



LA PROCÉDURE D'APPEL DANS LE TOURBILLON DES RÉFORMES

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT ET COMMERCE
TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS - 16 OCTOBRE 2006

PAR PHILIPPE GERBAY*

1 - Le Conseil d'Etat, dans son rapport 2006 intitulé "*sécurité juridique et complexité du droit*", a mis en avant des chiffres étourdissants : 70 lois, 50 ordonnances et 1500 décrets sont publiés chaque année.

L'avalanche de textes n'épargne pas la procédure et notamment la procédure d'appel.

Prenons-en la mesure quantitative : les réformes concernant l'appel s'échelonnaient, il y a peu encore, raisonnablement dans le temps, à titre d'exemple :

- L'article 915 du nouveau Code de procédure civile en 1989 instaurait pour l'appelant un délai de 4 mois à compter de son appel pour conclure et prévoyait la sanction de la radiation en cas d'inobservation de cette obligation avec perte de l'effet suspensif.
- Le décret du 28 décembre 1998 pour l'article 954 du nouveau Code de procédure civile instituait, notamment, les conclusions récapitulatives entérinant par là-même certaines propositions préconisées par le rapport Coulon (heureusement pas toutes).

Mais depuis 2002, la sortie des textes s'est accélérée à un rythme effréné. Après un décret du 3 décembre 2002 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le Code de procédure civile, se sont ajoutés les décrets des 20 août et 29 octobre 2004, un décret du 23 décembre 2004 relatif à l'appel et au pourvoi en cassation, un décret du 13 mai 2005 modifiant le décret du 20 août 2004, puis le décret du 28 décembre 2005.

Ce dernier texte est loin d'être anodin : il institue, en appel, la radiation faute d'exécution (nouvel article 526 du NCPC). Les exceptions de procédure et incidents mettant fin à l'instance doivent désormais être purgés devant le juge de la mise en état.

Cela a évidemment entraîné des incidences sur la procédure d'appel dès lors que les ordonnances du juge de la mise en état sont désormais, sur ce point,

* Philippe Gerbay est avoué près la cour d'appel de Dijon et maître de conférences à la Faculté de droit de cette ville.

susceptibles d'appel sans compter que le conseiller de la mise en état a sa propre compétence. La mise en œuvre dès le 1^{er} mars 2006 de ces dispositions a été, dans certaines cours d'appel, source de désordres, évités grâce à la collaboration intelligente des magistrats et avoués à la cour.

Où est la permanence de la règle de droit ? Les universitaires parlent de délire ou de frénésie règlementaires, *Droit et Commerce* préfère le terme plus léger mais peut-être pas moins dévastateur de tourbillon.

2 - La plupart des dernières réformes concernant l'appel sont, de surcroît, éparpillées dans l'un des trois livres du nouveau Code de procédure civile (Livre 1 : "*Dispositions communes à toutes les juridictions*" Livre 2 : "*Dispositions particulières à la cour d'appel*" - Livre 3 : "*Dispositions particulières à certaines matières*" ce qui n'est pas d'une lecture aisée. Le Code de commerce est également mis à contribution (cf. la loi du 26 juillet 2005 et son décret subséquent).

3 - La multiplication des textes s'explique d'autant mieux que la procédure d'appel est, aujourd'hui on le sait, de nature règlementaire (un simple décret suffit). Monsieur le Garde des Sceaux Foyer a indiqué qu'il s'agissait d'une grande avancée de la constitution de la V^{ème} République. Auparavant, toute réforme procédurale était du domaine législatif ; les avocats "*surreprésentés*" au Parlement bloquaient, paraît-il, toutes réformes utiles.

4 - La compétence règlementaire logique, lorsqu'il s'agit de règle technique, ne devrait-elle pas s'effacer dès qu'est en jeu la remise en cause directe ou indirecte du double degré de juridiction ? Ne devrait-on pas alors considérer que seule la loi est compétente ?

Pour le Conseil constitutionnel, le droit au recours contre une décision juridictionnelle ne relève pas d'une exigence constitutionnelle (en revanche, si le recours est mis en place, les droits doivent être garantis).

La Convention européenne des droits de l'homme, quant à elle, n'impose pas l'existence d'un double degré de juridiction (sauf en matière pénale).

Qu'en est-il pour le Conseil d'Etat ? Le double degré de juridiction serait-il un principe général à valeur supra décrétable ? Cela impliquerait que seule une norme législative puisse lui porter atteinte. On peut lire, à cet égard, des opinions diamétralement opposées. Il y a, à l'évidence, une certaine hésitation, voire une confusion⁽¹⁾.

La discussion s'est récemment déplacée sur le plan politique. M. Montebourg a vertement critiqué le décret du 28 décembre 2005 qui laisserait les "*jugements désormais sans appel*" : il stigmatise une réforme importante survenue par décret donc en catimini. Faut-il pour autant contester la répartition des compétences entre la loi et le règlement inscrit dans la constitution de la V^{ème} République ? Sans entrer dans un débat dogmatique, on constatera donc qu'aujourd'hui une réforme touchant à l'essence même du double degré de juridiction peut résulter d'un simple décret.

5 - Mais à l'inverse de ce que souhaitait le président du Conseil constitutionnel, les décrets actuels ne sont ni bien pensés ni bien rédigés.

Quelques exemples :

* Le décret du 28 décembre 2005 est, nous le verrons, tantôt ambigu (771 du NCPC), tantôt difficile à mettre en place (526 du NCPC). Mais ce qui est remarquable, s'agissant de l'article 526 du nouveau Code de procédure civile, c'est que la circulaire d'application du 8 février 2006 commente ledit article dans sa rédaction qui n'est pas celle retenue *in fine* par le décret (mouture antérieure) (!).

* Le décret du 29 octobre 2004, qui régleme la procédure en matière familiale, ne fait aucune référence à la procédure d'appel ! (cela a entraîné des dysfonctionnements, notamment dans la circulaire d'application qui en avait déduit que la procédure était orale à la seule lecture de l'article 1140 du nouveau Code de procédure civile, si bien que les Greffes ont notifié, de manière inexacte, les décisions du juge aux affaires familiales et les cours d'appel ont été submergées d'appels irrecevables). Il a fallu une nouvelle circulaire rappelant qu'à défaut d'indications contraires la représentation était obligatoire en appel...

* En matière de délégation, retrait total ou partiel de l'autorité parentale, il est difficile d'affirmer de quelle manière l'appel doit être formulé (avec ou sans représentation obligatoire) et ce du fait de la rédaction défectueuse des textes. L'article 1209 du nouveau Code de procédure civile renvoie aux articles 1191 et 1193 sans viser l'article 1192 (seul susceptible de donner la réponse)

* Le dernier alinéa de l'article 524 du nouveau Code de procédure civile (version décret du 20 août 2004) sur l'arrêt d'exécution provisoire visant l'article 12 du nouveau Code de procédure civile est d'une interprétation hasardeuse : s'agit-il de la lecture globale de l'article 12 ou faut-il s'arrêter à l'alinéa 1 ? Mais il était surtout incompatible avec les règles spécifiques applicables en matière de "faillite" (la loi de sauvegarde et le décret subséquent ont porté remède à ce dysfonctionnement⁽²⁾).

* L'article L. 661-5 du Code de commerce sur l'appel des jugements statuant sur le recours formé contre les ordonnances du juge commissaire est d'une lecture périlleuse. Il est ainsi libellé :

"Ne sont susceptibles que d'un appel et d'un pourvoi en cassation de la part du ministère public les jugements statuant sur les recours formés contre les ordonnances du juge-commissaire rendues en application des articles L. 642-18 et L. 642-19" (cession des actifs du débiteur).

Seule une lecture *a contrario* de l'article (dans une matière où l'ouverture de l'appel n'est pas la règle) et la lecture des travaux parlementaires permettent d'être certain de la portée de ce texte peu commenté. L'appel ordinaire est recevable... là où l'appel-nullité prospérait. Mais pourquoi ne pas l'écrire expressément ? (!).

* L'article 328 du décret du 28 décembre 2005 sur la loi de sauvegarde des entreprises, dans son alinéa 1, renvoie notamment au premier alinéa du I de l'article L. 661-1 du Code de commerce alors que ledit article ... ne comporte pas d'alinéa.

* L'article 901 du nouveau Code de procédure civile sur la déclaration d'appel renvoie à l'article 58 du nouveau Code de procédure civile (nouvelle version issue

du décret du 28 décembre 2005) ; l'appel doit indiquer "l'objet de la demande" ; cela n'a aucun sens mais la Chancellerie a rassuré immédiatement les professionnels, ce n'est pas l'appel motivé qui est en cause ... l'objet de la demande est, dans le cas particulier de l'appel, une notion vide de sens.

* Le décret du 20 août 2004 a inauguré une nouvelle méthode puisqu'il a été modifié le 23 décembre 2004... juste avant son entrée en vigueur (jour fixe de l'intimé).

Arrêtons là cette longue et décourageante litanie ... même si d'autres exemples pourraient être cités.

6 - Quelle est la raison de cette confusion ?

Une des raisons, en tout cas, tient au fait que les décrets sont préparés dans le silence du ministère de la Justice, sans concertation efficace avec le monde judiciaire ou universitaire. Les textes sont souvent adressés tardivement aux chefs de cours et aux organes représentatifs des professions... De surcroît, la Chancellerie est composée de magistrats, certes d'excellente qualité, mais les professions libérales ne s'y sentent pas suffisamment écoutées ; une certaine opacité entoure la rédaction des textes.

La configuration actuelle tranche avec la situation qui avait cours naguère ; la promulgation du nouveau Code de procédure civile a été préparée par quatre décrets ; il avait été mis en place au milieu des années 1960 une commission de réforme sous l'impulsion de M. Foyer à qui on a laissé le temps de travailler. La commission s'est institutionnalisée avec trois rouages importants, le dernier de ceux-ci était l'équipe de rédaction composée de Messieurs Cornu, Francon et Parodi sous l'influence doctrinale de Motulsky.

C'est ce long travail de réflexion qui a permis de construire le nouveau Code de procédure civile salué comme une œuvre majeure de la fin du XX^{ème} siècle.

Le nouveau Code de procédure civile a débarrassé les textes de formalités lourdes et inutiles. Le procès s'équilibre entre les prérogatives des parties et les exigences inhérentes au bon fonctionnement des juridictions. Les principes directeurs du procès civil donnent un véritable souffle au nouveau Code de procédure civile (il est inutile de vouloir copier ponctuellement le droit étranger ou de vouloir fondre notre code de procédure dans les principes d'Ali-Unidroit).

La commission de réforme a été malheureusement dissoute à la fin des années 1980. Un effort de remise en place d'une commission de réflexion par Monsieur Perben après les élections de 2002 a peu fonctionné. Cette commission est aujourd'hui en sommeil. La commission Magendie, quant à elle, a disposé de moins de six mois pour rendre un rapport (juin 2004) dont les conclusions, s'agissant de la procédure écrite en matière civile ont été, pour la plupart, édulcorées voire dénaturées.

6 bis - Ainsi, le processualiste est saoulé de textes dont la lisibilité est douteuse, notamment les textes concernant l'appel.

Peut-on pour autant parler de tourbillon ? Peut-on écrire que la physionomie de l'appel s'est transformée sous les coups de boutoir des réformes ou d'évolutions

ponctuelles ? Une analyse technique des deux textes emblématiques du décret du 28 décembre 2005 (radiation faute d'exécution et purge des incidents ou exceptions) s'avérerait notoirement insuffisante.

Il s'agit plutôt de rechercher si les récentes réformes (actuelles voire envisagées) ont modifié les piliers sur lesquels sont bâtis, aujourd'hui, la voie de l'appel, à savoir l'effet suspensif (au travers de la radiation faute d'exécution) ou l'effet dévolutif (au travers de la notion d'appel voie d'achèvement). Mais auparavant, on peut légitimement s'interroger sur l'avenir de l'appel-nullité.

I – L'appel-nullité : son déclin ?

7 - La loi de 2005 sur la sauvegarde des entreprises, à notre sens, sonne sinon le glas de l'appel-nullité, tout du moins son incontestable déclin. Le rappel des grands principes apparaît nécessaire.

La place reconnue aujourd'hui à l'appel-nullité est incontournable. Tous les manuels, ou traités de procédure civile y consacrent désormais une large place (même si la terminologie est malheureusement flottante en doctrine alors qu'elle ne l'est pas chez les praticiens). L'appel est recevable là où il ne l'était pas lorsque le jugement est atteint d'un excès de pouvoir (autrefois on y ajoutait un vice d'une exceptionnelle gravité). Cette notion aujourd'hui fait partie du droit positif ; l'ouverture de cette voie de recours est particulière même si la procédure obéit ensuite aux règles traditionnelles de l'appel (y compris celui de l'effet dévolutif qui a fait l'objet d'un débat passionné en doctrine jusqu'à un arrêt de la chambre commerciale du 28 mai 1996 jamais démenti depuis).

8 - On discerne mal, *a priori*, comment l'appel-nullité pourrait être remis en cause par des réformes récentes alors qu'il ne fait l'objet d'aucune réglementation. La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 semble pourtant avoir modifié les perspectives d'avenir de l'appel-nullité d'une manière très perceptible.

9 - Le point de référence utile est sans conteste la loi de 1985. La question s'est posée, à cette époque, de l'exercice des voies de recours à l'encontre des décisions rendues en matière de procédure collective.

Deux freins sont apparus à la recevabilité de l'appel :

- Qui est partie à la procédure ? La réponse est parfois ambiguë car il y a une "satellisation" des intervenants au procès (administrateur, mandataire, contrôleur, cessionnaire évincé, créanciers... ayant des intérêts distincts les uns des autres). A qui réserver le droit d'appel ?
- La nécessaire célérité de la procédure : pour sauver les entreprises et les emplois il faut aller vite et l'appel serait, a-t-on dit, source de retard irréversible. C'est surtout cet élément qui a fait pencher la balance en faveur de la fermeture de l'appel.

10 - Pour compenser la restriction dans l'exercice des voies de recours, la loi a réservé une possibilité d'appel au Ministère Public : celui-ci agit au nom de l'intérêt public et économique qui s'efface devant l'intérêt privé (l'idée est cohérente

mais elle n'a pu globalement recevoir application car les effectifs du Parquet étaient insuffisants pour jouer le rôle dévolu par la loi, si bien que les appels ont été rarissimes). De surcroît, en 1994, l'appel du Ministère Public est devenu suspensif ce qui rendait son utilisation dissuasive.

11 - Ce sont toutes ces caractéristiques qui vont provoquer, dans les années 1990 un "cocktail" détonnant. Une doctrine clairvoyante va proposer de réactiver une notion en sommeil, celle de l'appel-nullité (on en trouvait quelques traces en matière prud'homale lorsque le bureau de conciliation accordait des provisions). La pratique va s'engouffrer dans la porte entrouverte. On va assister à un essor sans précédent de l'appel-nullité. La jurisprudence va suivre au-delà de toute espérance la doctrine et admettre la recevabilité de cet appel "sui generis" afin d'atténuer la prohibition de l'appel (de manière excessive ?).

12 - A notre sens, la loi du 26 juillet 2005 modifie cet équilibre (et ce en dehors de tout débat !). Le débiteur peut désormais faire appel du jugement qui arrête ou qui rejette le plan de cession. Il s'agit d'impliquer procéduralement le chef d'entreprise. Le plan de cession constitue une atteinte grave au droit de propriété du débiteur en réalisant une forme d'expropriation : nous glissons du terrain de l'appel-nullité à celui de l'appel de droit commun (au risque de bloquer la cession par des appels intempestifs ?).

13 - Mais, la loi de 2005 comporte également une nouveauté inattendue. Alors que le projet de loi et les travaux à l'Assemblée Nationale n'en faisaient pas état, les recours formés contre les ordonnances rendues par le juge commissaire sont désormais, en principe, susceptibles d'appel (amendement sénatorial). Il n'est pas sûr que la réforme, là encore, soit heureuse sauf à considérer que le juge commissaire était systématiquement "confirmé" par le tribunal de commerce. N'était-il pas envisageable de reproduire le mécanisme de l'article 380 du nouveau Code de procédure civile ? (autorisation du premier président pour faire appel dans l'hypothèse d'un motif grave et légitime). L'aberration est totale tandis que la tendance est à la restriction de l'exercice de l'appel, la solution inverse prévaut avec la création d'une sorte de troisième degré de juridiction...

14 - Les causes traditionnelles d'ouverture de l'appel-nullité sont en voie de régression. Cela s'accompagne d'ailleurs d'un mouvement jurisprudentiel identique (est-ce l'effet du hasard ?). La Chambre Mixte, dans un arrêt du 28 janvier 2005, puis la deuxième chambre civile dans un arrêt du 17 novembre 2005 ont restreint la recevabilité de l'appel-nullité à l'existence d'un excès de pouvoir *stricto sensu* qui exclut la violation du principe de la contradiction. Mais quelle est la définition d'un excès de pouvoir ? Cela fera sûrement l'objet d'un débat acharné tant en doctrine qu'en jurisprudence. Dès 1980, M. Boré observait un glissement de l'excès de pouvoir vers la violation de la loi⁽³⁾. Le non-respect du principe du contradictoire vaut, à l'évidence, en gravité un excès de pouvoir, à supposer qu'il n'en soit pas un. Les processualistes ont trop combattu pour le respect du principe du contradictoire pour ne pas se désoler de cette exclusion dudit principe du champ de l'appel-nullité.

Une telle jurisprudence était évitable comme d'ailleurs l'article 526 du nouveau Code de procédure civile, "ersatz" de l'exécution provisoire de droit.

II – L’ appel suspensif : ses dérives ?

15 - Le décret du 28 décembre 2005 va de manière inattendue, au travers de la radiation faute d’exécution, faire rebondir un débat jamais vraiment clos sur l’exécution provisoire de plein droit des décisions de première instance. L’effet suspensif ne provoque, *a priori*, guère d’explications : une condamnation ne devrait pouvoir être exécutée qu’à l’issue de l’examen de l’affaire par deux juridictions successives. L’idée du double degré de juridiction semble liée de manière indissociable à l’effet suspensif de l’appel.

16 - L’exécution provisoire “*nonobstant appel*” devrait être exceptionnelle. Elle était considérée, naguère, comme un remède contre l’exercice de l’appel à des fins dilatoires. Lorsque la solution du litige ne laissait planer aucun doute, et dès lors que le défendeur risquait d’exercer des voies de recours pour gagner du temps, il peut apparaître de bonne justice que l’exécution provisoire puisse être ordonnée. Mais, au fil des années et de l’encombrement des cours d’appel, l’exécution provisoire s’est banalisée.

17 - Une discussion à perte de vue peut s’engager sur les avantages et les inconvénients de l’exécution provisoire. Les enjeux de l’exécution provisoire sont pourtant réels. L’infirmité d’un jugement peut devenir dépourvue de tout effet lorsqu’aucune restitution n’est plus possible. L’exécution provisoire crée un risque dont on doit prendre la mesure. Ce risque existe même du côté de celui qui en bénéficie puisque la Cour de cassation estime de manière constante que l’exécution d’une décision de justice exécutoire à titre provisoire n’a lieu qu’au risque de celui qui la poursuit à charge pour lui, si le titre est ultérieurement remis en cause, d’en réparer les conséquences dommageables.

Loctroi de l’exécution provisoire devrait, en réalité, faire l’objet d’une réflexion approfondie des juges de première instance après que ceux-ci aient pu dialoguer avec les magistrats du second degré, les avocats, les avoués à la cour, les huissiers de justice.

Cette discussion devrait être évidemment menée cour d’appel par cour d’appel (la situation étant très différente, par exemple, à Dijon ou à Aix-en-Provence...). L’automatisme dans l’octroi de l’exécution provisoire est regrettable.

18 - Bien plus, la réglementation de l’exécution provisoire n’est pas heureuse sur le plan technique ; l’exécution provisoire se trouve régie par des textes confus, invertébrés et sans ligne directrice : tantôt l’exécution provisoire est de plein droit, tantôt elle est ordonnée avec des régimes spécifiques en matière de procédure collective et de juge de l’exécution.

19 - L’arrêt de l’exécution provisoire – qui relève de la juridiction du premier président – suppose parfois que soient mis en avant des moyens sérieux, d’autres fois des conséquences manifestement excessives, et d’autres fois encore l’existence de deux critères cumulatifs (conséquences manifestement excessives et violation soit du principe du contradictoire, soit de l’article 12 du NCPC). La notion de conséquences manifestement excessives prête d’ailleurs le flanc à la critique. La jurisprudence aurait pu inclure dans les conséquences manifestement excessives

l'exécution d'une décision apparemment ou manifestement entachée d'une erreur mais la Cour de cassation a préféré donner aux textes une interprétation purement économique. Les avoués savent pertinemment que le premier président arrêtera d'autant plus volontiers l'exécution provisoire sur la base de conséquences manifestement excessives que l'appel lui paraîtra ... sérieux même si cela ne transparait pas au travers de sa décision (le fond est généralement abordé lorsqu'il s'agit de convaincre un premier président). Il a toujours existé un certain décalage entre la Cour de cassation et les premiers présidents, très pragmatiques en cette matière (avant 2004, lorsqu'il était impossible d'arrêter une décision assortie de l'exécution provisoire de plein droit, de nombreux premiers présidents passaient outre ...)

L'étude de moyens sérieux est d'ailleurs en elle-même embarrassante dans la mesure où elle oblige un magistrat seul, dans le cadre d'une procédure orale, à appréhender d'ores et déjà le fond du dossier. Cela n'est-il pas de nature à déstabiliser la procédure ? L'indépendance des magistrats est totale, mais une cour n'est-elle pas influencée d'une manière ou d'une autre par une décision motivée laissant apparaître que l'appel est fondé ou non sur des motifs sérieux ? Le recours à la notion de procès équitable peut-elle s'accommoder d'une sorte de "pré-jugement" ? La question reste théorique car les premiers présidents font preuve, il est vrai, de subtilité dans le choix des mots employés.

Aujourd'hui, on peut, sans risque d'enfreindre la réalité, affirmer que tout est à reconstruire s'agissant de l'exécution provisoire.

21 - Plusieurs projets ont circulé visant à instaurer l'exécution provisoire immédiate de tous les jugements de première instance. Le premier projet en ce sens est celui mis en avant par le rapport Coulon en 1997 ; en 1999, un avant-projet de réforme de la Chancellerie envisageait comme hypothèse de travail la suppression de l'effet suspensif de l'appel malgré une opposition marquée des professions judiciaires. En mars 2002, un nouveau projet de décret était sur le point d'être publié en ce sens. A la suite de l'opposition des auxiliaires de justice et d'un certain nombre d'universitaires, ce projet de décret a été abandonné. Lors d'une rencontre Cour de cassation/Université, les débats avaient été animés et il avait notamment été rappelé par les opposants à l'exécution provisoire de plein droit qu'il s'agissait de maintenir un système non dogmatique permettant au juge de faire un choix judicieux.

Le rapport Magendie a conclu également à la nécessité de l'exécution provisoire de droit mais la raison avancée, au-delà de la protection du créancier, est plus pratique. Il faut, peut-on lire, que "*chacun se sente au pied du mur et ait conscience que l'essentiel doit se jouer au premier degré*". Si l'exécution provisoire est de droit, les auxiliaires de justice jetteront toutes leurs forces dans le premier degré de juridiction, lequel serait trop délaissé.

Mais il ne faut pas oublier, quand même, les réserves du rapport Magendie en la matière citant les observations de la conférence des premiers présidents en 1995 "*personne ne peut mesurer de façon précise toutes les conséquences de l'exécution de droit...*"

On peut y voir sans doute l'influence mesurée mais toujours précieuse de Monsieur le Premier Président Chazal de Mauriac.

22 - Le décret du 28 décembre 2005, après plusieurs moutures, va s'orienter très curieusement vers une autre solution déroutante qui n'a pu faire l'objet de véritables débats (d'où l'idée de l'intervention du législateur pour les réformes importantes). L'article 526 du nouveau Code de procédure civile prévoit désormais la radiation faute d'exécution. La lecture de cet article ne peut que laisser pantois. Il est libellé en ces termes :

“Lorsque l'exécution provisoire est de droit ou a été ordonnée, le premier président ou, dès qu'il est saisi le conseiller de la mise en état peut, en cas d'appel, décider, à la demande de l'intimé et après avoir recueilli les observations des parties, la radiation du rôle de l'affaire lorsque l'appelant ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée d'appel ou avoir procédé à la consignation autorisée dans les conditions prévues à l'article 521, à moins qu'il lui apparaisse que l'exécution provisoire serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives ou que l'appelant est dans l'impossibilité d'exécuter la décision”.

“Le premier président ou le conseiller chargé de la mise en état autorisent, sauf s'il constate la péremption, la réinscription de l'affaire au rôle de la Cour sur justification de l'exécution de la décision attaquée”.

Ce texte, présenté comme une mesure emblématique, fait évidemment référence aux dispositions applicables depuis 1989 devant la Cour de cassation. Le système, devant la haute juridiction, est plutôt complexe et mobilise beaucoup d'énergie pour un résultat quasi-insignifiant. Les ordonnances présidentielles se succèdent à un rythme soutenu. Il suffit pour s'en convaincre de lire la kyrielle de décisions citées sous les trois articles concernés dans les Codes de procédure annotés et d'ailleurs peu commentés en doctrine.

Alors que l'on pouvait plutôt s'interroger sur la suppression de ce dispositif devant la Cour de cassation, celui-ci se trouve transposé devant les cours d'appel. Cette inattendue réforme qui a pris les observateurs de court, ne laisse pas d'inquiéter les praticiens. Une série d'interrogations non limitatives surgit :

- Faut-il raisonner par rapport aux textes et surtout à la jurisprudence applicables devant la Cour de cassation (une exécution partielle serait-elle suffisante, par exemple, pour éviter la radiation) ?
- Comment interpréter la notion de conséquences manifestement excessives ? (s'agit-il de la même notion que celle retenue pour l'arrêt d'exécution provisoire) ?
- Quelle sera la position de la Cour européenne des droits de l'homme dès lors que la radiation concerne aujourd'hui une voie de recours ordinaire ?

La Cour européenne des droits de l'homme, fréquemment saisie à la suite de l'application de l'article 1009-1, avait, notamment, estimé à plusieurs reprises, que si les buts poursuivis par le retrait du rôle sont légitimes, il convient cependant de veiller à l'existence d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, c'est-à-dire de déterminer à la lumière des conséquences manifestement excessives si les mesures de retrait s'analysent en une entrave disproportionnée au droit d'accès à la haute juridiction.

- Les décisions rendues par le conseiller de la mise en état ne feront-elles pas l'objet d'un déféré-nullité ? (hypothèse d'un refus de remise au rôle en présence d'une volonté non équivoque d'exécuter).

- Que se passera-t-il en cas de condamnation solidaire ou en présence de plusieurs intimés n'adoptant pas tous la même attitude procédurale ?
- Peut-on admettre des différences d'interprétation, selon les cours, sans que la haute juridiction puisse réguler l'interprétation de 526 du nouveau Code de procédure civile ?

L'intimé n'a d'ailleurs pas forcément intérêt à obtenir une telle radiation qui paralyse, dans un premier temps, l'obtention d'un titre définitif (impossibilité d'aller au terme de la saisie immobilière...).

Il doit alors compter sur une éventuelle péremption car il ne peut de lui-même remettre au rôle.

24 - Bref, sans multiplier les interrogations, les chausse-trappes liées à l'application de ce texte (procédure d'appel bloquée avec un risque de péremption) sont nombreuses. Les règles du jeu ne sont pas suffisamment précisées. Aux 34^{èmes} journées d'études des avoués près la cour d'appel (Bordeaux, juin 2006), il est apparu lors du forum de procédure une méfiance générale qui semble être aussi celle des chefs de cours et des magistrats de la mise en état. La seule décision publiée à ce jour, sauf erreur, refuse d'appliquer l'article 526 du nouveau Code de procédure civile à un jugement rendu avant l'entrée en vigueur du texte dès lors qu'il constituait un élément nouveau inconnu du tribunal lors du prononcé de son jugement. N'est-ce pas la traduction d'une évidente réserve dans l'application de ce texte ? (Des pratiques différentes semblent émerger : pas de radiation si l'affaire est déjà fixée ou l'appelant a déjà conclu...)

Ce texte ne satisfait personne. Sa philosophie est d'ailleurs douteuse : c'est une erreur profonde de vouloir utiliser les règles de procédure pour régler des problèmes d'exécution. Nul ne peut contester qu'une décision de justice exécutoire doit être exécutée mais ce n'est pas en privant le débiteur du recours auquel il a droit que la justice sera plus juste.

Sur le plan sémantique d'ailleurs, est-il logique de se référer à l'expression radiation qui est définie par le nouveau Code de procédure civile comme un défaut de diligence... procédurale ? Quel amalgame ? Notre Code mérite mieux.

25 - L'exécution provisoire de plein droit n'a donc pas été imposée ; ce qui est remis en cause, c'est éventuellement la possibilité de faire juger son affaire devant la Cour dès lors que l'exécution n'est pas effective. Il faut souhaiter, à cet égard, que les juges de première instance réfléchissent davantage encore sur la portée de l'exécution provisoire ordonnée (une pure formule de style insérée dans les dispositifs des jugements est à l'évidence à éviter). Est-il utile de créer des contentieux parallèles devant le premier président ou le conseiller de la mise en état (sans parfois que l'on sache lequel des deux est compétent dans l'hypothèse d'un circuit court) alors que l'affaire peut être jugée au fond parfois en huit mois ?

La Chancellerie aurait laissé entendre qu'elle n'était pas hostile à amender l'article 526 du nouveau Code de procédure civile. Mais peut-on vraiment reconstruire un édifice cohérent sur des bases incertaines ? Cela dit, l'enjeu d'éventuelles réformes à venir est peut-être d'une toute autre dimension.

III – L’ appel voie d’achèvement : des interrogations ?

26 - Une réflexion sur l’effet de l’appel, dans sa dimension de voie d’achèvement, est loin d’être inutile à la lumière des conclusions de la mission Magendie et surtout d’arrêts récents.

Les principes de base en la matière sont connus. L’appel est une voie de réformation : la logique pure voudrait que le litige soit inchangé entre le premier degré et le second degré de juridiction (mêmes pièces, mêmes arguments, mêmes fondements juridiques). C’est à ce prix que l’on peut parler *stricto sensu* d’un double degré de juridiction. Si le juge d’appel, dans le cadre de la voie de recours, n’examine pas exactement le même litige, peut-on sérieusement affirmer que le litige est examiné deux fois ?

Le Code de procédure civile de 1806 se rattachait, on le sait, à cette conception (interdiction de demandes nouvelles : avec un tempérament pour la partie qui avait été défenderesse en première instance). Un décret-loi de 1935 a assoupli la définition de la demande nouvelle. En 1963 un colloque à Aix-en-Provence faisait émerger la notion de l’appel -voie d’achèvement du litige. Selon cette conception il s’agit, pour la cour d’appel, non seulement de vérifier que les premiers juges ne se sont pas trompés mais de lui permettre de rassembler l’ensemble des questions et parties au litige afin de mettre un terme à celui-ci.

Le nouveau Code de procédure civile s’est inspiré de cette logique mais l’a fait avec “*retenue et réserve*”, selon l’expression de Messieurs Cornu et Foyer⁽⁵⁾. Les solutions antérieures dégagées par les textes ou la jurisprudence ont été consacrées assorties de quelques innovations (cf. l’intervention forcée, les questions nées de la survenance ou de la révélation d’un fait et les demandes reconventionnelles).

27 - Les “*dimensions nouvelles de l’appel*” sont claires : le litige ne doit pas être figé ; il faut lui permettre d’atteindre son plein développement. Il faut permettre de soulever tous moyens de défense auxquels un plaideur n’avait pas encore songé voire présenter des demandes accessoires omises en première instance. Les plaideurs doivent également pouvoir soumettre à la cour de nouvelles pièces. Toute autre approche a l’inconvénient de bloquer le procès, d’obliger éventuellement un plaideur à réintroduire une nouvelle instance.

28 - Un point d’équilibre a été trouvé par le nouveau Code de procédure civile qui fait une distinction selon que l’on est en présence ou non d’éléments essentiels au litige. Les nouveaux éléments de preuve et l’alléguation de nouveaux faits sont admis sans restriction (563 du NCPC). Les prétentions ne sont pas nouvelles si elles tendent aux mêmes fins même si leur fondement juridique est différent (565 du NCPC). Les parties peuvent expliciter les prétentions virtuelles et ajouter celles qui sont l’accessoire, la conséquence ou le complément (566 du NCPC). La Cour de cassation, après quelques hésitations, semblait interpréter de manière plutôt extensive ces articles.

Mais un arrêt récent de l’Assemblée plénière du 11 mars 2005, statuant sur la notion d’évolution du litige permettant l’intervention forcée en appel, marque un net coup de frein en la matière (une modification d’ordre économique ne suffit pas en soi à caractériser une évolution du litige). Cela rejoint la position de Monsieur le Premier Président Canivet qui s’est demandé, il y a peu, s’il ne faudrait

pas reconsidérer la pertinence de la notion d'appel "voie d'achèvement" afin de renforcer la justice de première instance⁽⁶⁾.

29 - Dans le cadre de l'appel voie de réformation, *stricto sensu*, les parties seraient alors plus attentives à parfaire leur dossier en première instance, laquelle est quelquefois considérée comme une simple phase préparatoire. Le litige y gagnerait alors en clarté et la solution en rapidité et en sécurité. Le rapport Magendie, qui préconise une voie d'achèvement tempérée, fait écho à cette proposition. Le premier degré de juridiction ne saurait correspondre à un "galop d'essai" tout en réservant les débats sérieux à l'instance d'appel.

30 - Il apparaît extrêmement périlleux de remettre en cause, même partiellement, la notion d'appel voie d'achèvement, très ancrée dans les habitudes judiciaires françaises (les juges d'appel allemands ont quant à eux résisté à l'application des dispositions de la réforme du 27 juillet 2001 restreignant considérablement le champ de l'appel)⁽⁷⁾. Une telle remise en cause n'aurait-elle pas l'inconvénient de créer des contentieux nouveaux, voire parallèles ? Sous prétexte de vouloir désengorger les cours d'appel et de restaurer le double degré de juridiction, ne multiplierait-on pas les insécurités procédurales et les possibilités pour un procès susceptible de rebondir devant les premiers juges ?

C'est ce qui aurait pu être affirmé encore il y a peu. Mais un très récent arrêt de l'Assemblée plénière de juillet 2006 modifie, semble-t-il, cette approche. Il y a douze ans, la même Assemblée retenait une conception étroite de la "cause" ; un changement de fondement juridique suffisait à faire obstacle à l'autorité de la chose jugée dès lors qu'une norme différente était invoquée. Aujourd'hui, la Cour de cassation aborde différemment l'autorité de la chose jugée. La question techniquement posée à l'Assemblée plénière était centrée sur l'appréciation de l'identité de cause, plus particulièrement sur la distinction entre cause et moyen. La Cour indique de manière très directe "il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande, l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci". Bref il faut que le procès ait une fin ; au nom d'un principe de sécurité, de bonne foi et de loyauté, le procès ne peut être morcelé en plusieurs procès successifs.

Les équilibres sont redistribués : une fois la première instance terminée, le procès ne semble pouvoir évoluer qu'en cause d'appel. Mais arrivé à ce point de raisonnement, il y aurait à notre sens, une totale incohérence à restreindre les dimensions nouvelles de l'appel tandis qu'un retour devant les premiers juges serait, désormais, bloqué.

Cet arrêt renforce, indirectement mais nécessairement, l'appel dans sa voie d'achèvement. On ne peut fermer toutes les voies à un plaideur (l'appel et la première instance) qui, au vu de la décision rendue, estimerait utile de changer de moyens. La lecture, peut-être imprudente de notre part, du rapport Magendie, incite quand même à une certaine prudence. Il est en effet écrit : "En réalité, tant que les critères de la chose jugée demeurent ce qu'ils sont, rejeter l'appel voie d'achèvement, c'est courir le risque – à trop corseter les parties et le juge dans l'instance d'appel – de voir le demandeur débouté au second degré introduire ultérieurement une nouvelle instance au fond. Il n'en résultera alors aucune économie pour le service public de la justice".

Cela dit, il faut se méfier d'une lecture diagonale des travaux de la mission Magendie. L'avenir de l'appel voie d'achèvement et la notion d'économie pour le service public de la justice mérite un débat particulier à l'évidence relancé par l'arrêt du 7 juillet dernier. Cet arrêt, clair dans sa rédaction, relance quand même le problème des rôles respectifs du juge et des parties. Peut-on reprocher au plaideur de s'être "*abstenu en temps utile*" alors même qu'il appartenait au juge, en son temps, de procéder à toute requalification utile ? Les auxiliaires de justice, face à une responsabilité grandissante, ne seront-ils pas tentés de soulever tous les moyens imaginables quitte à faire perdre aux écrits leur fluidité ?

31 - Mais pour autant, il ne faut pas négliger l'argument de la première instance "*tour de piste*" sans consistance réelle et de la stratégie qui consiste sciemment à conserver une pièce déterminante pour la cour d'appel pour faire basculer définitivement le litige. Il semble pourtant que là encore le nouveau Code de procédure civile permet des parades sans bouleverser les notions acquises

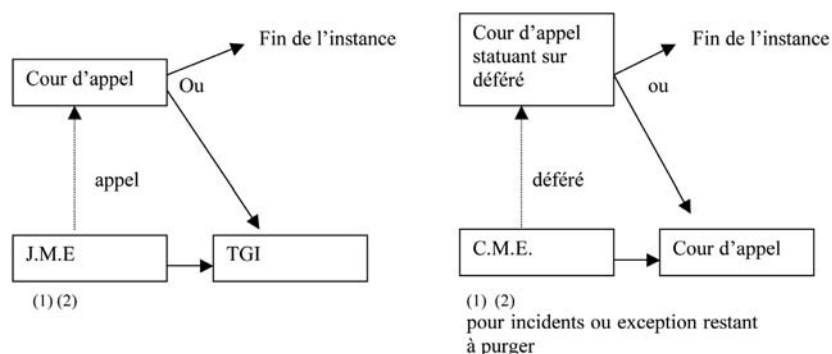
L'article 696 du nouveau Code de procédure civile prévoit que la partie perdante est condamnée aux dépens mais le texte poursuit en indiquant que par une décision motivée le juge peut en mettre la totalité ou une fraction à la charge d'une autre partie. On peut dès lors imaginer que la cour d'appel mette les dépens en partie, voire en totalité, à la charge du gagnant en lui reprochant précisément d'avoir réservé pour l'appel des pièces qui étaient parfaitement communicables en première instance ; il y aurait là un moyen de dissuasion qui, s'il était généralisé serait de nature à faire réfléchir ceux qui seraient tentés d'escamoter la première instance (cette approche est appliquée notamment par les chambres civiles et commerciales de la cour d'appel de Dijon).

On pourrait même se demander si une légère modification du nouveau Code de procédure civile ne serait pas envisageable à l'instar de ce qui est prévu à l'article 123 du nouveau Code de procédure civile. Ce texte prévoit que celui qui soulève tardivement une fin de non recevoir peut être condamné à des dommages intérêts s'il est animé par une intention dilatoire. *Mutatis mutandis*, ne pourrait-on pas accorder des dommages intérêts à la partie perdante (sous réserve qu'elle soit de bonne foi) dès lors que l'autre partie se serait abstenue de dévoiler, dans une intention malicieuse, l'ensemble de ses moyens ou de ses pièces ? Il y a là, en tout cas, une piste de réflexion qui pourrait faire l'objet de débats.

32 - La solution, pour éviter que le procès de première instance ne soit ramené à une simple formalité, est pourtant connue. Il n'est nul besoin de recourir à l'exécution de plein droit ou à la remise en cause de l'appel voie d'achèvement qui sont des moyens indirects. Il suffit, à cet égard, d'exiger que la procédure de la mise en état soit respectée à la lettre (cela suppose, à l'évidence, des magistrats supplémentaires). Le litige, dès son enrôlement, doit faire l'objet d'une étude par le juge de la mise en état qui suivra le dossier de A jusqu'à Z. Le juge de la mise en état doit évidemment être la pièce centrale du dossier de première instance. La lecture, à cet égard, des écrits d'Henri Motulsky commentant les décrets du 13 octobre 1965 et 7 décembre 1967 est édifiante. Ces écrits n'ont pas pris une ride. Si le dossier semble bâclé, mal ficelé ou insuffisamment pourvu de pièces, le magistrat de la mise en état a d'énormes moyens d'intervention. La mise en état doit-être intellectuelle et non pas administrative et suppose de la

part du juge une implication totale dans le dossier. Le décret du 28 décembre 2005, pourtant sans ligne directrice, s'oriente partiellement dans cette voie dès lors qu'il accroît les pouvoirs du juge de la mise en état. Citons à cet égard le traitement unifié des exceptions de procédure et des incidents de procédure mettant fin à l'instance, qui doivent être soulevés avant l'ouverture des débats (NCPC, art. 771, 1^o), les décisions du juge de la mise en état qui ont désormais autorité de la chose jugée et qui sont susceptibles d'un appel immédiat suivant une procédure à bref délai.

L'idée de départ est peut-être bonne surtout si elle se veut une incitation supplémentaire à faire jouer un véritable rôle au juge de la mise en état. Mais la mise en œuvre est déficiente (sans compter que son entrée en vigueur au 1^{er} mars 2006 a mis une pagaille sans précédent dans l'organisation du rôle des cours d'appel). Ce serait dépasser le cadre de cette étude que de commenter le texte. Quelles en sont les conséquences au stade de la procédure d'appel ? Un croquis, selon Napoléon, vaut mieux qu'un long discours encore qu'en la matière le plan de bataille soit bien désordonné et s'apparente plutôt à un labyrinthe.



(1) Les incidents mettant fin à la procédure :

- la péremption d'instance
- le désistement d'instance
- la caducité de la citation
- l'acquiescement

(2) Les exceptions de procédure :

- les exceptions d'incompétence
- les exceptions de litispendance et de connexité
- les exceptions dilatoires
- les exceptions de nullité

Il est à craindre que la plupart des décisions du juge de la mise en état statuant en la matière soient frappées d'appel ; s'agissant plus spécifiquement des pouvoirs du conseiller de la mise en état il est procédé par un simple renvoi (article 910 du NCPC) sans tenir compte de la spécificité de la procédure d'appel. Les dysfonctionnements et interrogations sont, dès lors, nombreux.

Là encore, procédons plutôt par remarques et interrogations successives sans que la liste soit exhaustive.

La décision du conseiller de la mise en état, quelle qu'elle soit, entraînera vraisemblablement un déféré devant la Cour ; la logique voudrait que ce déféré soit audiencé avant l'affaire au fond (quel gain de temps et quelle perte d'énergie !). Il est à penser que les circuits courts seront dès lors privilégiés (article 910, alinéa 2, du NCPC) pour éviter de telles lourdeurs dès que cela sera possible.

Un circuit intérieur va s'instaurer devant les cours d'appel, lourd et inutile. Lorsque le conseiller de la mise en état statuera sur une irrecevabilité d'appel il faudra rechercher s'il est amené à statuer sur un incident mettant fin à l'instance ou sur une exception de procédure ? Quid s'il déclare l'appel recevable en raison de la nullité de la signification ?

Le conseiller de la mise en état n'est pas compétent pour annuler un jugement alors même qu'il peut se prononcer sur la nullité d'une assignation ; cela l'obligera à renvoyer le dossier devant la cour. Quid en cas d'appel-nullité ? Le conseiller de la mise en état devra apprécier l'excès de pouvoir et si l'appel est déclaré recevable, devra renvoyer devant la cour pour qu'il soit statué au fond (alors même que l'appréciation de l'excès de pouvoir est souvent intimement liée au fond).

Il est vrai que la recevabilité de l'appel-nullité n'est pas, *stricto sensu*, une exception de procédure ou un incident mettant fin à l'instance. Il est non moins vrai qu'il semble aberrant de ne pas soumettre au même régime procédural les irrecevabilités de l'appel de l'article 911 du nouveau Code de procédure civile et les exceptions et incidents visés à l'article 771-1.

Il peut être rajouté que le conseiller de la mise en état n'est pas juridiction du second degré des décisions rendues en première instance ; il ne peut se substituer à la cour pour connaître d'un appel formé à l'encontre d'un jugement qui a statué sur une exception de procédure (jugement de commerce ou d'instance ou jugement du TGI dispensé de mise en état).

Le chevauchement des exceptions de procédure et incidents mettant fin à l'instance avec des fins de non recevoir ne facilite pas non plus la lisibilité et l'application des nouveaux textes. L'exception de procédure, de surcroît, peut avoir une incidence directe sur le fond (cf. par exemple, l'article 95 du NCPC). Quel gâchis !

33 - Les réformes actuelles de procédure civile sont anarchiques, sans ligne directrice. Il faudra un jour ou l'autre que le "législateur", donne des signes forts sur la protection du double degré de juridiction.

Mais auparavant, les magistrats, avoués à la cour, avocats et bien évidemment universitaires, doivent confronter leur opinion afin que se dégage un large consensus. Il est grand temps d'y songer afin que les actuels tourbillons ne se transforment en véritable "tsunami judiciaire".

Notes :

- 1 - Ph. Hoonaker, Dernières réformes de l'exécution provisoire : raison et déraison, *D* 2006 p. 754. "Une doctrine autorisée analysant la jurisprudence du Conseil d'Etat considère que le principe du double degré de juridiction est de valeur législative, ce qui interdit qu'une norme autre que législative puisse lui porter atteinte)
- M. Blatman, rapport arrêt assemblée plénière 24 .2.2006, bulletin d'information Cour de cassation n° 640. Le Conseil d'Etat n'ignore pas la valeur de la règle (double degré de juridiction), il lui a reconnu le statut de principe général du droit mais il ne lui confère pas une portée telle qu'elle interdirait au législateur, comme aux pouvoirs réglementaires, d'y apporter des exceptions.
- Ch. Lefort – le double degré de juridiction, in *Dictionnaire de la justice*, dir. L. Cadiet PUF 2004 p. 345 et s. Le Conseil d'Etat hésiterait, quant à lui, à reconnaître au double degré de juridiction la qualification de principe général du droit à valeur supra décrétable.
- 2 - cf *RTD Com* 2006 p. 220 – JLV exécution provisoire et faillite
- 3 - J. Boré, La cassation en matière civile, *Sirey* 1980 n° 1922
- 4 - Mais la conférence ajoutait que les avantages de l'exécution de droit semblaient l'emporter sur les inconvénients
- 5 - G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, PUF Thémis, 3^{ed}, 1996
- 6 - G. Canivet, Economie de la justice et procès équitable, *JCP éd. G*, n° 46, nov. 2001 1, 361
- 7 - F. Ferrand, Le nouveau Code de procédure civile français et les principes Ali-Unidroit de Procédure civile transnationale : regard comparatif : le nouveau Code de procédure civile(1975-2005). *Economica* 2006 p. 439 et s.