engagée avec le débiteur. Son dévouement, même onéreux ou intéressé, mérite une particulière protection. Un auteur a pu écrire avec une pertinence singulière que : « le créancier est un personnage indispensable à toute vie sociale : ne le décourageons pas à force de l'exaspérer »¹¹⁶. Lorsqu'il devrait subir une sanction dans la mise en œuvre de son droit à l'exécution, il serait plus judicieux d'y procéder avec toute la rigueur nécessaire à la sauvegarde de sa motivation à animer la vie des affaires. En effet, indiscutablement, il en est un des « maillons forts ».

Ainsi, la protection de l'intérêt patrimonial du débiteur — en considération de la *favor debitoris* — est assurée par la sanction de l'exercice d'une mesure d'exécution inutile. L'abus serait alors caractérisé si le créancier procède à une saisie alors que le recouvrement de son dû était assuré et ne nécessitait aucune mise en œuvre d'une mesure d'exécution. Dès 1858, la Cour de cassation française sanctionnait déjà, sur le fondement de l'abus, un créancier pour avoir procédé à « des saisies-arrêts intempestives et frustratoires, puisque le remboursement de la somme empruntée était assuré avant qu'elles fussent pratiquées »¹¹⁷. Cette solution a été réitérée à plusieurs reprises et a finalement eu une assise dans la jurisprudence française. En 1962, la Chambre

moyen de pression pour obtenir le règlement de dettes ». Voir Cass com, 1^{er} octobre 1997, (1997) Bull civ IV n° 233.

114. Cass req, 11 juin 1901, (1901) DP I 395; Ch civ, 13 décembre 1972, (1973) D somm 24.

115. Cass soc, 23 mai 1950, (1950) Gaz Pal II 133.

116. Mestre, *supra* note 28 à la p 474.

117. Cass civ, 16 février 1858, (1858) S I 662.

civile a approuvé des juges du fond qui avaient retenu l'abus de droit commis par un créancier saisissant en constatant que les saisies-arrêts avaient été « faites brutalement et sans nécessité »¹¹⁸. C'est dans cette même optique qu'il a été décidé que « le créancier agit abusivement lorsqu'il ne donne pas mainlevée de la saisie-attribution reposant sur un titre exécutoire annulé, le saisi ayant droit à dommages-intérêts à compter de la signification de la décision portant annulation dudit titre exécutoire »¹¹⁹.

La protection de l'intérêt économique du débiteur est aussi assurée par la limitation du droit à l'exécution du créancier. Ainsi, ce dernier est soumis au principe de proportionnalité¹²⁰ et au principe de subsidiarité¹²¹. L'abus peut alors être constitué dans le fait de pratiquer une mesure exécutoire en méconnaissance de ces principes intangibles de la réglementation des voies d'exécution. Le créancier serait ainsi condamné à des dommages et intérêts parce que sa responsabilité serait engagée du fait du préjudice économique causé au débiteur. Il aurait méconnu les règles érigées à titre préventif pour préserver l'intérêt du débiteur. Les juges sanctionnent sans hésitation de tels agissements du créancier. Concernant l'abus commis pour méconnaissance du principe de proportionnalité, il a été jugé que « commet l'abus, le créancier qui pratique plusieurs saisies alors qu'une seule aurait suffi à garantir la créance »¹²². Dans cette affaire, le créancier avait procédé à plusieurs saisies des comptes dans quatre banques, alors que le compte du débiteur dans chacune de ces banques était plusieurs fois supérieur à la créance. La sanction était alors fondée sur le fait qu'il y avait une disproportion notable entre les biens saisis et ce qui était nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation. Ces différents actes auraient pu être validés s'ils avaient été raisonnablement effectués par rapport à ce qui était dû. En effet, il importe alors de préciser que l'abus ne consistait pas du tout au fait que le créancier ait procédé à plusieurs saisies simultanées ou successives. Dans de telles circonstances, l'abus n'est caractérisé que si le débiteur démontre l'existence

118. Cass civ 1^{er}, 11 avril 1962, (1962) Bull civ I 190 n° 215. Voir aussi Montpellier, 18 mars 1930, (1930) DP II 145 (annotation Percerou). Voir Mestre, *supra* note 28 aux pp 455-56.

119. Cass civ 2^e, 28 juin 2001, (2001) D IR 2181. Voir aussi, sur l'existence d'une mesure d'exécution inutile, Anne Leborgne, *Droit de l'exécution*, 2^e éd, Paris, Dalloz, 2014 aux pp 1470-71.

120. Aux termes de l'article 32 alinéa 2 AUPSRVE : « L'exécution est [...] poursuivie aux risques du créancier, à charge pour celui-ci, si le titre est ultérieurement modifié, de réparer intégralement le préjudice causé par cette exécution sans qu'il y ait lieu de relever de faute de sa part ».

121. Art 251 et 28, al 2 AUPSRVE.

122. Cass civ, 2 février 1956, (1956) Bull civ II 65.

d'un préjudice dont il est victime, précisément, le caractère excessif des saisies par rapport au montant de la créance. Les juges de la Cour d'appel d'Abidjan n'ont pas manqué de le souligner dans un arrêt rendu le 20 novembre 2010. Dans cette affaire, il a été décidé que :

[l]a débitrice qui demande la mainlevée d'une saisie-attribution en se contentant d'affirmer que son créancier l'a pratiquée sans tenir compte d'une seconde saisie qu'il a également pratiquée à son préjudice, notamment une saisie-vente de biens meubles, sans démontrer le caractère surabondant de la valeur de l'ensemble des biens saisis, ce qui donnerait à la Cour les moyens d'apprécier l'opportunité de maintenir ou de donner mainlevée de la saisie critiquée, doit être déboutée. Il en est ainsi dès lors que le moyen tiré de la seule existence de deux saisies pour en déduire le caractère surabondant des biens saisis ne peut prospérer¹²³.

Cette décision met en avant le droit du créancier de recouvrer sa créance et ce droit est protégé dans la réglementation des voies d'exécution. En effet, le créancier est libre de choisir la mesure d'exécution qui lui convient¹²⁴. Dans le droit OHADA, l'AUPSRVE ne contient aucune disposition qui prévoit expressément la liberté de choix du créancier. Cependant, nous le savons, cette liberté se déduit aisément des dispositions de l'article 28 de l'AUPSRVE. Ainsi, en principe, aucun ordre n'est imposé au créancier, sous réserve du principe de la subsidiarité. Ce principe est aussi protecteur du débiteur¹²⁵. En effet, l'article 28, alinéa 2 de l'AUPSRVE dispose que : « [s]auf s'il s'agit d'une créance hypothécaire ou privilégiée, l'exécution est poursuivie en premier lieu sur les biens meubles et, en cas d'insuffisance de ceux-ci, sur les biens immeubles ». Cet article est prévu afin de préserver l'équité entre l'intérêt du débiteur et le droit du créancier. Il serait injuste qu'un créancier

123. CA Abidjan (Côte d'Ivoire), Ch civ et com, n° 354, 20 novembre 2010, *Sté Finamark c M^{me} A et autres*, Le Juris-Ohada n° 3/2011, juillet-septembre 2011, p 12, Ohadata J-12-153. En jurisprudence française, le juge a rejeté la demande pour saisie abusive, bien qu'il y avait disproportion entre la créance et le bien saisi (la valeur de l'immeuble était dix fois supérieure), parce qu'aucune mesure d'exécution forcée ne pouvait être utilement envisagée. Voir Cass civ 2^e, 15 mai 2014, *Droit et procédures*, mai 2014 aux pp 117-19 (annotation S Dorol) (voir les commentaires de la jurisprudence).

124. En droit français, le libre choix de la mesure d'exécution est clairement énoncé. L'article 22, alinéa 1 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution dispose bien que : « [l]e créancier a le choix des mesures à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance ».

125. Nous avons déjà souligné qu'il est protecteur des autres créanciers.

chirographaire, en vertu du libre choix de la mesure d'exécution, puisse mettre inutilement en péril le patrimoine immobilier du débiteur, alors que ses biens mobiliers auraient pu suffire pour recouvrer la créance. Au cas où le créancier enfreindrait cette règle de la subsidiarité, il serait sanctionné à des dommages et intérêts sur le fondement de l'abus dans l'utilisation des voies d'exécution. En effet, c'est la cupidité du créancier qui serait sanctionnée en vue de la protection des intérêts patrimoniaux du débiteur. Par ailleurs, les intérêts extrapatrimoniaux du débiteur sont aussi protégés.

2. *L'abus et la préservation des droits de la personnalité du débiteur*

« Celui qui use d'une voie de droit est tenu à une circonspection toute particulière, lorsque cet exercice est de nature à porter atteinte à l'honneur ou à l'un des "intérêts essentiels" de son adversaire »¹²⁶. En effet, la protection des droits de la personne est au cœur de la réglementation des procédures d'exécution. De nos jours, avec l'intervention des droits fondamentaux en droit judiciaire privé, la tendance est à l'amélioration de l'humanisation des mesures d'exécution. En effet, cette préoccupation n'est pas nouvelle. Les procédures de saisie ont toujours été réglementées avec une prise en compte de l'intérêt personnel du débiteur. Considérée comme une personne vulnérable, la personne saisie ou le débiteur¹²⁷ bénéficie d'une protection des droits qui s'attachent à la personne. Sur le fondement de la dignité inhérente à l'être humain, les droits fondamentaux de la personnalité sont sacrés. Les mesures d'exécution consacrent alors la protection du droit à l'information¹²⁸, du droit à l'intimité de la vie privée¹²⁹, du droit à l'honneur¹³⁰ du débiteur, de l'intégrité du logement, de l'assurance du minimum vital totalement insaisissable.

126. Mazeaud et Tunc, *supra* note 19 au n° 591.

127. Car c'est le débiteur qui est souvent la personne saisie. Il peut aussi s'agir de son ayant cause si le débiteur est décédé.

128. Le droit à l'information du débiteur est également assuré. Il en est notamment ainsi par l'exigence de nombreuses mentions insérées dans le texte des actes d'exécution. Voir art 157 AUPSRVE.

129. La protection du droit à l'intimité de la vie privée a conduit à l'encadrement des heures et des jours d'exécution. Voir l'article 46 de l'AUPSRVE, dont l'ambition est aussi d'éviter les abus dans le cadre de l'exécution forcée.

130. Gérard Cornu, *Droit civil. Les personnes*, 13^e éd, Paris, Montchrestien, 2007 au n° 35.

L'encadrement de ces principes fondamentaux et, par ricochet, leur influence grandissante dans l'exercice des voies de droit, est assuré par les conventions internationales¹³¹ et régionales¹³².

Parallèlement, il convient de se demander si de telles protections ne sont pas assurées au créancier. Est-ce que le fait qu'il soit considéré comme la partie juridiquement forte, la partie poursuivante, le prive de toute protection fondamentale de ses droits? Il n'en est rien. Le droit judiciaire privé, comme l'ensemble des domaines juridiques, a fait son «acte d'allégeance» aux droits fondamentaux. Ainsi, tous les acteurs du procès et de la procédure d'exécution sont protégés contre les turpitudes et agressions de la vie des affaires. Le créancier aussi bénéficie d'une protection, nous l'avons dit, de son droit à l'exécution. Ce droit est garanti par les textes protecteurs des droits de l'Homme. Dans le cadre africain ou international, il n'existe pas de texte qui spécifie le droit fondamental à l'exécution. Cependant, ceci est aisément compréhensible. Dans le cadre procédural, la place des droits fondamentaux est primordiale. La sensibilité de la matière en est la cause puisque le procès, et surtout la mesure d'exécution, sont des modes «agressifs»¹³³ de réalisation des droits des justiciables. Ils sont en même temps utiles, car l'essence du droit est liée à son effectivité et il peut arriver que les acteurs soient récalcitrants à une exécution spontanée de leurs obligations. Il est alors impossible, peut-on dire d'ailleurs, qu'il n'est pas souhaitable de dresser d'une manière exhaustive les droits susceptibles de protection. Mais, pour sa pertinence, la démarche de la Cour européenne des droits de l'Homme peut être suivie. Pour

131. Il s'agit, notamment, de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789*, supra note 24 et de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés AG-217(III), Doc off AGNU, 3^e sess, supp n° 13, Doc NU A/810 (1948) 71, en ligne: Nations Unies <www.un.org/fr/documents/udhr/>.

132. Il s'agit de la *Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples*, en ligne: Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples <www.achpr.org/files/instruments/achpr/achpr_instr_charter_fra.pdf>. En Europe, la *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221 (*Convention européenne des droits de l'Homme*) protège aussi les droits de la personnalité, en ligne: Cour européenne des droits de l'Homme <www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf>. En Amérique, il y a la *Convention américaine relative aux droits de l'Homme*, adoptée à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969, à la Conférence spécialisée interaméricaine sur les droits de l'Homme, en ligne: Commission interaméricaine des droits de l'Homme <<https://www.cidh.oas.org/Basicos/French/c.convention.htm>>.

133. «Le droit est lié à la faculté de contraindre», disait Kant. Voir Emmanuel Kant, *Métaphysique des mœurs, Première partie, doctrine du droit*, 1797, traduit par Alexis Philonenko, 5^e éd, Paris, J Vrin, 1993 à la p 105, cité par Hugon, supra note 90 à la p 673.

attribuer au droit à l'exécution la qualité de droit fondamental, elle l'a rattaché au droit à un procès équitable¹³⁴.

Mais comme on le sait, l'accent est beaucoup plus mis sur la protection du débiteur du fait de sa vulnérabilité. Le droit à l'exécution ne peut porter atteinte aux droits attachés à la personnalité juridique du saisi. La violation de ces droits peut être sanctionnée sur le fondement de l'abus commis dans l'exercice du droit à l'exécution¹³⁵. La faute consisterait dans le fait de procéder à des mesures d'exécution en violation des droits de la personnalité protégés. Ainsi, le créancier peut être poursuivi et sa responsabilité engagée pour saisie abusive. Cependant, le débiteur ne peut pas, sous le prétexte de la protection des droits fondamentaux, se soustraire à ses obligations. La Cour de cassation française a eu à sanctionner une pareille attitude du débiteur dans une affaire du 30 juin 1992¹³⁶. Dans cette espèce, relative à l'obligation de communication de l'adresse du débiteur,

un préposé des postes était débiteur d'une somme que le juge des référés le condamnait à payer à son créancier. Plus de deux ans après cette décision, le créancier obtenait par voie d'ordonnance sur requête qu'injonction soit faite au directeur départemental des postes de communiquer aux huissiers chargés de l'exécution l'adresse de l'agent. Une nouvelle ordonnance du juge des référés du 10 novembre 1988 réfutait toute rétractation de la décision d'injonction et prononçait une astreinte provisoire à l'encontre du directeur des postes. Un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence confirmait, le 15 mai 1990, cette décision.

134. Selon Fricero et Pedrot, *supra* note 21 aux pp 627-28 :

Le justiciable a également le droit à l'exécution du jugement dans un délai raisonnable. Depuis l'arrêt *Hornsby c Grèce* qui affirme que l'exécution d'un jugement ou arrêt de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du procès au sens de l'article 6 (CEDH 19 mars 1997, *Hornsby c Grèce*, JCP, 1997. II. 22949, note Dugrip et Sudre), la Cour européenne rappelle que l'État doit garantir aux citoyens une justice effective, et remplir ses obligations positives afin que les titres exécutoires que constituent les jugements ne restent pas lettres mortes, ce qui est d'ailleurs contraire au principe de sécurité juridique et ne contribue pas à la prééminence du droit.

135. Ainsi, le domaine de l'abus est très large et s'applique à tout le droit judiciaire privé. La Cour d'appel du Québec l'a précisé avec une particulière délicatesse, dans l'affaire *Clinique Ovo inc c Curalab inc*, 2010 QCCA 1214 au para 16 (« [I]es articles 54.1 à 54.6 du *Code de procédure civile* sont entrés en vigueur le 4 juin 2009. Ils confèrent aux juges des pouvoirs très vastes pour sanctionner les abus de toutes sortes, à toutes les étapes de la procédure civile »).

136. Cass civ 1^{re}, 30 juin 1992, (1993) JCP I 22001 (annotation X Daverat).

La Cour de cassation a maintenu la décision dans le présent arrêt. Selon la haute juridiction,

[s]i toute personne est en droit, notamment pour échapper aux indiscretions ou à la malveillance de refuser de faire connaître le lieu de son domicile ou de sa résidence, de telle sorte qu'en principe sa volonté doit être sur ce point respectée par les tiers, il en va autrement lorsque cette dissimulation lui est dictée par le seul dessein illégitime de se dérober à l'exécution de ses obligations et de faire échec aux droits de ses créanciers¹³⁷.

Le juge reconnaît bien le droit à l'intimité de la vie du débiteur, précisément le droit de tenir secrète son adresse¹³⁸. Mais il se devait de sanctionner l'abus commis par le débiteur quant à son obligation de livrer les renseignements relatifs à son adresse qui étaient nécessaires à l'exécution de la créance. L'exécution d'une obligation ne peut être réduite à néant en raison d'une impossibilité d'identifier le débiteur. Le domicile, ou la résidence, est un élément primordial d'identification de la personne. Pour faire exécuter une obligation par son débiteur, il faut logiquement le localiser. Le droit à l'intimité de la vie privée ne peut constituer un obstacle à un droit parallèle, aussi digne de protection qu'est le droit pour le créancier à l'exécution de sa créance. C'est sur ce fondement que dans cette espèce, la Cour de cassation française a admis, sous le contrôle du juge qui autorisait la divulgation, une atteinte à la vie privée. Car il est vrai qu'en cherchant à avoir l'adresse du débiteur, le créancier poursuivant porte bel et bien atteinte à l'intimité de la vie privée, qui constitue un droit fondamental. Mais la juridiction suprême française a bien fait de souligner que :

[s]i, en principe, tenir secret un lieu de résidence ou de domicile relève d'une prérogative inhérente au respect de la vie privée, il en va autrement lorsque l'opposition du débiteur sur ce point lui est dictée par le seul dessein illégitime de se dérober à l'exécution de ses obligations et de faire échec aux droits de ses créanciers¹³⁹.

137. Cass civ 1^{re}, 19 mars 1991, (1991) Bul civ I n° 96.

138. D'ailleurs, la communication de l'adresse du débiteur a été rejetée par la Cour de cassation dans une espèce où le créancier n'avait pas de titre. La haute juridiction avait rejeté le pourvoi, car elle estimait que le droit allégué n'était pas légalement reconnu; il n'était pas non plus judiciairement constaté. Voir Cass civ 1^{re}, 6 novembre 1990, (1991) D 353 (annotation J Prévault).

139. Cass civ 1^{re}, 19 mars 1991, (1991) D 569 (annotation D Velardocchio).

C'est donc dans le but de la préservation des droits du créancier qu'est rendu cet arrêt du 30 juin 1992 sanctionnant l'attitude du débiteur. Un argument de plus pour confirmer que l'abus est une lame à tranchants multiples, au service des acteurs des voies de droit. Mais il faudrait insister — pour assurer l'efficacité de la sanction de l'abus — sur la nécessité de valoriser le critère de la loyauté dans l'interprétation des comportements des parties¹⁴⁰.

140. Le législateur québécois en est parfaitement conscient lorsqu'il définit l'abus à l'article 7 du *Code civil du Québec*. Aux termes de cette disposition : « Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi ».