

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE



En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse 1 Capitole

École doctorale : **Sciences Juridiques et Politiques**

Présentée et soutenue par

Jean-François Escourrou

le samedi 9 décembre 2017

Titre :

L'INSTANCE D'APPEL DANS LE PROCÈS CIVIL

Discipline : Droit

Spécialité : Procédure civile

Unité de recherche : Institut de droit privé

Directeur de thèse :

Monsieur Marc NICOD, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

Jury :

Monsieur Nicolas CAYROL, Professeur à l'Université de Tours

Madame Isabelle DESPRÉS, Professeur à l'Université de Nantes

Monsieur Lionel MINIATO, Maître de conférences à l'Institut National Universitaire d'Albi

Monsieur Julien THÉRON, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

*L'Université n'entend ni approuver
ni désapprouver les opinions
particulières du candidat.*

*« Nous croyons à la mission et à la force du Droit ;
nous croyons que le salut du monde est lié à son action. »*

Henri Motulsky

REMERCIEMENTS

Mes remerciements s'adressent en premier lieu à

Monsieur le professeur Marc Nicod.

*Sa disponibilité totale,
son exigence et ses encouragements,
son amabilité et sa bienveillance,
me laisseront un souvenir heureux
des années consacrées à ces travaux.*

Je voudrais également exprimer

*ma profonde reconnaissance
à ma famille et à mes amis.*

Trop nombreux pour être tous cités,

*ils sauront se reconnaître
dans cet humble témoignage
de gratitude et d'affection.*

LISTE DES ABRÉVIATIONS FRÉQUEMMENT UTILISÉES

AJ fam.	Actualité juridique famille
AJCA	Actualité juridique contrats d'affaires
AJDI	Actualité juridique droit immobilier
al.	alinéa
anc.	ancien
art.	article
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. avoués	Bulletin des avoués
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. conso.	Code de la consommation
C. pén.	Code pénal
C. pr. civ. ex.	Code des procédures civiles d'exécution
C. trav.	Code du travail
C.E.	Conseil d'État
C.J.A.	Code de justice administrative
C.O.J.	Code de l'organisation judiciaire
C.P.C.	Code de procédure civile
C.P.P.	Code de procédure pénale
C.S.S.	Code de la sécurité sociale
c/.	contre
Cah. Cons. constit.	Cahiers du Conseil constitutionnel
Cah. prud'h.	Cahiers prud'homaux
Cass.	Cour de cassation
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
ch.	chambre
chap.	chapitre
chron.	chronique
circ.	circulaire
civ. (1, 2, 3)	Chambre civile (première, deuxième, troisième)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CME	conseiller de la mise en état
col.	colonne
com.	Chambre commerciale
comm.	commentaire
Comp.	comparer
concl.	conclusions
Cons. constit.	Conseil constitutionnel
consid.	considérant
crim.	Chambre criminelle
crit.	critique
D.	Dalloz
D. actu	Dalloz actualité
DA	Recueil analytique de jurisprudence et de législation Dalloz
DC	Recueil critique de jurisprudence et de législation Dalloz

DH	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz
Dig.	Digeste
dir.	sous la direction de
Doc. fr.	Documentation française
doctr.	doctrine
DP	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Dr. et proc.	Droit et procédure
Dr. fam.	Droit de la famille
Dr. soc.	Droit social
éd.	édition
Fasc.	fascicule
GAJC	Grands arrêts de la jurisprudence civile
Gaz. Pal.	Gazette du palais
ibid.	ibidem
inf. rap.	informations rapides
JCP	Semaine juridique
JCP E	Semaine juridique, édition entreprises
JCP G	Semaine juridique, édition générale
JCP N	Semaine juridique, édition notariale
JCP S	Semaine juridique, édition sociale
JDI	Journal du droit international
JO	Journal officiel
jur.	jurisprudence
Jurisl. proc. civ.	Jurisqueuseur de procédure civile
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
loc. cit.	loco citato
LPA	Les petites affiches
Min. just.	Ministère de la justice
NCPC	Nouveau Code de procédure civile
nouv.	nouveau
obs.	observations
op. cit.	opere citato
ord.	ordonnance
pan. jur.	panorama jurisprudentiel
plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
précit.	précité
prem. prés.	premier président
PU	Presses universitaires
QPC	question prioritaire de constitutionnalité
rapp.	rapport
RCA	Responsabilité civile et assurances
RD. banc. fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
RDI	Revue de droit immobilier
RDP	Revue de droit public
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RDT	Revue de droit du travail
Rec.	Recueil
Defr.	Defrénois

Rép. Dalloz dr. civ.	Répertoire Dalloz de droit civil
Rép. Dalloz proc. civ.	Répertoire Dalloz de procédure civile
req.	Chambre des requêtes
Rev.	Revue
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. crit. lég. et jur.	Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. huiss.	Revue des huissiers de justice
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RGDP	Revue générale des procédures
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJPF	Revue juridique personnes et famille
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RLDC	Revue Lamy droit des contrats
RSC	Revue des sciences criminelles
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	suivant(e)s
S.	Sirey
soc.	Chambre sociale
somm.	sommaire
spéc.	spécialement
Sté	société
t.	tome
TGI	tribunal de grande instance
TPS	Revue travail et protection sociale
trad.	traduction
trib. civ.	tribunal civil
V.	voir

SOMMAIRE

INTRODUCTION	13
PARTIE I : L'INSTANCE D'APPEL, RÉPÉTITION DU PROCÈS	29
<i>Titre I : L'identification de l'instance d'appel</i>	31
Chapitre I : L'intégration au procès civil	33
Chapitre II : L'exercice d'une nouvelle action en justice	71
<i>Titre II : Les effets de l'instance d'appel</i>	133
Chapitre I : L'effet suspensif, garantie de la répétition	135
Chapitre II : L'effet dévolutif, assouplissement de la répétition	215
PARTIE II : L'INSTANCE D'APPEL, RENOUVELLEMENT DU PROCÈS	273
<i>Titre I : Le comportement procédural des parties</i>	275
Chapitre I : La liberté encadrée de la demande	277
Chapitre II : La mise en œuvre des concours d'actions	311
<i>Titre II : La rationalisation par le droit</i>	373
Chapitre I : Les outils juridiques de la régulation	375
Chapitre II : La physionomie nouvelle de la voie d'appel	419
CONCLUSION GÉNÉRALE	451
BIBLIOGRAPHIE	457
INDEX	491
TABLE DES MATIÈRES	494

INTRODUCTION

1. « *Qu'en un lieu, qu'en un jour, un seul fait accompli tienne jusqu'à la fin le théâtre rempli* »¹. Cette triple identité énoncée par Boileau est appelée à gouverner le théâtre classique français. De même que l'époque baroque voyait dans le monde un théâtre², le procès a pu récemment être comparé à un spectacle³ : d'une part, des rôles y sont distribués ; d'autre part, la scène et le prétoire voient également s'affronter des passions humaines. On pourrait y ajouter une autre donnée : de même que les acteurs doivent se soumettre à diverses contraintes scéniques, les parties sont tenues d'obéir aux règles de la procédure. Ces obligations distinguent la comédie de l'improvisation théâtrale et le procès du règlement de comptes. À y regarder de plus près, la réalité ne correspond pourtant guère à une telle abstraction. De même que les productions modernes ne répondent plus nécessairement à la règle formulée par Boileau, les procès ne sont plus réglés – l'ont-ils jamais été ? – par des normes rigides.

Le point de rupture pourrait surtout se remarquer sur le terrain des voies de recours. Le procès se déroule certes dans un lieu, la juridiction. Or ce lieu n'est pas unique, tant s'en faut, car les diverses étapes de la procédure que sont les instances se jouent devant autant de juridictions : du tribunal de première instance à la Cour de cassation, en passant par la cour d'appel et en prolongeant peut-être devant une cour de renvoi. L'audience peut certes ne monopoliser que quelques heures de la journée, mais elle n'est que l'apothéose de l'instance, temps d'échanges et de préparation à l'affrontement devant le juge, qui s'écoule sur plusieurs jours et dont l'addition se chiffre quelquefois en années. Il est possible qu'un seul fait litigieux occupe le temps du procès, mais cela est peu probable, car d'ordinaire, les rapports juridiques entre les mêmes sujets foisonnent, et c'est ce lacs que devra trancher le juge.

2. Si l'on voulait continuer à faire du procès une grande pièce de théâtre, il faudrait considérer que chaque instance est un acte de ce spectacle. Les instances d'un procès ou les actes d'une pièce ont en commun une unité dans la diversité. L'unité subsiste dans la présence des mêmes parties qui souffrent et se plaignent des mêmes maux. La diversité se caractérise par l'évolution des circonstances, par les rebondissements et par le déroulement tantôt linéaire tantôt chaotique de l'intrigue. Une étude littéraire pourrait faire le choix de n'analyser en profondeur que le deuxième

1 N. Boileau, *L'Art poétique*, chant III, v. 17-18, in *Œuvres complètes*, La Pléiade, 1966

2 V. par ex. P. Corneille, *L'illusion comique* – P. Calderón de la Barca, *El gran teatro del mundo* – W. Shakespeare, *As you like it* – W. Shakespeare, *The Merchant of Venice*

3 N. Dissaux, « Littérature et procès », D. 2017, p. 65

acte d'une comédie ou d'une tragédie. Notre étude juridique, dans une démarche analogue, se propose d'explorer la deuxième étape du procès civil, c'est-à-dire l'instance d'appel. L'étude littéraire qui pourrait être écrite ne ferait probablement pas l'économie de quelques renvois au reste de l'œuvre commentée, car la compréhension du deuxième acte se révélerait sinon impossible, du moins difficile, sans une connaissance générale du drame. De même, notre étude juridique ne se privera pas de certaines incursions dans les autres phases du procès : l'instance d'appel ne se conçoit pas sans la première instance, et l'instance en cassation est souvent envisagée comme une suite normale de l'instance d'appel. Ainsi pris en tenaille, « *le second degré de juridiction risque parfois d'être perçu comme le centre de gravité du procès, celui duquel et par lequel tout ou presque procède, le substitut au premier degré comme au pourvoi en cassation* »⁴. La définition de la voie d'appel passera conséquemment par sa comparaison et sa distinction d'avec les autres instances du procès.

L'appel fait partie de ces réalités du droit connues des non-juristes. De façon anecdotique, « *quel avocat n'a pas déjà entendu s'exclamer un client ayant perdu son procès en instance d'appel alors qu'il avait obtenu gain de cause en première instance : "Alors nous allons relever appel à notre tour", et s'est vu confronté au problème de devoir expliquer – bien laborieusement – que cela n'était pas possible ?* »⁵. Une telle réaction peut faire sourire. Pourtant, une certaine humilité s'impose au juriste qui veut appréhender un sujet aussi ambitieux. Derrière l'apparente simplicité de l'appel, se dissimule tout un éventail de notions faisant l'objet de distinctions sibyllines de la part de la doctrine et de la jurisprudence. Il apparaît cependant qu'avant d'être un droit, l'appel est d'abord un fait. Plus exactement, c'est un « *fait judiciaire* »⁶, profondément ancré dans l'esprit des justiciables parce qu'il peut se prévaloir d'une origine qui remonte à des temps très reculés.

3. Déjà connu du droit romain⁷ sous le nom de *provocatio ad populum* en matière criminelle et *appellatio*⁸ en matière civile mais apparu assez tardivement quant à ce dernier⁹, l'appel était la

4 S. Guinchard, « Le second degré de juridiction en matière civile aujourd'hui et demain », *Gaz. Pal.* 1996, p. 1004, spéc. p. 1012

5 G. Ravarani, « Interrogations autour d'un droit fondamental : l'appel », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard : Justice et procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, (dir.) J.-M. Coulon, Dalloz, 2010, p. 355

6 V. notamment L. Courteaud, « Aperçus sur "le fait judiciaire de l'appel" », in *La voie d'appel*, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 33

7 V. à ce sujet P.-J.-M. Fournier, *Essai sur l'histoire du droit d'appel en droit romain et en droit français*, thèse Paris, Aubert, 1881 – V. Honoré, *De l'appel en droit romain et dans l'ancien droit français et de l'appel en matière civile dans le droit moderne*, thèse Douai, Duramon, 1879

8 V. J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 2010, 2^{ème} éd., p. 29, n° 37 – R.-M. Rampelberg, « L'appel capital au peuple en droit romain », in *Les voies de recours judiciaires, instruments de liberté*, (dir.) J.-L. Thieau, PUF, 1995, p. 7

9 J. Gaudemet et E. Chevreau, *Les institutions de l'Antiquité*, 8^{ème} éd., LGDJ, 2014, p. 390 : « *La véritable voie de recours que constitue l'appel n'apparaît, assez modestement, que sous l'empire.* » – C. Salles, *L'Antiquité romaine*

conséquence de la hiérarchie judiciaire aboutissant à l'empereur, d'ailleurs confondue avec l'organisation administrative¹⁰. À l'époque des Francs, sous les règnes des Mérovingiens et des Carolingiens, le litige ne connaissait pas une véritable procédure d'appel¹¹, qui n'aurait été introduit que par une ordonnance de saint Louis prohibant le duel judiciaire¹². Cependant, la chronologie de l'appel en France nécessiterait des investigations beaucoup plus poussées¹³. Pour preuve, il n'a pas été possible jusqu'à présent de définir avec certitude la date de l'apparition du parlement de Paris, appelé à connaître des affaires portées en appel devant la Cour du roi, dans la mesure où cette institution a statué en juridiction de première instance dans les premiers temps de son fonctionnement¹⁴. À partir de Philippe-Auguste, on connaît la procédure dite de *défaute de droit*, principalement utilisée contre les dénis de justice. Elle contient en germe l'idée d'un effet dévolutif du seigneur vers le suzerain et marque la volonté de faire réexaminer la cause par un tiers. Toutefois, la *défaute de droit* consistait moins dans une critique du jugement que dans une mise en cause du juge qui l'avait rendu. Cela donnera lieu à l'appel pour faux et mauvais jugement – *appellare de pravo et falso iudicio* –, à l'occasion duquel le juge de première instance sera invité à se déplacer pour expliquer sa sentence, non pas tant pour combattre qu'en raison de l'oralité de la procédure.

Parallèlement à l'émergence de l'appel judiciaire, l'appel canonique s'est développé. Ainsi, cette voie de recours, « *si elle est héritée directement du droit romain et si elle se présente comme la voie ouverte pour réparer un tort, la malice ou l'ignorance du juge ou la maladresse des parties, est avant tout dictée par le souci "chrétien" d'une meilleure justice. L'appel est le secours offert à l'innocent* »¹⁵, comme le déclare expressément le IV^{ème} Concile du Latran¹⁶ présidé par le pape Innocent III en 1215. Encore faudrait-il ne pas oublier l'avertissement d'Ulpian, pour qui l'appel

des origines à la chute de l'Empire, Paris, Larousse, 1993, p. 76 : « *La grande innovation d'Auguste est l'instauration de l'appellatio ou droit d'appel à l'empereur, issu du droit de la provocatio, apanage des tribuns de la plèbe à l'époque républicaine.* »

10 Pour des témoignages historiques attestant d'un appel porté devant l'empereur ou le sénat, V. Suétone, *De vitis Caesarum*, Aug., XXXIII, 3 ; Tacite, *Ann.*, XIV, 28

11 V. P. Fouracre, *Frankish history: Studies in the Construction of Power*, Burlington, Farnham, 2013 – A. Jeannin, *Formules et formulaires : Marculf et les praticiens du droit au premier Moyen-Âge (V^{ème} - X^{ème} siècle)*, thèse Lyon 3, 2007 – F.-L. Ganshof, *The Carolingians and the Frankish Monarchy*, Londres, éd. et trad. J. Sondheimer, 1971

12 La date de cette ordonnance est sujette à controverse. On a ainsi proposé 1258, 1260 ou 1261. – V. par ex. J. Le Goff, *Saint Louis*, Paris, Gallimard, 1996, p. 244 – E.-J. Tardif, « La date et le caractère de l'ordonnance de saint Louis sur le duel judiciaire », *NRHDFE* 1887, t. XI – Mais le remplacement du duel judiciaire par l'appel est loin d'être aussi évident. V. à ce sujet P.-A. Forcadet, « Origines de l'appel judiciaire et naissance de la souveraineté royale au XIII^{ème} siècle », in *Les cours d'appel, origines, histoire et enjeux contemporains*, (dir.) L. Soula, PUR, 2016, p. 33

13 V. cependant J. Hilaire, *La construction de l'Etat de droit dans les archives judiciaires de la Cour de France au XIII^{ème} siècle*, Paris, Dalloz, 2011

14 V. P.-A. Forcadet, *op. cit.*, spéc. p. 34 et s.

15 J.-L. Gazzaniga, « L'appel des sentences interlocutoires en droit canonique du Décret de Gratien au Concile de Trente », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, 1981, p. 353, spéc. pp. 357-358

16 IV^{ème} Concile du Latran, *Quum speciali*, X, II, 28, 61

présente aussi le risque de faire réformer une décision excellente pour lui substituer une décision moins bonne voire mauvaise...¹⁷ Certains historiens considèrent que l'extension de l'appel canonique obéit à une volonté d'affirmation de la papauté. De ce fait, « *il est permis d'y voir un moyen mis en œuvre pour favoriser le recours à Rome et à l'autorité pontificale. La résistance des évêques en témoigne souvent. Les règles de procédure prennent alors une incidence toute politique. Le recours au pape assure son pouvoir dans l'Église* »¹⁸. Une constatation semblable a pu être faite au sujet du pouvoir temporel en France.

Le développement de l'appel sous le règne de saint Louis va de pair avec une consolidation de la royauté. « *La séduction exercée par l'efficacité de la justice royale et la résolution des requérants à en profiter* »¹⁹ contribue grandement à l'affirmation du pouvoir monarchique. Le but n'est pas tant, pour le roi capétien, d'asseoir sa domination que de garantir une bonne justice à ses sujets. Il considère en effet que la justice royale est meilleure que la justice seigneuriale²⁰. En définitive, « *ce n'est pas la souveraineté royale, par le biais d'une ordonnance autoritaire qui est à l'origine de l'appel, mais bien la supériorité judiciaire installée notamment grâce à l'appel qui est à l'origine de la souveraineté* »²¹.

4. Le mécanisme des voies de recours hérité de la féodalité pouvait donner lieu à de nombreux appels²², que Lamoignon tenta en vain de réduire, à la veille de la Révolution française²³. Cette dernière conserva la possibilité d'une voie de recours mais, sur une suggestion des cahiers de doléances des États généraux de 1789, n'admit plus qu'un seul appel, instituant ainsi le double degré de juridiction tel que nous le connaissons aujourd'hui. De peur de voir resurgir les parlements de l'Ancien régime, l'Assemblée constituante instaura un système d'appel circulaire entre tribunaux de district, qui ne fonctionna que peu de temps et fut remplacé par des tribunaux d'appel par deux lois du 27 ventôse an VIII (18 mars 1800). « *Débarrassant l'appel des considérations d'ordre*

17 Dig. 49, 1, 1 : « *Appellandi usus quam sit frequens quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe cum iniquitatem iudicantium vel imperitiam recorigat: licet nonnumquam bene latas sententias in peius reformet, neque enim utique melius pronuntiat qui novissimus sententiam laturus est.* » (Ulpian)

18 J.-L. Gazzaniga, *op. cit.*, p. 353, spéc. p. 359

19 P.-A. Forcadet, *op. cit.*, spéc. p. 49

20 *Ibid.*, p. 50 : « *Il considère en son for intérieur qu'il est mieux que ses sujets soient jugés par lui que par les autres justices, ou en tout cas essaye de faire en sorte que sa propre justice soit plus accessible, cohérente et sans doute plus rapide et moins coûteuse.* »

21 *Ibid.*, p. 51

22 C. Loyseau, *Discours de l'abus des justices de village*, p. 10, in *Les œuvres de Maître Charles Loyseau, avocat en Parlement*, Lyon, 1701 : « *Il est notoire que cette multiplication de degrés de juridiction rend les procès immortels, et à vrai dire ce grand nombre de justices ôte au peuple le moyen d'avoir justice. (...) Car quel est le pauvre paysan, qui plaidant, comme dit le procès verbal de la Coutume de Poitou, de ses brebis et de ses vaches, n'aime mieux les abandonner à celui qui les retient injustement qu'être contraint de passer par cinq ou six justices avant d'avoir arrêté ; et s'il se résout à plaider jusqu'au bout, y a-t-il brebis ou vache qui puisse tant vivre ; même que le maître mourra avant que son procès soit jugé en dernier ressort.* »

23 J. Hilaire, « Un peu d'histoire », *Justices*, n° 4, 1996, p. 9, spéc. p. 11

politique qui l'avait inspiré, l'Assemblée constituante en transforma l'esprit et lui donna son véritable fondement. L'appel est une garantie de bonne justice : curatif et préventif. »²⁴ C'est donc de cette époque que date la conception moderne de la voie d'appel qu'il faut relier au principe constitutionnel de séparation des pouvoirs : non plus un instrument judiciaire au service de l'exécutif, mais un droit à la disposition des citoyens.

Le Code de procédure civile de 1806 avait été rédigé par des magistrats et des praticiens de l'Ancien régime²⁵. Il intéressait presque exclusivement le déroulement du procès et pas du tout l'organisation judiciaire. Quelques retouches succinctes furent apportées aux règles de l'appel au cours de l'année 1935²⁶, mais ce fut surtout la loi du 23 mai 1942²⁷ qui en opéra une réforme de fond. Le Code de procédure civile entré en vigueur le 1^{er} janvier 1976 vint, par la suite, réorganiser les dispositions relatives à l'instance d'appel de façon à en améliorer la cohérence et la lisibilité. Plusieurs autres décrets sont intervenus depuis²⁸, dont le dernier en date du 6 mai 2017²⁹.

5. L'ancien Code de procédure civile, en son article 464, prohibait les demandes nouvelles en appel³⁰. Cette disposition a été reprise par le nouveau Code, à l'article 565³¹. Il en va du respect du double degré de juridiction qui, s'il est solidement ancré dans notre droit processuel, a suscité des interrogations quant à sa valeur juridique. Pour la Cour de cassation, « *l'appel est de droit dans tous les cas qui ne sont pas formellement exceptés par la loi* »³². L'étendue de la protection de ce droit n'est cependant pas clairement déterminée, notamment quant à sa protection par les normes fondamentales.

La Convention européenne du 4 novembre 1950, conformément à l'interprétation autorisée

24 G. Ravarani, *op. cit.*, p. 356

25 Il fut qualifié de « *copie trop servile de l'ordonnance de 1667 et de la pratique du Châtelet de Paris* » par E. Garsonnet et C. Cèzar-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale en justice de paix et devant les conseils de prud'hommes*, 3^{ème} éd., Paris, Sirey, 1912, t. 2, *Procédure en première instance*, p. 23

26 Décret-loi du 16 juillet 1935, DP 1935, IV, 193 – Décret-loi du 30 octobre 1935, DP 1935, IV, 421

27 Loi du 23 mai 1942, DA 1942, p. 120 – H. Solus, « Commentaire de la loi », *Lois nouvelles 1942*, I, 173 – P. Hébraud, « Commentaire de la loi du 23 mai 1942 », DC 1943, I, 1 – H. Vizioz, « La réforme de l'appel », JCP 1943, I, 307 et *in Études de procédure*, Dalloz, 2011, p. 489

28 Décret n° 89-511 du 20 juillet 1989 modifiant certaines dispositions de procédure civile. – Décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile. – Décret n° 2004-1420 du 23 décembre 2004 modifiant certaines règles de procédure civile relatives à l'appel et au pourvoi en cassation. – Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom. – Décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009 relatif à la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile. – Décret n° 2010-1647 du 28 décembre 2010 modifiant la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile.

29 Décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile

30 Anc. C.P.C., art. 464, al. 1^{er} : « *Il ne sera formé en cause d'appel, aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principe.* »

31 C.P.C., art. 564 : « *À peine d'irrecevabilité relevée d'office, les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait.* »

32 Cass. civ., 14 mars 1911, S. 1911, I, 185 – Cass. civ., 12 février 1924, S. 1924, I, 33 – Cass. civ., 24 novembre 1926, JCP 1927, p. 10

donnée par la Cour européenne, n'astreint pas les États à créer des juridictions d'appel ou de cassation³³. Toutefois, lorsque ces juridictions existent, leur fonctionnement doit se conformer aux garanties du procès équitable assurées par l'article 6 § 1 de ladite Convention³⁴. Le droit au double degré de juridiction n'est exigé qu'en matière pénale³⁵. En matière civile, il n'a jamais fait l'objet d'une consécration, mais seulement d'un souhait de la part du Conseil de l'Europe³⁶.

6. La Constitution française du 4 octobre 1958 ne contient aucune disposition sur un éventuel droit à un double degré de juridiction. Toutefois, même si l'analyse du bloc de constitutionnalité « *oblige à conclure à l'absence de valeur constitutionnelle du principe du double degré de juridiction, elle témoigne dans le même temps que le double degré de juridiction ne reste pas sans valeur constitutionnelle* »³⁷. Les sources textuelles et jurisprudentielles du droit constitutionnel ne nous fournissent que des indications modestes. L'article 64 de la Constitution protège l'indépendance de la justice. L'immovibilité des magistrats du siège implique nécessairement que la critique de leurs décisions soit mise en œuvre au moyen d'un recours juridictionnel. L'article 65 alinéa 4 permet au Conseil supérieur de la magistrature de faire des propositions pour la nomination des premiers présidents des cours d'appel. Faut-il en déduire que le droit d'appel est doué d'une valeur constitutionnelle ?

D'autres éléments sont plus satisfaisants. La jurisprudence constitutionnelle doit être lue avec suffisamment de finesse dans la mesure où, la plupart du temps, elle ne contrôle pas directement les dispositions du Code de procédure civile. Le Conseil constitutionnel, chacun le sait, connaît de la conformité des lois à la Constitution. Or, les articles 34 et 37 de la Constitution ne rangent pas la procédure civile dans le domaine de compétence du législateur mais dans celui du pouvoir réglementaire. La constitutionnalisation de la procédure civile s'est donc souvent réalisée à partir de décisions intéressant les procès pénal et administratif, étant parfois précisé que ces

33 CEDH, 26 octobre 1984, *De Cubber c/. Belgique*, n° 9186/90, § 32 – CEDH, 14 janvier 2010, *Tsasnik et Kaounis c/. Grèce*, n° 3142/08

34 CEDH, 17 janvier 1970, *Delcourt c/. Belgique*, n° 2689/65, § 25 – CEDH, 23 octobre 1996, *Levages prestations services c/. France*, n° 21920/93, § 44 – CEDH, 11 janvier 2001, *Platakou c/. Grèce*, n° 28460/97, § 38 – CEDH, 18 février 2009, *Andrejeva c/. Lettonie*, n° 55707/00, § 97 – CEDH, 16 octobre 2001, *Eliazer c/. Pays-Bas*, n° 38055/97, § 31 – CEDH, 27 mai 2004, *Boulougouras c/. Grèce*, n° 66294/01, § 22

35 Convention européenne des droits de l'homme, protocole additionnel n° 7 du 22 novembre 1984, art. 2 § 1

36 Conseil de l'Europe, comité des ministres, recommandation R (95) 5 du 7 février 1995 adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur l'instauration de systèmes et de procédures de recours en matières civile et commerciale sur l'amélioration de leur fonctionnement, art. 1. a. : « *En principe, toute décision rendue par un tribunal inférieur ("premier tribunal") devrait pouvoir être soumise au contrôle d'un tribunal supérieur ("deuxième tribunal")* ».

37 N. Molfessis, « La protection constitutionnelle du double degré de juridiction », *Justice* 1996, juillet-décembre, n° 4, p. 17

décisions pouvaient s'appliquer à d'autres procédures³⁸, voire au droit processuel *lato sensu*³⁹.

En 1975, le Conseil constitutionnel a rappelé que le principe constitutionnel d'égalité des citoyens devant la loi incluait un principe d'égalité devant la justice⁴⁰. La saisine concernait la matière répressive mais la décision relève « *alors surtout qu'il s'agit d'une loi pénale* »⁴¹, indice que cette protection bénéficie à toutes les procédures. Ce principe d'égalité des justiciables a pu être considéré comme s'appliquant au double degré de juridiction et notamment à la prohibition des demandes nouvelles en appel, s'agissant ici de ne pas priver une partie d'un double examen des prétentions formulées contre elle⁴². Cette interprétation est très large. Le législateur peut fermer l'appel, mais à condition que des circonstances particulières le requièrent et que la matière soit déterminée par la loi : la disparition de l'appel ne saurait simplement dépendre de l'une des parties au procès⁴³ et encore moins du retard de la cour d'appel⁴⁴. La multiplicité des dérogations à l'appel⁴⁵ révèle certes qu'il n'est doté d'aucune protection constitutionnelle. Cependant, le président Luchaire estimait qu'il s'agissait d'un principe « *para-constitutionnel* »⁴⁶. Plus récemment, le Conseil constitutionnel a tranché la question sans laisser subsister d'ambiguïtés et en affirmant péremptoirement que « *le principe du double degré de juridiction n'a pas, en lui-même, valeur constitutionnelle* »⁴⁷.

7. De proche en proche, l'appel a fini par s'ancrer durablement dans la mentalité des justiciables français. Le XX^{ème} siècle a présidé à son développement et le droit positif de cette époque a peu à peu forgé ses caractéristiques. La doctrine s'est beaucoup interrogée sur la question de savoir si le double degré de juridiction devait ou non être d'ordre public. Les mesures d'ordre public doivent être décomposées en deux catégories : celles qui protègent les citoyens en tant que membres du corps social et celles qui garantissent leur intérêt direct et immédiat en tant que

38 Cons. constit., décis. n° 89-360 du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier* : le considérant n° 44 précise que le principe constitutionnel en question est applicable « *notamment en matière pénale* ».

39 Cons. constit., décis. n° 86-214 du 3 septembre 1986, *Loi relative à l'application des peines* : aux termes du considérant n° 3, les droits de la défense doivent être garantis « *devant toute juridiction* ».

40 Cons. constit., décis. n° 75-56 du 23 juillet 1975, *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale*

41 *Ibid.*, consid. n° 3

42 T. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, PUAM, Economica, 1984, spéc. p. 478 et s.

43 Cons. constit., décis. n° 80-127 des 19 et 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*

44 Cons. constit., décis. n° 84-183 du 18 janvier 1985, *Loi relative au redressement et à la liquidation des entreprises*, D. 1986, p. 425, note Renoux

45 Par exemple, l'intervention et l'évocation, pour ne citer que les mécanismes qui seront abordés dans cette étude.

46 F. Luchaire, « *Uns Janus constitutionnel : l'égalité* », RDP 1986, II, 1229, spéc. p. 1253

47 Cons. constit., décis. n° 2004-491 du 12 février 2004, *Loi complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française*

personnes physiques. « *Ces deux espèces de mesures (...) ont des caractères bien différents, et s'il est défendu aux particuliers de déroger aux premières, il doit leur être permis de renoncer aux avantages qui leur sont assurés par les secondes.* »⁴⁸ La loi offre aux parties le bénéfice du double degré de juridiction, mais la nature de l'intérêt protégé par cette norme ne va pas de soi. La partie au procès est-elle une personne physique ou un membre du corps social ?

L'organisation judiciaire française exclut certains litiges du double degré de juridiction, la plupart du temps en raison et sur le fondement du taux de ressort. Bien sûr, les normes de droit sont parfois le résultat de choix politiques qu'on peut approuver ou contester mais, en tout état de cause, il s'agit de dispositions légales, sur lesquelles la volonté des parties ne saurait avoir de prise. Il n'est alors pas opportun de leur laisser choisir, à leur gré, le nombre de juridictions pouvant connaître du litige. On rétorquera peut-être que l'appel n'est qu'une faculté et qu'il est loisible d'y renoncer. L'objection est fallacieuse et une interprétation honnête s'impose. Ce sont là deux comportements procéduraux diamétralement opposés : d'une part, accepter la décision du juge de première instance ; d'autre part, faire fi des règles de compétence judiciaire établies par la loi. Dans le premier cas la loi est respectée, dans le second elle est bafouée. Ce n'est pas en vain que l'État établit des institutions, dont les institutions judiciaires. Si des cours d'appel existent, encore doivent-elles servir à ce pour quoi elles ont été conçues : rejuger, et non pas simplement juger. Une mauvaise utilisation de la Justice aurait pour conséquence une perturbation de ce service public, cause de désordre social. « *C'est donc dans l'intérêt d'une bonne justice, et une bonne justice est un facteur déterminant de paix sociale, que les procès doivent subir l'examen des deux juridictions subordonnées.* »⁴⁹

8. Si la règle du double degré est d'ordre public, elle est par suite hors du commerce des individus. Le droit, en tant que tel, est très largement le produit de la volonté humaine. Or la force de la volonté n'est pas illimitée. Si l'on permet à la volonté des parties d'être normative dans le domaine de la procédure et, surtout, dans celui de l'organisation judiciaire, c'est tout l'édifice du droit judiciaire privé qui menace de s'effondrer. On ne peut évidemment pas tolérer que cette volonté ajoute un degré de juridiction quand il n'existe pas ou en supprime un lorsqu'il est prévu par la loi. Vu ainsi, le double degré serait d'ordre public.

En acceptant le postulat qu'est légitime la *summa divisio* – parfois radicale – des deux branches du droit telle qu'elle est enseignée, on s'est parfois demandé si le droit judiciaire privé ne ressortissait pas plus au droit public qu'au droit privé. C'est ce que soutenait Tissier lorsqu'il

48 P.-P.-N. Henrion de Pansey, *Traité des biens communaux et de la police rurale et forestière*, Paris, 1833, 3^{ème} éd., chap. 19, p. 262

49 G. Ameilhaud, *L'effet dévolutif de l'appel en matière civile*, thèse Toulouse, 1942, p. 174

écrivait en 1889 que « *la règle du double degré de juridiction est une règle d'organisation judiciaire qui rentre dans le droit public. Cela suffit pour la mettre au-dessus des conventions des parties* »⁵⁰. Glasson développait la même théorie quelques années plus tôt⁵¹. C'est chez Garsonnet et César-Bru qu'on trouve une conception satisfaisante dans l'équilibre des deux notions : « *Cette matière (règle double degré de juridiction) est absolument d'ordre public quant au juge, et jusqu'à un certain point d'intérêt privé quant aux parties* »⁵². Autrement dit, le juge d'appel doit se déclarer incompétent lorsqu'il est saisi en violation du double degré, c'est-à-dire directement (ordre public) ; mais il n'est pas tenu de le faire respecter lorsqu'une demande est présentée en violation du double degré (intérêt privé).

9. En raison de l'amplitude du droit processuel et de sa complexité, nous avons choisi de circonscrire notre étude au procès civil. Les exclusions et les inclusions que ce terme implique méritent d'être précisées. L'exclusion concerne le procès pénal et le contentieux administratif, même si des exemples tirés de ces disciplines pourront être proposés à titre comparatif. Une étude approfondie de l'appel dans les trois contentieux n'aurait certes pas manqué d'intérêt. Toutefois, les nombreux aspects théoriques et pratiques des voies de recours dans chaque discipline processuelle rendaient cette tâche probablement illimitée au départ et nécessairement incomplète à l'arrivée. Lorsqu'un champ d'étude apparaît trop vaste, sa réduction ne peut que favoriser l'approfondissement et la qualité des investigations sur lui menées. De plus, les éléments de fond saisis par ces trois procédures sont trop disparates et ne permettent donc que très difficilement de se livrer à une démarche comparatiste qui prenne en compte non seulement la procédure mais encore la matière du procès.

Notre étude ne portera pas sur la procédure d'appel mais sur l'instance d'appel. Le premier livre du Code de procédure civile contient les dispositions communes à toutes les juridictions. Son titre XVI est consacré aux voies de recours, parmi lesquelles on trouve l'appel. Le deuxième livre du même Code recueille des dispositions particulières à chaque juridiction. Son titre VI régit la procédure devant la cour d'appel. Le premier corpus de textes ici évoqué peut être considéré comme une description générale du droit d'appel quant au fond : les évolutions de l'objet, le rôle des parties, l'office du juge... Il s'agit de règles théoriques appelées à recevoir une application pratique. Le second corpus, quant à lui, régit la forme dans laquelle l'instance doit être conduite : mentions obligatoires de la déclaration d'appel, travail du greffe, constitution de l'avocat... Ces règles sont d'une nature plus techniques, encore qu'elles ne sont jamais étrangère à la conception

50 A. Tissier, note sous Cass. civ., 12 mars 1889, S. 1891, I, 513

51 E.-D. Glasson, Rev. crit. lég. et jur. 1881, p. 416

52 E. Garsonnet et C. César-Bru, *op. cit.*, p. 14, n° 5

que le législateur français veut réserver à la voie d'appel. Notre étude ne concerna pas ces règles de forme mais se concentrera sur les principes de fond, beaucoup plus propices à une évaluation de l'essence de l'appel. On ajoutera aussi que la codification à droit constant présente moins d'intérêt que les règles présentes dès la promulgation du Code de procédure civile.

10. L'inclusion élargit notre domaine de recherche à des procédures qui se rattachent au droit civil *lato sensu* mais ne lui appartiennent pas *stricto sensu*. Certaines affaires sont jugées par des juridictions spécialisées, tels le conseil de prud'hommes ou le tribunal de commerce. D'autres relèvent de la compétence du tribunal de grande instance, mais possèdent une logique propre, comme le droit de la famille. La cour d'appel centralise les recours exercés contre tous ces jugements. L'instance est régie par le Code de procédure civile, mais des dispositions spéciales peuvent surgir au sein ou en marge de ce droit commun.

Nous verrons également que la procédure n'est jamais totalement détachable du fond, et que les règles de droit substantiel, notamment celles qui tiennent à la spécificité d'une matière donnée, sont de nature à influencer les solutions procédurales retenues par la jurisprudence, d'où une certaine difficulté d'harmonisation processuelle. Il nous a fallu prendre en compte, dans de nombreux cas, les points de droit afférents au fond du litige, ce qui nous a permis d'observer que les contours de l'instance d'appel sont en partie déterminés par la matière en cause, voire par les faits de l'espèce. Il faudrait ainsi parler des *instances d'appel* tant il est patent qu'elles sont distinctes. Pour autant, un effort de généralisation est toujours nécessaire en droit, dans la mesure où la norme juridique est censée être générale et impersonnelle. C'est pourquoi nous nous sommes efforcés, à partir d'un nombre considérable de décisions jurisprudentielles – des juges du fond et de la Cour de cassation – de dégager des critères aptes à décrire toute instance d'appel.

11. L'appel est une voie de recours mais, contrairement au pourvoi en cassation, il n'est pas que cela. Aux termes de l'article 561 alinéa 2 du Code de procédure civile, « *il est statué à nouveau en fait et en droit* » par la cour d'appel. Au contraire, aux termes de l'article 604, « *le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit* ». La différence est de taille : la voie d'appel ne sert pas seulement à juger un jugement mais encore et surtout à rejuger un litige. Il permet de faire réformer une décision possiblement erronée mais également il offre aux justiciables la faculté de faire examiner leur cause une seconde fois par des juges plus expérimentés. À cela, s'est ajoutée la nécessité d'intégrer à l'instance devant la cour tous les éléments survenus dans la situation litigieuse en souffrance. « *Au-delà d'une simple révision de la décision du premier degré, cette voie de recours pourra vraiment*

favoriser une véritable révision de l'instance *et devenir un second premier degré de juridiction.* »⁵³

L'appel est ainsi souvent présenté, comme Janus, sous ses deux facettes : une voie de réformation et une voie d'achèvement. La première de ces deux conceptions a toujours été consubstantielle à la voie d'appel, si bien qu'elle n'a pas suscité de grandes controverses doctrinales et qu'elle n'a jamais été remise en question dans son principe même. Il n'y a en effet rien d'admirable à ce qu'une cour d'appel censure ou approuve une juridiction de première instance. C'est pourquoi nous n'avons aucune critique à formuler contre cette fonctionnalité de l'instance d'appel.

12. La seconde conception, en revanche, est plus moderne et, à bien des égards, plus problématique. Elle est apparue en doctrine à la veille de la promulgation du Code de procédure civile de 1976, remplaçant celui de 1806, et a incontestablement inspiré les nouvelles dispositions relatives à l'appel. Prenant acte de la pratique des juridictions et des nécessités judiciaires, l'idée s'est fait jour qu'il n'était plus possible d'exiger une identité exacte entre la première instance et l'instance d'appel, condition jusque là indispensable pour assurer vraiment un double degré de juridiction sur tous les points qui avaient été tranchés en première instance. On s'est aperçu, au contraire, que la règle du double degré avait besoin d'être non pas écartée mais assouplie. Il apparaissait nécessaire, en effet, de terminer le litige devant la cour d'appel, sans quoi certains plaideurs auraient pu être tentés d'engager des procès à répétition et de multiplier des saisines au premier degré – puis d'interjeter encore appel – pour des questions litigieuses qui auraient dû être tranchées par la cour, dans la mesure où elles appartenaient au même litige et opposaient les mêmes parties.

Cette conception a connu son heure de gloire, mais elle est aujourd'hui en net recul. Généreuse, elle aurait été utilisée à mauvais escient et dévoyée, du fait de certaines parties qui auraient porté devant les cours d'appel des éléments absolument nouveaux, incités peut-être par une jurisprudence de cassation et une pratique des juridictions du fond trop bienveillantes à leur égard. En réalité, il semble surtout que le pouvoir réglementaire cherche désormais par tous les moyens à juguler les flux qui envahissent les tribunaux. Pour cela, tous les prétexte sont bons... Il suffisait donc de jeter le discrédit sur la voie d'achèvement et de rappeler à l'ordre les parties et leurs conseils. Cette conception est donc nettement battue en brèche. Deux exemples tirés du décret du 6 mai 2017 le révèlent. Son article 10 a supprimé la possibilité d'inscrire un appel général implicite ; son article 7 a complété l'article 542 du Code de procédure civile pour faire savoir que c'est « *par la critique du jugement rendu* » que devait être poursuivie sa réformation ou son annulation.

53 J. Vincent, « Les dimensions nouvelles de l'appel en matière civile », D. 1973, chron., p. 179, spéc. n° 26

13. La voie de recours n'est désormais plus un prétexte pour continuer à combattre devant la cour d'appel : encore faut-il faire savoir pour quelles raisons le jugement n'a pas été rendu convenablement. « *Il se confirme ainsi que l'objet de l'appel c'est le jugement, ce qui a toujours été le cas mais que l'on avait un peu perdu de vue en raison des larges possibilités d'évolution du litige devant la cour. L'appel rejoint donc dans les techniques de critique du jugement le pourvoi en cassation. (...) C'est donc une incitation aux parties et à leurs conseils à centrer leur argumentation sur la critique du contenu du jugement plutôt que sur la solution du litige.* »⁵⁴

Critique du jugement et solution du litige, tels sont les deux axes sur lesquels s'équilibre l'instance d'appel. Les réformes réglementaires, les courants jurisprudentiels et les propositions doctrinales prennent quelquefois parti pour l'une de ces fonctions au détriment de l'autre, car « *si la nécessité de l'appel ne saurait plus être discutée, il en va différemment de la conception que l'on cherche à assigner à cette voie de recours* »⁵⁵. Certaines approches, plus nuancées, peinent à trouver une voie médiane et s'efforcent de prendre en compte les impératifs concrets sans négliger la logique juridique. Les arguments qui nourrissent ces débats semblent parfois inépuisables.

14. Si l'explication politique de l'appel est totalement dépassée depuis longtemps, une grille de lecture purement juridique ne saurait plus suffire aujourd'hui pour comprendre la logique qui guide le législateur. « *L'un des objectifs poursuivis par les réformes est avant tout d'ordre économique : les cours d'appel sont engorgées et manquent cruellement de moyens budgétaires pour faire face à l'afflux des recours, particulièrement dans certains domaines comme le droit social ou la matière familiale.* »⁵⁶ Il est donc à chaque fois nécessaire de trouver un juste équilibre entre deux exigences : d'un côté, l'accès au juge et plus spécifiquement au juge d'appel ; de l'autre, la nécessité de ne pas gaspiller mais au contraire d'optimiser les deniers alloués au service public de la justice. Les systèmes juridiques de *common law* connaissent cette démarche sous le nom de *judicial case management*, et « *l'expérience américaine et anglaise apporte un éclairage particulier au débat français sur l'accès à la justice civile, de plus en plus centré sur la question des ressources matérielles et humaines alors que se développe une logique managériale et comptable des flux juridictionnels* »⁵⁷.

Cet équilibre est instable. C'est pourquoi le législateur et la jurisprudence doivent toujours faire preuve d'une prudence extrême lorsqu'il s'agit d'imposer aux parties des contraintes

54 H. Croze, « Dernier appel de la République hollandaise : le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile », *Procédure* 2017, n° 7, étude 23

55 N. Gerbay, *loc. cit.*

56 N. Fricero, « L'appel nouveau est arrivé ! », *D. actu.* du 12 mai 2017

57 M. Haravon, « La fin de la justice civile ? », *D.* 2011, p. 2427

procédurales régulatrices. Ces contraintes doivent en effet encourager un usage raisonnable de la procédure mais leur intensité ne saurait être telle qu'elle ôterait au droit d'appel son efficacité. La réforme récente du 6 mai 2017 n'a pas voulu restreindre trop drastiquement l'appel, mais a plutôt invité les parties à une certaine diligence. À cela il faut ajouter la volonté, à peine cachée, de gérer les flots judiciaires devant les cours d'appel par des irrecevabilités plutôt que par des décisions au fond⁵⁸.

Les acteurs de la justice ont donc dû intégrer à leur démarche des paramètres modernes jusqu'alors inédits : le rendement, l'efficacité, la gestion. L'enjeu est considérable. D'un côté, on ne peut ouvrir un droit au recours pour le vider de sa substance par des restrictions trop draconiennes. De l'autre, les cours d'appel sont suffisamment encombrées et insuffisamment pourvues en moyens⁵⁹ pour s'offrir le loisir de gérer des litiges sans nécessité véritable. Les fonds que l'institution judiciaire entend économiser ne sauraient l'être au mépris du droit d'agir en justice car cela serait dangereux pour la démocratie, dans la mesure où un sain fonctionnement de la justice en est un pilier⁶⁰. La voie d'appel participe de cette justice démocratique dans la mesure où elle permet d'obtenir une révision et souvent un approfondissement d'une cause dont la solution ne s'est pas révélée satisfaisante. Deux exigences se font jour, à savoir la bonne justice et la bonne administration de la justice⁶¹. Opposées pour les uns, complémentaires pour les autres, elles sont comme les deux arcs qui se rejoignent en une clef de voûte soutenant tout l'édifice du procès contemporain.

15. Une doctrine ancienne a pu présenter l'appel comme étant simultanément curatif et préventif : il corrige les erreurs mais les prévient également⁶². Bien que toujours pertinente, cette

58 R. Laffly, « La nouvelle procédure d'appel, un mode de régulation des dossiers de la justice civile », D. actu., 11 septembre 2017, spéc. n° 1 : « *La démarche est donc assumée : la procédure, et son lot de nouveaux délais-sanctions, comme l'encadrement de plus en plus strict du procès d'appel, est devenue un mode de régulation des dossiers. La forme prévaut sur le fond. La forme est le principal, le fond devient le (très) subsidiaire. (...) En réalité, ce n'est pas le nombre d'affaires nouvelles qui augmente mais le stock des affaires, ce qui est tout de même très différent, tandis que l'on constate un important accroissement des décisions d'irrecevabilité comparé à une diminution des arrêts sur le fond !* ».

59 Une lettre en date du 10 décembre 2013 adressée au Garde des Sceaux par l'Union syndicale des magistrats dénonce le non-renouvellement des codes en papier et la résiliation des abonnements aux sites internet spécialisés. Le courrier s'étonne en même temps du « *coût dispendieux, pour une utilité réduite* » des manifestations organisées à l'Unesco pour évoquer la Justice du XXI^{ème} siècle. – V. aussi M. Bouvier, *Quelle indépendance financière pour l'autorité judiciaire ?*, Rapport au Premier président de la Cour de cassation et au Procureur général près cette cour, juillet 2007

60 V. à ce sujet CEDH, 8 décembre 1983, *Preto et autres c/. Italie*, n° 7984/77, § 21

61 N. Fricero, « Double degré de juridiction : de la "bonne justice" à la "bonne administration de la justice" », Justice et cassation 2013, Rev. des avocats à la C. cass. et au C.E., p. 67

62 H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 1, *Introduction, notions fondamentales (action en justice, formes et délais, acte juridictionnel), organisation judiciaire*, Paris, Sirey, 1961, pp. 492-493, n° 525 : « *L'appel est une garantie de bonne justice. Il l'est à double point de vue : curatif et préventif. Curatif : les décisions des tribunaux, comme toute œuvre humaine, peuvent être entachées d'insuffisances ou d'erreurs ; elles peuvent être injustes ; il est donc nécessaire, du moins quand l'affaire a une certaine importance, qu'elle soit examinée une seconde fois par*

double utilité n'est plus mise en valeur de nos jours. Depuis quelques décennies, ce sont ses deux autres attributs qui se retrouvent continuellement et presque automatiquement au cœur de tous les débats qui le concernent : la réformation et l'achèvement.

« *Le caractère hybride de cette voie de recours milite en faveur d'un équilibre entre les deux écueils que constituent une pure voie de réformation et une voie d'achèvement totalement débridée.* »⁶³ Les réformes successives et leur interprétation jurisprudentielle ont souvent visé ce juste milieu. La tâche est ardue, car il en faudrait peu pour tomber dans l'un des excès dénoncés. Ces deux fonctionnalités de l'appel réunissent et presque résument toutes les données précédemment évoquées, qu'elles soient historiques, juridiques, économiques... Si la cour d'appel était un théâtre, la réformation et l'achèvement seraient le côté jardin et le côté cour. Le législateur, metteur en scène du procès, ferait entrer les parties par l'un ou l'autre de ces deux accès, au gré de ses exigences.

Il nous est apparu que la réformation et l'achèvement sont comme les deux pôles de l'instance d'appel. Leur réalité tangible et leur intérêt pédagogique nous ont convaincu de leur aptitude à servir d'assise à notre démonstration. Nous nous sommes interrogés sur la nature et la finalité de l'appel et, fondamentalement, nous souhaiterions dégager les traits saillants de cette voie de recours. Bien qu'elle ne soit pas absente de notre réflexion, une démarche se fondant sur la bonne justice et la bonne administration de la justice nous est apparue trop politique et trop économique. Or, notre étude se veut être non pas une analyse économique du droit, mais une analyse juridique de la voie d'appel. Nous constaterons au fur et à mesure de nos développements que les nombreux éléments de l'instance d'appel s'articulent autour de ces deux axes, à telle enseigne que nous avons trouvé bon de les y rattacher en fonction du but qu'ils servent : tantôt la réformation du jugement, tantôt l'achèvement du litige.

16. L'appel est en quelque sorte présent à tous les croisements, il « *est à la fois revendiqué et déploré, voulu et subi, valorisant comme garantie d'une meilleure mise en œuvre du droit et sclérosant comme facteur d'enlisement des procès* »⁶⁴. Il peut s'auréoler d'un prestige historique indéniable puisque les Romains l'ont vu naître, les rois l'ont fait grandir et la Révolution l'a installé

d'autres juges, afin que la décision mauvaise rendue par les premiers juges puisse être réformée. Préventif : sachant que sa décision pourra être réformée, le juge de premier degré sera incité à redoubler de zèle et de conscience professionnels, à juger avec plus de soin et d'attention. » – J. Bentham, in E. Dumont, *De l'organisation judiciaire et de la codification, extraits de divers ouvrages de Jérémie Bentham*, Paris, Bossange, 1828, chap. 26, p. 198 : « *L'appel présente deux utilités manifestes : 1° pour réformer des décisions indues, soit que l'injustice ait été volontaire ; soit qu'elle ait eu pour cause l'ignorance ou l'erreur ; 2° pour prévenir des jugements volontairement iniques, en ôtant l'espérance de les voir jamais s'accomplir.* »

63 T. Le Bars, « Les métamorphoses de l'appel. Faut-il abandonner l'appel voie d'achèvement ? », *Gaz. Pal.* 31 juillet 2014, n° 212, p. 41

64 J.-L. Gillet, « Le second degré de juridiction en matière civile sa place et sa portée », *Gaz. Pal.* 1996, p. 996

durablement. Il n'en conserve pas moins une jeunesse et une modernité à l'abri de tout vieillissement, puisqu'il s'agit d'un sujet d'une actualité brûlante, saisi par les réformes procédurales les plus récentes et par une jurisprudence aussi ininterrompue qu'un fleuve qui coule vers la mer. L'appel est un droit au service des citoyens, et il leur est garanti aussi bien par la République française que par l'Union européenne. Pourtant, la générosité a un coût, et l'État doit assurément concilier le budget qu'il offre à la Justice avec son propre déficit. L'appel est aussi un fait, celui de personnes qui ne maîtrisent pas le droit mais qui, assistées d'un conseil, se présentent devant un juge dans l'espoir d'obtenir un avantage, de voir redresser un tort, de faire corriger une erreur.

*« Ainsi vit ou pourrait vivre en matière civile le second degré de juridiction. Il s'honore de maintenir sa crédibilité, que renforce le contrôle de la Cour de cassation. il voudrait renforcer cette crédibilité. Il craint de se perdre dans les arcanes du temps. Il ne s'estime pas supérieur au premier degré. Il désire mieux remplir sa fonction. Il n'a guère le temps de réfléchir sur lui-même mais parfois, comme aujourd'hui, il le prend. Il souhaite rester à la disposition du citoyen. »*⁶⁵ Au risque de verser dans l'anthropomorphisme, nous pourrions affirmer que l'appel, à l'exemple d'une personnalité en construction, est toujours en train de se chercher une physionomie, et qu'il peine à savoir qui il est. C'est pourquoi notre recherche s'efforcera de déterminer dans quelle direction s'oriente l'instance d'appel du début du XXI^{ème} siècle, elle qui est simultanément, pour le procès civil, répétition (Partie I) et renouvellement (Partie II).

PARTIE I : L'INSTANCE D'APPEL, RÉPÉTITION DU PROCÈS

PARTIE II : L'INSTANCE D'APPEL, RENOUVELLEMENT DU PROCÈS

65 *Ibid.*

PARTIE I : L'INSTANCE D'APPEL, RÉPÉTITION DU PROCÈS

17. L'instance d'appel permet de répéter devant la cour le procès qui s'est déroulé devant la juridiction de première instance. Comme voie de réformation, l'appel a pour première vocation de faire redresser les erreurs qui auraient pu résulter d'une méconnaissance de son office par le juge. Toutefois, la finalité de la voie de recours n'est pas seulement correctrice : il ne s'agit pas uniquement de contrôler la qualité de la première décision juridictionnelle mais également de reprendre le litige dès le début dans ses éléments de fait et de droit. On pourrait objecter que l'appel se présente ainsi comme une autre première instance.

A priori, tous les éléments sont identiques, notamment les parties et l'objet qu'elles ont déterminé dans l'acte introductif d'instance et les conclusions en défense. Pourtant, l'instance d'appel est une répétition et non un recommencement. Il en résulte qu'elle doit se rattacher à la première instance, comme une suite logique bien que non nécessaire. Pour ce faire, les conditions de l'instance au second degré ne sont pas purement et simplement calquées sur celles qui ont présidé à la saisine du premier juge. Elles sont tournées, certes, vers la question litigieuse qui réclame une solution définitive mais également vers le jugement qui a donné à cette question une solution que la loi, relayée par l'exercice du recours par une partie au moins, a rendue provisoire.

Ainsi, l'instance d'appel obéit aux conditions classiques de l'action en justice mais d'une façon spécifique, ce qui permet son identification par référence au procès civil en général et à la première instance en particulier (Titre I). Cela conduit à s'interroger, plus largement, sur les effets qui en découlent (Titre II).

TITRE I : L'IDENTIFICATION DE L'INSTANCE D'APPEL

18. Le procès civil constitue l'exercice d'une action en justice. Cette affirmation s'applique aussi bien au procès dans son ensemble qu'à chacune des instances qui le composent. « *Ainsi, le régime de la voie de recours est rattaché au régime général de l'action en justice, mais la voie de recours ne se confond pas avec l'action en justice. Celle-là apparaît plutôt comme le prolongement d'une action déjà introduite.* »⁶⁶ Pour d'autres, « *la voie de recours conserve sa finalité correctrice, mais constitue aussi l'exercice d'une nouvelle action en justice* »⁶⁷.

L'instance d'appel pourrait n'être que la sous-partie d'une action en justice largement conçue, correspondant à l'ensemble du procès ou, au contraire, être une action en justice à part entière, nouvelle et distincte de celle qui la précède. Cette divergence doctrinale illustre avec une certaine évidence l'affrontement des deux conceptions, la réformation ou l'achèvement. En effet, considérer que l'instance d'appel constitue une nouvelle action en justice se rattache à la perception d'une réformation. Au contraire, n'y voir qu'un prolongement d'une action déjà introduite devant le premier juge relève plus volontiers d'une logique d'achèvement.

Il sera donc utile d'étudier comment l'instance d'appel s'intègre dans le procès (Chapitre I) et selon quelles spécificités elle obéit au droit commun de l'action en justice qui le gouverne (Chapitre II).

⁶⁶ C. Bouty, *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé*, thèse Aix-Marseille, 2015, p. 60, n° 77

⁶⁷ J.-C. Magendie, *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*, Doc. fr., 2008, p. 40

CHAPITRE I : L'INTÉGRATION AU PROCÈS CIVIL

19. Le procès civil peut se dérouler, sur recours, devant plusieurs juridictions. Le nombre de phases de ce déroulement sera fonction de l'attitude des plaideurs et de leur choix d'accepter ou au contraire de contester les décisions de justice venant trancher les différends qui les opposent. Parmi les multiples instances, se trouve au second degré la voie d'appel. Elle appartient à la pyramide judiciaire organisée par les textes et la jurisprudence et, à ce titre, doit être considérée à partir du premier degré, sans lequel elle ne saurait se concevoir.

L'appel constitue donc une étape du procès civil, et son exercice s'insère nécessairement dans une instance judiciaire (Section I). S'agissant d'une instance au second degré, il suppose qu'une instance se soit déroulée au premier (Section II). On a pu constater une « *autonomie de l'instance d'appel, encore qu'elle ne soit pas synonyme d'indépendance totale* »⁶⁸, des liens venant la relier à la première instance (Section III).

SECTION I : L'EXISTENCE D'UNE INSTANCE

20. L'instance d'appel donne lieu, au sein du procès civil, à un réexamen en fait et en droit du litige. Pour comprendre le mécanisme de cette voie de recours, il est en premier lieu nécessaire de préciser ce qu'est une instance (§ 1) et dans quelle mesure elle se distingue d'autres notions processuelles faisant parfois l'objet d'un emploi amovible mais fautif (§ 2).

§ 1. La définition de la notion d'instance

21. Le droit écrit et la pratique ont souvent tendance à employer des termes juridiques qui n'ont pas été définis préalablement. L'instance a, en effet, ceci de commun avec d'autres réalités juridiques – tel le mariage⁶⁹ – qu'elle ne fait l'objet d'aucune définition légale. Tout en organisant méticuleusement, dès son article premier, l'introduction, le déroulement et le dénouement de l'instance judiciaire, le Code de procédure civile observe un silence scrupuleux quant à son essence. La jurisprudence a donc tenté d'en clarifier la portée (A), tandis que les spéculations doctrinales les

68 P. Raynaud, note sous Cass. plén., 3 avril 1962, JCP 1962, II, 12744

69 Sur la question, V. A. Sériaux, « Une définition civile du mariage (prière d'insérer) », D. 2005, p. 1966

plus variées se sont affrontées sur ce terrain (B).

A. Hésitations jurisprudentielles

22. S'il est une solution jurisprudentielle qui a profondément marqué le paysage judiciaire et le droit positif français, c'est assurément l'arrêt *Encel*, rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 3 avril 1962⁷⁰. Au-delà d'une apparente technicité – qu'une lecture superficielle considérerait volontiers comme anecdotique – cette espèce a conduit la Haute juridiction à éclairer tant la doctrine que les juges sur un point de droit touchant à la notion d'instance en général et à l'instance d'appel en particulier. Il convient de rappeler les données de ce litige, notamment les données procédurales.

Les articles 141 et 142 de l'ancien Code de procédure civile imposaient à peine de nullité la rédaction de « qualités », formalité dont la pratique avait pu parfois déplorer le caractère contraignant⁷¹, et qui consistait en « un document émanant de l'avoué de la partie gagnante qui réalisait une sorte de memorandum du procès et devait être reproduit en tête de la grosse d'un jugement en matière civile »⁷². Un décret du 22 décembre 1958⁷³ était venu supprimer cette obligation en précisant dans son article 16 que la réforme « ne sera applicable qu'aux instances introduites postérieurement au 2 mars 1959 ». Sur un appel interjeté après cette date, la cour d'appel de Paris avait, par un arrêt du 17 octobre 1960, fait droit aux prétentions de la S.A.R.L. *Établissements de Bourg*. Le pourvoi reprochait à l'arrêt de ne pas comporter lesdites qualités et invoquait la violation de l'article 16 du décret précité. Le premier moyen prétendait que l'instance d'appel n'était que la continuation au second degré de l'instance ouverte par l'exploit introductif, ce qui devait avoir pour conséquence logique l'application de la législation antérieure à 1958 devant la juridiction du second degré, l'instance se comprenant comme le procès envisagé dans la totalité de son déroulement judiciaire.

L'Assemblée plénière rejette le pourvoi en précisant que l'instance d'appel est distincte de la première instance. Il n'était donc pas nécessaire que la cour d'appel continuât d'employer les qualités dans la rédaction de sa décision, car la loi nouvelle supprimant cette formalité était applicable à l'instance ouverte devant la juridiction du second degré. Au-delà des questions de droit transitoire, l'arrêt *Encel* marque clairement le commencement et la fin de l'instance d'appel au

70 Cass. plén., 3 avril 1962, *Encel c/. S.A.R.L. Établissements Bourg et Cie*, JCP 1962, II, 12744, note Raynaud ; D. 1962, p. 465, note Hébraud ; RTD civ. 1962, p. 377, obs. Hébraud

71 V. Y. Lobin, « Le procès civil de droit commun en appel », in *La voie d'appel*, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 55, spéc. p. 72

72 Y.-M. Serinet, « La qualité du défendeur », RTD civ. 2003, p. 203, n° 7 – Ces exigences ont été transférées au juge et sont désormais régies par les articles 454 et suivants du Code de procédure civile.

73 Décret n° 58-1289 du 22 décembre 1958 relatif à certaines modifications en matière de procédure civile

regard de la globalité du procès *lato sensu*, mettant ainsi fin à une controverse doctrinale, alimentée jusqu'alors par une jurisprudence hésitante⁷⁴.

23. Il convient en particulier de citer l'arrêt *Matinier*⁷⁵ dans lequel, à l'occasion d'une procédure de divorce, la deuxième Chambre civile admettait la recevabilité de l'appel des jugements d'enquête rendus postérieurement à la date d'entrée en vigueur du décret de 1958, appel dont l'article 258 supprimait la possibilité. La faculté d'appeler de ces jugements d'enquête se justifiait sans doute par un souci d'unité de la procédure, indépendamment des juridictions devant lesquelles elle était engagée. On pourrait alors n'y voir au pire qu'une solution d'opportunité, au mieux une solution *in favorem*. L'arrêt, néanmoins, ne laissait pas de semer le trouble puisqu'on pouvait y lire que « *l'instance d'appel n'est que la continuation, au second degré, de l'instance ouverte par l'exploit introductif* ».

Par la suite, la deuxième Chambre civile⁷⁶ avait confirmé certaines craintes légitimes en cassant un arrêt prononcé sans rapport écrit, c'est-à-dire rendu conformément aux nouvelles règles applicables à la procédure d'appel et non aux dispositions anciennes. Une telle solution aurait pu faire croire que les deux instances – devant la première juridiction puis devant la juridiction d'appel – n'en formaient qu'une seule. Cette jurisprudence donnait corps aux menaces planant sur la régularité de nombreuses procédures, « *alors que la pratique avait, unanimement et sans hésitation, instruit selon les règles nouvelles les appels formés postérieurement au 2 mars 1959* »⁷⁷. Pour illustrer par un autre exemple l'incertitude jurisprudentielle régnant en matière de délimitation de l'instance, un arrêt rendu la même année par la Chambre commerciale mêlait confusément le premier et le second degré de juridiction dans la notion globale d' « *instance en cours* »⁷⁸, solution réitérée par la suite⁷⁹. La nécessité d'une mise au point se faisait impérieusement sentir.

24. Le Code de procédure civile de 1806, alors en vigueur, ne précisait pas clairement, comme le fait le Code de 1976 que le jugement met fin à l'instance. Autrement, il eût été facile de procéder au raisonnement suivant : si le premier juge, en vidant sa saisine, provoque l'extinction de

74 V. cependant les précédents jurisprudentiels proposant une solution semblable : Chambéry, 8 décembre 1868, DP 1869, II, 96 – Bordeaux, 4 août 1870, DP 1871, II, 254 – Bastia, 16 juin 1890, DP 1892, II, 344 – Amiens, 19 février 1896, DP 1897, II, 232 – Bourges, 7 janvier 1903, DP 1905, II, 23 – Nancy, 8 août 1905, DP 1908, II, 72 – Riom, 22 mars 1907, DP 1908, II, 290 – Grenoble, 24 février 1914, DP 1916, II, 194 – Amiens, 18 décembre 1958, D. 1959, p. 98 – V. également Cass. req., 3 décembre 1889, DP 1890, I, 21, rapport Georges-Lemaire

75 Cass. civ. 2, 10 février 1961, JCP 1961, II, 12025, note Raynaud ; D. 1961, p. 433, obs. Hébraud ; RTD civ. 1961, p. 357, obs. Hébraud

76 Cass. civ. 2, 15 mai 1961, Bull. civ. II, n° 351

77 P. Hébraud, note sous Cass. plén., 3 avril 1962, précit., D. 1962, p. 465

78 Cass. com., 16 janvier 1962, Bull. civ. IV, n° 35

79 Cass. com., 16 décembre 1975, n° 74-13.361

l'instance et que le juge d'appel n'est pas encore saisi, l'instance d'appel n'a pas commencé. Il ne saurait dès lors y avoir identité entre les deux instances. Précisons cependant que la jurisprudence est parfois contradictoire lorsqu'il s'agit de déterminer l'instant de la formation du lien d'instance. Malgré l'article 53 du Code de procédure civile⁸⁰, dont la lettre paraît claire, la jurisprudence a tendance à confondre la création du lien d'instance avec la saisine de la juridiction ainsi que les effets de la notification d'une assignation avec le placement au rôle. En considérant – ce qui nous paraît discutable – que « *l'instance s'ouvre par la saisine de la juridiction qui est appelée à trancher un point litigieux et prend fin quand sa juridiction a épuisé sa saisine* »⁸¹, peut-être la jurisprudence estime-t-elle que l'instance n'existe qu'en puissance lorsque le litige n'a pas encore été porté devant le juge, ce qui aura pour effet de la matérialiser. La saisine de la juridiction apparaît donc comme une condition suspensive⁸². C'est ce raisonnement qui conduit la Cour de cassation à considérer que lorsque l'assignation a été délivrée mais pas enrôlée, il n'y a ni péremption⁸³, ni prescription⁸⁴, ni litispendance⁸⁵. La discrétion, voire le mutisme, de l'ancien Code de procédure civile appelait inéluctablement un éclaircissement de la part de la Haute juridiction. Près de vingt ans après les précisions apportées par l'arrêt précédemment évoqué, un auteur pourra écrire que « *la notion d'instance, longtemps négligée, demeure discutée* »⁸⁶, en constatant à quel point le silence du législateur quant à la détermination de l'instance nouvelle continuera de mettre dans l'embarras la cour d'appel de Paris⁸⁷.

Ainsi que l'avait souligné Pierre Raynaud dans son commentaire de l'arrêt *Encel*, « *si l'œuvre de l'Assemblée plénière est vouée à perdre son intérêt pratique, lorsque la règle transitoire de l'article 16 du décret du 22 décembre 1958 n'aura plus l'occasion de s'appliquer, l'arrêt du 3 avril 1962 gardera une valeur permanente par l'importante contribution qu'il apporte à la construction de la théorie de l'instance* »⁸⁸. Cette solution de la Cour de cassation fait, pour ainsi dire, mentir l'idée communément admise selon laquelle les arrêts de rejet n'ont qu'une faible portée doctrinale. Par-delà les difficultés concrètes et temporaires soulevées par un cas d'espèce – au demeurant peu intéressant quant au fond du droit –, elle conservera sinon perpétuellement, du moins

80 C.P.C., art. 53 : « *La demande initiale est celle par laquelle un plaideur prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions. Elle introduit l'instance.* »

81 Cass. plén., 2 novembre 1990, n° 90-12.698 ; JCP G 1991, II, 21631, concl. Monnet et note Estoup ; RTD civ. 1991, p. 713, obs. Perrot

82 Cass. avis, 4 mai 2010, BICC 1^{er} juillet 2010, rapport Alt et avis Marotte ; Procédures, juillet 2010, n° 278, note Douchy-Oudot ; RTD civ. 2010, p. 614, obs. Hauser

83 Cass. civ., 2, 29 février 1984, Bull. civ. II, n° 43, RTD civ. 1984, p. 559, obs. (crit.) Perrot

84 Cass. com., 18 décembre 1984, RTD civ. 1985, p. 445, obs. Perrot

85 Cass. civ. 3, 10 décembre 1985, Gaz. Pal. 1986, somm. 328, obs. (crit.) Guinchard et Moussa ; D. 1986, inf. rap., p. 225, obs. Julien ; RTD civ. 1986, p. 634, obs. Perrot – Cass. civ. 3, 23 janvier 1993, RTD civ. 1993, p. 885, obs. Perrot – Cass. com., 4 octobre 1994, JCP 1995, I, 3846, obs. Cadiet

86 J. Beauchard, note sous Paris, 14 novembre 1980, D. 1982, p. 361

87 Paris, 14 novembre 1980, D. 1982, p. 361, note Beauchard

88 P. Raynaud, note sous Cass. plén., 3 avril 1962, précit., JCP 1962, II, 12744

longtemps, une indiscutable positivité et une considérable normativité dans la délimitation des contours de l'instance, « *construction délicate entre toutes ne serait-ce que parce que le vocable d'instance désigne, selon les circonstances, des réalités différentes* »⁸⁹.

B. Tâtonnements doctrinaux

25. Pendant longtemps, la théorie de l'instance a été influencée par la référence au droit romain et à la *litis contestatio*, d'où une analyse contractuelle amplement développée par la doctrine et dont certains anciens arrêts conservent les stigmates⁹⁰. Il est vrai qu'une comparaison entre l'instance et le contrat n'est pas dépourvue d'intérêt. Une analyse classique du contrat révèle une forte tendance à considérer ce dernier comme un traité de paix dont l'utilité se réduirait à la conciliation d'intérêts égoïstes et contradictoires. Une partie au contrat, écrit Monsieur Roujou de Boubée, « *c'est un intérêt représenté par un individu, et antagoniste ou différent des intérêts des autres personnes qui prennent part au même contrat* »⁹¹. Cette vision est, depuis peu, battue en brèche par la théorie du solidarisme contractuel⁹², apparue au début du vingt-et-unième siècle, qui considère que le contrat doit révéler la solidarité entre des personnes liées par l'appartenance au groupe social, participant ainsi de la moralisation du comportement contractuel par une extension de l'obligation de bonne foi. La jurisprudence de la Cour de cassation s'est montrée peu encline à consacrer cette théorie⁹³, par ailleurs violemment critiquée par une partie de la doctrine qui lui reproche son irréalisme. La conception orthodoxe, toujours d'actualité, du contrat nous permet alors de transposer à l'instance ce qui a été dit de la convention. En définitive, ne pourrait-on pas paraphraser Monsieur Roujou de Boubée en affirmant que la demande en justice, c'est un intérêt représenté par un individu, et antagoniste ou différent des intérêts des autres personnes qui prennent part à la même instance ?

Pour définir objectivement l'utilité de ces deux réalités juridiques, on peut relever que « *le contrat et l'instance constituent deux instruments de production de normes qui associent les*

89 J. Normand, « La dualité de la notion d'instance en droit transitoire. L'inapplicabilité des lois nouvelles aux instances en cassation », RTD civ. 1976, p. 387, spéc. p. 388

90 V. Cass. req., 29 avril 1912, D. 1912, I, 305 ; S. 1913, I, 185, note Naquet : « *Attendu que le droit de déférer, par la voie de l'appel, un jugement à la juridiction supérieure constitue un droit nouveau, qui naît du contrat judiciaire qui s'est formé entre les parties par l'effet de l'instance liée entre elles, et est essentiellement distinct de celui qui fait l'objet de l'action.* »

91 G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, 1961, p. 14

92 V. entre autres C. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, in *Études offertes à Jacques Ghestin*, (dir.) G. Goubeaux, Y. Guyon, C. Jamin, P. Lagarde, G. Viney, J. Waline, LGDJ, 2001, p. 461 ; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, (dir.) C. Jamin, Dalloz, 1999, p. 603 – M. Nicod et L. Grynbaum (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004

93 J. Cédras, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003 – Mais la Cour de Strasbourg semble l'accueillir avec une certaine bienveillance : V. par ex. CEDH, 29 janvier 2013, *Zolotas c./Grèce*, n° 66610/09, spéc. § 2, RTD civ. 2013, p. 336, obs. Marguénaud ; RDC 2013, p. 843, obs. Rochfeld

*intéressés à leur élaboration ; ces intéressés, ce sont les parties »*⁹⁴. À la force obligatoire et à l'effet relatif du contrat répondraient respectivement l'autorité et la relativité de la chose jugée. Pour autant, si l'on cherche des éléments de comparaison entre les conditions d'existence du contrat et celles de l'instance, on se rend compte qu'une assimilation se révèle illusoire : l'autonomie de la volonté en matière contractuelle ne saurait aller de pair avec le principe du contradictoire en matière processuelle, principe qui « *exprime l'essence même de la Justice dans le déroulement du procès »*⁹⁵.

Le contrat et l'instance créent certes tous deux un lien de droit. Or, les rapports juridiques nés du contrat et de l'instance sont essentiellement différents, étant observé que le lien juridique d'instance est imposé, ce qui le rend incompatible avec une analyse contractuelle, car « *on ne décide pas d'être défendeur, on subit cette qualité, conférée par le demandeur »*⁹⁶. Sans l'avoir choisi, le défendeur « *va se trouver quelle que soit son intention – le plus souvent il s'en passerait bien – constitué procéduralement défendeur à l'instance »*⁹⁷. Sans doute ce rôle de la volonté est-il le critère majeur permettant d'affirmer que l'instance n'est pas un contrat, car « *de même, que le contrat est concours de volontés, le litige est conflit de volonté »*⁹⁸. Alors que le contrat naît de la convergence de deux volontés sinon identiques du moins compatibles, l'instance se noue par la rencontre de la prétention du demandeur et de la défense qui lui est opposée. À partir de là, « *l'instance est la mise en forme d'un rapport d'hostilité »*⁹⁹. L'absence de rencontre des volontés permet donc d'affirmer que l'instance n'est pas un contrat¹⁰⁰.

26. La théorie du contrat judiciaire – qui se fonde sur une formulation d'Ulprien reprise dans le *Corpus juris civilis* de Justinien¹⁰¹ – procède *ab initio* d'une erreur de raisonnement, car l'assignation est un acte unilatéral et, partant, non-contractuel. L'affirmation de Glasson, pour qui « *comparaître, c'est de la part du demandeur offrir le procès et de la part du défendeur, l'accepter »*¹⁰², fait l'impasse sur une donnée importante : bien que libre de demeurer passive, la

94 F. Bussy, « La notion de partie à l'instance en procédure civile », D. 2003, p. 1376

95 H. Motulsky, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », D. 1964, p. 235 et s., et in *Écrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010, p. 101, spéc. p. 109, n° 12 – V. aussi L. Miniato, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, thèse Toulouse, 2003, LGDJ, 2008 – C. Gavalda-Moulenat, *Le principe du contradictoire en procédure pénale*, thèse Montpellier, 2005

96 F. Bussy, *loc. cit.*

97 Y.-M. Serinet, *loc. cit.*

98 G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, 3^{ème} éd., Thémis, 1996, p. 41, n° 7

99 J. Miguet, *Immutabilité et évolution du litige*, thèse Toulouse, 1977, LGDJ, p. 489, n° 398

100V. G. Ameilhaud, *L'effet dévolutif de l'appel en matière civile*, thèse Toulouse, 1942, spéc. p. 60 et s. – R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, Bruxelles, 1831, t. 2, p. 310, n° 584 – E. Valabrègue, *Rev. crit. lég. et jur.* 1879, p. 540

101 *Dig.* 15, 1, 3, 11 : « *Nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio ita iudicio contrahi : proinde non originem iudicii spectandum, sed ipsam iudicati velut obligationem.* » (Ulpien)

102 E.-D. Glasson et A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et procédure civile*, 3^{ème} éd., Sirey, 1925., t. 1, n° 590

personne assignée en justice devant une juridiction civile s'expose à la conséquence prévue – voire décrite, la règle étant moins constitutive que déclarative – par les articles 56 et 665-1 du Code de procédure civile, à savoir que « *faute pour le défendeur de comparaître, il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire* ».

La réponse du défendeur n'est donc pas l'acceptation du débat mais l'exposé du débat au juge sous un autre jour. Cette présentation contradictoire de la cause, en fait et en droit, possède un puissant effet créateur, tandis qu'une simple acceptation du débat n'aurait qu'un effet extinctif. Sans cette contradiction du défendeur, le litige serait mort-né.

27. D'aucuns objecteront peut-être que le lien d'instance n'est pas un lien factuel mais juridique ; pourtant, le droit privé connaît de nombreux liens qui, tout en étant de véritables liens de droit, ne postulent pas nécessairement un consentement de la part des sujets qu'il lie. Il en est ainsi de la responsabilité civile délictuelle ou, dans une moindre mesure, de la filiation¹⁰³. En outre, une conception contractuelle de l'instance présenterait l'écueil de mettre l'accent de façon beaucoup trop accusée sur l'introduction de l'instance au détriment de son déroulement. Comme le remarque le doyen Roubier, toute situation juridique se compose d'une phase dynamique et d'une phase statique, qui correspondent respectivement au moment de sa constitution et à l'espace temporel dans lequel elle produit des effets de droit¹⁰⁴. Or, l'instance ne saurait se réduire à la demande introductive ni à l'enrôlement ou à la saisine de la juridiction. Elle est une réalité vivante, une situation constamment dynamique alimentée par les parties et par le juge. Le rapport processuel « *est progressif et non statique dans le sens qu'il se déroule au moyen d'actes successifs des parties et des organes juridictionnels et qu'il peut dans son développement subir des changements, soit entre les personnes qui y participent, soit dans son objet* »¹⁰⁵. Quitte à forcer le trait, l'instance « *c'est une guerre qui se nourrit d'elle-même* »¹⁰⁶, *bellum se ipsum alet*. L'instance a ceci de commun avec la passion humaine que toutes deux se nourrissent d'obstacles – stratégie pour s'entretenir – et meurent de leur accomplissement.

Le modèle du contrat est donc par trop inadapté à l'instance, parce que les obligations contractuelles sont fixées – figées pourrait-on dire – par le *mutuus consensus* des cocontractants, si

103 Dans une moindre mesure puisque l'établissement de la filiation par la reconnaissance et par la possession d'état implique la volonté du parent tandis qu'en cas d'établissement par l'effet de la loi, l'article 311-25 du Code civil n'impose pas à la mère l'inscription de son nom dans l'acte de naissance, de même que cette dernière peut user de l'article 313 pour faire échec à la règle *pater is est*.

104 P. Roubier, *Le droit transitoire : conflits de lois dans le temps*, 2^{ème} éd., Paris Dalloz, 1960, p. 112, n° 25 – V. aussi L.-M. Schmit, *Les définitions en droit privé*, thèse Toulouse, 2015, LGDJ, 2017, qui applique cette distinction aux définitions juridiques, objets statiques et instruments dynamiques.

105 G. Brulliard, *Procédure civile*, PUF, 1944, p. 221

106 R. Martin, « Le fait et le droit ou les parties et le juge », JCP G 1974, I, 2625

bien qu'il n'est plus possible, par la suite, de les modifier unilatéralement. L'instance ne peut ni ne doit pâtir d'une conception aussi rigide. Alors que le contrat est censé donner lieu – car cela est conforme à sa nature profonde – à un déroulement paisible et linéaire, la physionomie de l'instance est, pour le moins, changeante et évolutive, quand elle n'est pas violente et tourmentée. L'instance, et plus généralement le procès, se complète et s'enrichit par petites touches, au gré de l'action des colitigants et de l'office du juge¹⁰⁷. « *C'est en partie cette possibilité d'évolution du litige qui a orienté la doctrine moderne vers une analyse non contractuelle de l'instance.* »¹⁰⁸

Pour que l'instance soit un contrat, il faudrait encore que ce contrat soit susceptible d'une qualification. On s'aperçoit cependant qu'elle n'entre dans aucun cadre légal, et il est bien évident que la catégorie « contrat innommé » est peu satisfaisante, voire grossièrement artificielle. À tort on a « *cru pouvoir bâtir les institutions de la procédure suivant les schémas du droit privé* »¹⁰⁹. Tout en procédant de la volonté – au demeurant louable – d'assurer la cohérence des diverses branches du droit, la tentative de faire entrer systématiquement et « de force » les réalités processuelles dans les concepts du droit civil s'est vue contrainte, pour ne pas avoir à s'avouer vaincue, de violenter la nature intrinsèque de ces mêmes réalités.

28. L'analyse contractuelle de l'instance, si elle a eu son heure de gloire, appartient désormais à une époque révolue, « *lorsque l'on essayait de tout expliquer par la notion de contrat* »¹¹⁰. Certains auteurs donc ont opté pour une analyse institutionnelle. « *La notion d'institution a d'ailleurs été développée pour lutter contre l'hégémonie au XIX^{ème} siècle de la notion de contrat que l'on employait pour expliquer des notions aussi diverses que la situation des fonctionnaires ou le règlement intérieur d'une entreprise.* »¹¹¹ Notion amplement explicitée par la doctrine du siècle précédent¹¹², l'institution, quoique mal définie, pourrait se distinguer en substance par son caractère organique. L'instance justement est organisée en vertu de règles édictées par le pouvoir législatif ou

107 J. Miguet, *op. cit.*, pp. 489-490, n° 400 : « *Le caractère contractuel de l'instance conduirait à ce que le litige ne soit pas fixé par la demande, mais qu'il le soit par l'échange des conclusions. Or, le litige peut encore évoluer après cet échange, car la réponse du défendeur n'est pas l'acceptation du débat, mais la présentation contradictoire du débat. C'est cet aspect de contradiction entraîne l'évolution du litige, car alors que l'accord a un effet extinctif, la contradiction a un effet créateur : elle entraîne la réponse de l'adversaire qui doit être elle aussi contradictoire pour que l'instance se continue.* »

108 J. Miguet, *op. cit.*, p. 487, n° 396

109 A. Biscardi, « Esquisse d'une histoire critique de la "litis contestatio" », RHDFFE 1955, vol. 32, p. 1, spéc. p. 18

110 E. Jeuland, « L'énigme du lien de droit », RTD civ. 2003, p. 455, n° 36

111 *Ibid.*

112 V. M. Hauriou, « L'institution et le droit statutaire », Rec. acad. lég. Toulouse 1906, p. 134 ; « La théorie de l'institution et de la fondation, essai de vitalisme social », Cah. nouv. Journée 1925, IV, 1 ; *Principes de droit public*, 1^{ère} éd., 1910 – G. Renard, *La théorie de l'institution, essai d'ontologie juridique*, Sirey, 1930 ; *La philosophie de l'institution*, Sirey, 1939 – A. Desqueyrat, *L'institution, le droit objectif et la technique positive*, thèse Paris, 1933 – J. Delos, « La théorie de l'institution », Archives de Philosophie du droit et de sociologie juridique, 1931

réglementaire ; en elle, « *il y a une adhésion à un mode étatique de résolution des litiges* »¹¹³.

Certains auteurs, comme Monsieur Bergel, n'hésitent pas à classer dans cette catégorie qu'est l'institution : l'action en justice, l'instance, le jugement et les voies de recours¹¹⁴, aux côtés de personnes et de choses « *aussi diverses que l'État, les associations, les sociétés, les syndicats, la famille, le mariage, la propriété, des procédés techniques tels que la représentation* »¹¹⁵. À cette classification, Monsieur Jeuland objecte que « *le terme d'institution paraît dès lors vague et général. En particulier, il est une bien faible qualification du lien d'instance si l'action en justice, les voies de recours et le jugement peuvent être eux aussi qualifiés d'institution. Tous les grands mécanismes du droit judiciaire apparaissent comme étant des institutions et le lien d'instance ne paraît pas avoir de spécificité. La notion d'institution ne permet pas ainsi de préciser le régime du lien d'instance, ce qui est pourtant l'enjeu d'une qualification* »¹¹⁶. À cela il faut ajouter que l'institution – le mariage en est un exemple – suppose la convergence des volontés vers un but commun et d'intérêt général. Or, le procès civil, s'il participe de l'intérêt général par le règlement d'un conflit de nature à troubler l'ordre social, n'est amené devant le juge que par des parties ayant pour unique but l'obtention ou la défense d'avantages purement personnels. L'instance implique en effet un antagonisme de volontés défendant des droits individuels et des intérêts particuliers qui s'affrontent. Tout dépend alors de la position que l'on adopte : « *pour les parties, le procès est un instrument de satisfaction du droit privé ; mais, pour l'État, c'est une forme de réalisation du droit* »¹¹⁷. Il est vrai, toutefois, que la vision que l'on peut avoir d'une réalité, qu'elle soit factuelle ou juridique, n'a jamais été de nature à influencer la nature profonde de cette même réalité, même si l'utilisation que les non-juristes font des règles de droit a quelquefois tendance à en redessiner la physionomie, sous réserve de montages juridiques considérés par la jurisprudence comme inopposables sur le fondement de la règle *Fraus omnia corrumpit*¹¹⁸.

29. Plusieurs auteurs, allemands et italiens entre autres, ont élaboré la notion de rapport de droit et l'ont appliquée à l'instance en forgeant le concept de rapport de droit processuel¹¹⁹. On serait tenté de voir dans le rapport de droit un synonyme du lien de droit. Les deux expressions n'ont cependant pas exactement la même acception. Le rapport de droit est défini par Savigny « *comme*

113 E. Jeuland, *loc. cit.*

114 J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2012, n° 168

115 *Ibid.*, n° 153

116 E. Jeuland, *op. cit.*, n° 19

117 E. Couture, « Le procès comme institution », RIDC, vol. 2, n° 2, avril-juin 1950, pp. 276-281

118 V. par ex. en droit international privé, Cass. civ., 18 mars 1878, *Princesse de Beauffremont*, S. 1878, I, 193, note Labbé – Cass. civ. 1, 20 mars 1985, n° 82-15.033, *Caron*

119 C. do Couto e Silva, « Contribution à une histoire des concepts dans le droit civil et la procédure civile (l'actualité de la pensée d'Otto Karlova et d'Oskar Bulow) », in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1985

une relation de personne à personne déterminée par une règle de droit »¹²⁰. Il est plus large que le lien de droit en ce qu'il comporte également le droit des biens, où le rapport de droit consiste dans l'opposabilité *erga omnes* de l'exclusivité du titulaire d'un droit réel sur son bien¹²¹. Le lien de droit, en revanche, consiste en un « accrochage » d'entités distinctes. De lui découlent des droits et des obligations. Cette description correspond exactement à la situation des parties à un procès auxquelles la loi accorde certains droits (les droits de la défense) et impose certaines obligations (les actes de procédure et le respect des principes généraux du procès).

Que l'on accepte de considérer l'instance comme une institution du droit privé ou qu'on lui préfère une autre qualification, à partir du moment où l'on écarte l'analyse contractuelle, on en vient logiquement à définir le lien d'instance comme un rapport juridique ou un lien de droit d'origine et de nature légale, puisque « *c'est la loi qui détermine les pouvoirs et les devoirs de l'ensemble des participants à l'instance, des parties comme du juge ; c'est la loi qui en régleme le cours* »¹²². Ce caractère légal du lien d'instance aura des incidences sur le déroulement de l'instance elle-même, qui exige un rôle actif des plaideurs tout en se soustrayant quelquefois à leur emprise. Le litige, en effet, n'est pas la propriété privée des parties¹²³. Cette analyse du lien d'instance comme rapport légal, plus réaliste que l'approche contractuelle et moins ambiguë que la vision institutionnelle, se retrouve sous la plume de Tissier déjà au début du vingtième siècle : « *c'est légalement et non contractuellement que les plaideurs sont obligés de rester dans l'instance et de subir le jugement* »¹²⁴. Elle a emporté l'adhésion de la majorité des auteurs. « *Aujourd'hui, la doctrine considère que le lien juridique d'instance revêt un caractère légal.* »¹²⁵ En tout état de cause, force est de constater que le procès civil « *est situé au carrefour des chemins du droit public et du droit privé* »¹²⁶. Il ne saurait s'agir d'un simple rapport de droit privé puisque la relation juridique préexistante au procès a dégénéré en litige qu'il a fallu porter devant l'organisation judiciaire, service public de l'État.

Contre cette analyse de l'instance comme rapport légal, on trouve l'argument selon lequel c'est bien de la volonté du demandeur que naît l'instance, la loi ne faisant qu'y attacher des effets, de même qu'elle impose certaines règles au contrat¹²⁷. On répondra simplement que, tout en

120 C. F. von Savigny, *Traité de droit romain*, Firmin Didot, 1855, t. 1, p. 323

121 V. F. Zénati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », RTD civ. 1993, p. 305

122 L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Lexis Nexis, 9^{ème} éd., 2016, p. 404, n° 487

123 V. par ex. Cass. civ. 1, 2 décembre 1975, n° 73-11.402, Bull. civ. I, n° 354, JCP G 1976, II, 18390, note Chartier ; D. 1976 inf. rap., p. 46 : la faculté d'évocation sur contredit de la cour d'appel n'est pas soumise au consentement des parties.

124 A. Tissier, note sous Cass. req., 2 juin 1908, S. 1909, I, 30

125 J. Héron et T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 2015, 6^{ème} ème éd., p. 118, n° 129 – L'édition de 1991 parle de « *doctrine unanime* ».

126 E. Couture, *loc. cit.*

127 J. Miguet, *op. cit.*, p. 488, n° 397

s'adaptant à des situations de fait ou de droit infiniment diversifiées, l'instance obéit toujours au même schéma, celui fixé par les règles du Code de procédure civile. L'instance ne naît pas *ex nihilo*, ni même de la seule volonté du demandeur : si la jurisprudence hésite encore quant à la fixation du début de l'instance, il apparaît évident qu'elle ne saurait intervenir que par l'accomplissement régulier de formalités prévues par la loi. La même remarque qui a été faite au sujet du mariage pourrait s'appliquer à l'instance : la finalité supérieure de la situation légale est telle que son acte créateur s'y trouve absorbé¹²⁸.

§ 2. La distinction de l'instance et d'autres notions processuelles

30. Plusieurs termes ont souvent été employés abusivement comme des synonymes : le litige, le procès et l'instance. Le législateur lui-même confond ces notions¹²⁹ ; il convient cependant de les distinguer. Chronologiquement, le litige préexiste au procès et à l'instance, il est une « *réalité antérieure au procès* »¹³⁰. Il peut se définir comme l'acte juridique ou le fait juridique donnant lieu à un désaccord entre deux ou plusieurs personnes. La situation de fait ou de droit qui constitue le litige concerne toujours et nécessairement ce qui est communément désigné par les expressions « droit substantiel », « droit matériel », « fond du droit » et, plus rarement, « droit fondamental ». Il s'agit d'opérer le départ entre une situation de désaccord survenue à l'occasion de relations entre des personnes et une situation qui naît et s'achève devant une ou plusieurs juridictions. Le droit substantiel concerne, par exemple, la filiation, les obligations alimentaires, les contrats synallagmatiques, la vie d'une société... Les règles juridiques applicables à ces situations se distinguent des règles juridiques dont l'utilité ne se fait pas sentir et dont l'usage ne se justifie pas en dehors des prétoires, à savoir les règles de droit processuel, de droit judiciaire privé, de procédure civile ou pénale, de conflit de lois en droit transitoire ou en droit international privé.

Le litige préexiste donc au procès et en est une condition nécessaire. Le litige devient procès – sans toutefois que les deux se confondent – dès lors que l'une des parties, mue par le besoin d'y mettre fin, « *prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions* »¹³¹, initiative ayant pour effet d'introduire l'instance¹³². Ainsi donc, « *le procès n'est pas le litige, mais la*

128 E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, thèse Dijon, 1912, pp. 255 et s.

129 V. Orif, *La règle de l'unicité de l'instance*, thèse Paris, 2010, LGDJ, 2012, p. 11, n° 11 : « *Le législateur semble peu se soucier du sens des mots. La jurisprudence doit alors le suppléer et tenter de définir les termes utilisés. Ce désintérêt du législateur pour le sens des mots pourrait inciter la jurisprudence à l'ignorer ou à lui prêter un sens arbitraire en fonction des objectifs qu'elle souhaite atteindre.* »

130 G. Cornu et J. Foyer, *op. cit.*, p. 35, n° 7

131 C.P.C., art. 53 al. 1^{er}

132 C.P.C., art. 53. al. 2

*reproduction ou la représentation devant le juge. Le litige n'est pas le procès, mais dans le procès. (...) Il y a entre le procès et le litige le même rapport qu'entre le contenant et le contenu »*¹³³.

31. L'instance n'est qu'une partie du procès, ce dernier devant être compris comme l'ensemble des éléments et des événements qu'implique le recours à la justice. Il sera opportun de se demander si l'instance d'appel n'est que la deuxième phase d'un unique procès ou si elle subsiste vraiment comme un procès à part entière. En droit pur, toutefois, l'instance *stricto sensu* considérée dans sa seule acception juridique, constitue un « maillon » de la chaîne processuelle, dans le cheminement qui conduira les plaideurs du tribunal de grande instance à la Cour de cassation, voire à la cour de renvoi, en passant par la cour d'appel. Ainsi, Hébraud parle de « *l'évolution du procès jusque dans les voies de recours et notamment l'appel* »¹³⁴. On comprend en effet que lorsque le même procès abrite plusieurs contrôles judiciaires par suite de l'exercice des voies de recours, il n'est pas aisé de déterminer si tel examen du litige ouvre une nouvelle instance. La jurisprudence de la Cour de cassation a donc clairement défini la succession des instances : l'instance d'appel est distincte de la première instance¹³⁵ tout comme l'instance en cassation l'est de l'instance d'appel¹³⁶, tandis que le réexamen de l'affaire par une nouvelle cour d'appel se caractérise par l'identité de l'instance sur renvoi avec l'instance devant la cour dont la décision a été cassée, qui est poursuivie, reprise et « *simplement continuée* »¹³⁷. L'instance doit alors être considérée comme le « *traitement juridictionnel du litige devant le tribunal ou la cour alors appelé à en connaître* »¹³⁸ ou, plus généralement, comme une étape du procès devant une juridiction donnée.

32. La décision par laquelle statue le juge, épuise sa saisine et tranche la contestation¹³⁹. Le jugement définitif met ainsi fin à l'instance et non au procès, qui se poursuivra non seulement dans les voies de recours mais aussi dans son exécution lorsque les voies de recours n'ont pas été utilisées ou qu'elles ne sont pas suspensives. Un jugement définitif s'entend d'un jugement qui statue au fond. S'il a bien autorité de chose jugée au principal, il n'en demeure pas moins susceptible de voies de recours. L'exercice de ces voies de recours va poursuivre le procès jusqu'à aboutir à un jugement passé en force de chose jugée puis à un jugement irrévocable, à l'abri de

133 F. Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova Cedam, 1936-69, t. 1, n° 118

134 P. Hébraud, note sous TGI Valence, 8 novembre 1972, Gaz. Pal. 1973, I, 47

135 Cass. plén., 3 avril 1962, *Encel c/. S.A.R.L. Établissements Bourg et Cie*, précit.

136 Cass. soc., 13 mars 1975, D. 1975, inf. rap., p. 85 – Cass. com., 16 décembre 1975, JCP 1976, II, 18248, note A.S. ; RTD civ. 1976, p. 387, obs. Normand – Cass. civ. 2, 22 octobre 1997, Gaz. Pal. 3 octobre 1998, somm. ann., « Cassation », obs. Croze et Morel

137 Cass. civ. 2, 26 octobre 1962, D. 1963, somm., p. 36

138 J. Normand, *op. cit.*, spéc. p. 388

139 C.P.C., art. 481 al. 1^{er}

toute voie de recours. La jurisprudence elle-même veille à maintenir ces distinctions¹⁴⁰.

« *Si le litige s'insère dans l'instance, il ne s'y dilue pas* ». ¹⁴¹ À travers le parcours judiciaire, on s'aperçoit que le litige est un, tandis que les instances sont multiples. Un même rapport de droit peut donner lieu à plusieurs instances et une même instance peut regrouper les difficultés relatives à plusieurs rapports de droit¹⁴². De même, une instance peut avoir pris fin devant une juridiction alors que le litige demeure pendant devant une autre¹⁴³. Sans préjudice du caractère légal du lien d'instance, cette dernière a été comparée à l'*instrumentum* du litige, lequel serait alors le *negotium*¹⁴⁴. En bref, si l'instance est un rapport de droit processuel et le litige est un rapport de droit substantiel, la première n'existe que pour mettre fin au second. « *Le lien processuel ainsi créé n'a pas d'effet novatoire. Ce lien se superpose au rapport de droit substantiel sur lequel le juge doit statuer ; il ne s'y substitue point.* »¹⁴⁵ Un litige sans instance constituerait un désordre social et une instance sans litige serait une coquille vide. C'est ce qu'exprime le principe *Nemo iudex sine actore*. Pour cette raison, l'action en justice est la condition de l'instance et non l'inverse¹⁴⁶.

Pour preuve, les causes d'extinction de l'instance à titre accessoire énumérées par l'article 384 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile¹⁴⁷ visent toutes des situations dans lesquelles c'est en réalité le litige lui-même qui a disparu. Au contraire, lorsque l'instance est éteinte à titre principal pour les causes prévues par l'article 385 alinéa 1^{er}¹⁴⁸, la raison ne doit être recherchée que dans un comportement ou une abstention de nature procédurale. Des formalités ont été accomplies, régulièrement ou non, ou tout simplement omises, mais les intérêts en souffrance n'ont pas encore reçu de solution. Comme en dispose l'alinéa 2, le droit d'agir en justice survit à l'instance éteinte, sous réserve de la non-expiration des délais de prescription. C'est donc pour des raisons factuelles et non juridiques que l'action sera éteinte, parce que l'extinction de l'instance à titre principal aura remis en cause l'effet interruptif de prescription attachée à la demande en justice. Or, il se peut que le délai imparti par les textes soit très court, ou bien que le plaideur ait introduit une demande en

140 Cass. civ. 2, 8 juillet 2004, n° 02-15.893 : « *La notion de décision "définitive", qui peut être attaquée par une voie de recours, doit être distinguée de celle de décision "irrévocable", qui ne peut plus être remise en cause par l'exercice d'une voie de recours ordinaire ou extraordinaire* ».

141 J. Miguet, *op. cit.*, p. 639, n° 575

142 Cass. civ. 1, 28 avril 1970, JCP 1970, II, 16418, note R.L. ; RTD civ. 1971, p. 186, obs. Hébraud

143 Cass. civ. 3, 13 mars 1996, n° 94-15.700, JCP 1996, IV, 1055 ; RTD civ. 1996, p. 478, obs. Perrot ; Gaz. Pal. 1996, pan., p. 187

144 F. Bussy, *loc. cit.*

145 S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, Précis Dalloz, 2016, 33^{ème} éd., p. 332, n° 416

146 G. Verdun, « *La recevabilité des appels incident et provoqué ou le chemin difficile* », Gaz. Pal., 1^{er} mars 1986, p. 127, spéc. p. 129 : « *L'instance c'est la mise en œuvre de l'action, du droit d'agir en demande comme en défense, c'est le champ clos dans lequel les diverses personnes intéressées et appelées auront la possibilité de faire prévaloir leurs intérêts.* »

147 La transaction, l'acquiescement, le désistement d'action et le décès d'une partie dans les actions non transmissibles.

148 La péremption, le désistement d'instance, la caducité de la citation.

justice très peu de temps avant son expiration.

33. Une jurisprudence au fort retentissement permet d'illustrer et de compléter notre propos : l'arrêt *Cesareo* rendu en 2006 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation¹⁴⁹. Un homme se prétendant titulaire d'une créance de salaire différé sur la succession de son père pour avoir travaillé sans rémunération au service de celui-ci avait, sur ce fondement, assigné son frère, pris en sa qualité de seul autre cohéritier du défunt, en paiement d'une somme d'argent. Après qu'un jugement eut rejeté cette demande au motif que l'activité professionnelle litigieuse n'avait pas été exercée au sein d'une exploitation agricole, le demandeur avait derechef assigné son frère en paiement de la même somme d'argent sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Faisant une fois de plus mentir l'idée qu'un arrêt de rejet est revêtu d'une faible portée doctrinale, la Cour de cassation avait approuvé la solution de la cour d'appel d'Agen accueillant la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée attachée au premier jugement.

L'apport de l'arrêt *Cesareo* à la théorie générale du procès réside dans la charge supplémentaire qu'elle fait peser sur les parties au procès et leurs auxiliaires de justice, exprimée dans le chapeau intérieur : « *Mais attendu qu'il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci* ». La lecture de l'arrêt pourrait porter à confusion : l'Assemblée plénière exige en effet ici la concentration des moyens de droit au sein d'un même procès et non d'une même instance¹⁵⁰. Il s'agissait alors du demandeur ; quelques années plus tard, la Chambre commerciale a appliqué la même règle au défendeur¹⁵¹.

34. Même si la formulation employée par l'arrêt *Cesareo* peut laisser planer un doute, une lecture attentive du Code de procédure civile aura tôt fait de dissiper les hésitations : d'une part, la première demande est toujours la demande présentée devant le premier juge, les demandes nouvelles étant prohibées par l'article 564 en cause d'appel ; d'autre part, les moyens de droit nouveaux sont expressément admis devant la cour d'appel par la lettre de l'article 563. L'article 565, quant à lui, conjugue harmonieusement ces deux règles.

On peut tirer de ces observations la conclusion que l'instance n'est pas une fin en soi et

149 Cass. plén., 7 juillet 2006, *Cesareo*, n° 04-10.672, BICC 15 octobre 2006, rapp. Charruault, note Koering-Joulin, avis Benmakhlouf ; D. 2006, p. 2135, note Weiller ; JCP 2006, I, 183, obs. Amrani-Mekki ; JCP 2007, II, 20070, note Wiederkehr ; Gaz. Pal. 2007, p. 398, note Gain ; Dr. et proc. 2006, p. 348, note Fricero ; RDI 2006, p. 500, obs. Malinvaud ; RTD civ. 2006, p. 825, obs. Perrot

150 V. A. Marque, *Le principe de concentration et le procès civil*, thèse Toulouse, 2017

151 Cass. com., 6 juillet 2010, *Caisse de crédit mutuel de Riec-sur-Belon c/. Thomas*, n° 09-15.671, Procédures 2010, comm. 335

qu'elle doit demeurer subordonnée au litige, sa raison d'être étant la solution du désaccord qui oppose les parties. Cette importance que le droit privé reconnaît au litige ne fait que renforcer la complémentarité de la procédure proprement dite et du fond du droit ainsi que leur indispensable cohérence. Il faut dès lors se demander si « *l'autonomie ainsi lourdement affirmée de ces deux instances* »¹⁵² correspond réellement à la physionomie du litige et si elle satisfait l'exigence de bonne justice si souvent réclamée par la pratique et les justiciables. Encore une fois, ne perdons pas de vue cette vérité : l'instance n'existe pas pour elle-même mais se doit de servir les intérêts des parties et de la société en mettant fin à un désaccord portant sur le fond du droit.

35. L'introduction de l'instance serait donc, en quelque sorte, le mode d'exercice le plus « extrême » des rapports de droit privé. Cela rejoint la vision de Batiffol, pour qui « *l'action en justice apparaît comme la phase finale de l'exercice des droits subjectifs* »¹⁵³. En partant de cette idée, Motulsky avait imaginé un rapprochement fort intéressant des deux notions : « *Vouloir parler des rapports entre le droit subjectif et l'action en justice, c'est accumuler les difficultés : la théorie de l'action n'est guère mieux élucidée que celle du droit subjectif ; on risque donc d'aggraver l'obscurité. Mais peut-être la confrontation de deux énigmes peut-elle, au contraire, aider à les résoudre ? La tentative, en tout cas, vaut la peine d'être faite* »¹⁵⁴. Dans le même article, il met en lumière la dialectique existant entre le droit substantiel et l'action en justice, à savoir que le premier demeurerait purement abstrait et absolument inefficace sans la possibilité de la seconde. Quelle serait l'utilité et la légitimité d'une législation accordant des droits et assignant des obligations si ces mêmes droits et obligations n'étaient susceptibles d'aucun contrôle judiciaire ? En effet, la loi et le juge, finalement, ne sont que des émanations de l'État, auquel il revient de protéger et d'interdire, tant par les textes qu'il édicte que par les citoyens qui le représentent. N'est-il pas significatif que les condamnations de la France par la Cour de Strasbourg assimilent le droit d'être jugé dans un délai raisonnable au droit à un recours effectif, allant jusqu'à voir dans la violation de ce même droit un déni de justice ?¹⁵⁵

L'exercice du droit substantiel n'est donc pas dissociable du droit d'introduire une instance. Le droit romain, d'ailleurs, ne percevait et ne classait les droits subjectifs qu'à travers les actions, si bien qu'on ne parlait pas de *jus in rem* ou *in personam* mais d'*actio in rem* ou *in personam*. Corrélativement, le justiciable romain n'avait de droit à faire valoir en justice qu'à condition qu'une

152 J. Normand, *loc. cit.*

153 H. Batiffol, *Droit international privé*, Persée, 3^{ème} éd., p. 804, n° 720

154 H. Motulsky, « Le droit subjectif et l'action en justice », *Archives de la philosophie du droit*, 1964, p. 215 et s., et in *Écrits, études et notes de procédure civile*, *op. cit.*, p. 85

155 V. par ex. TGI Paris, 5 novembre 1997, D. 1998, p. 9, note Frison-Roche : quarante mois de procédure pour un litige du travail en appel.

action fût attachée audit droit. Là où aucune action n'était prévue, le droit n'existait pas. C'est pour cette raison, précisément, que la *lex æbutia* avait autorisé le préteur à créer de nouvelles actions pour les cas qui n'avaient pas été prévus par la liste exhaustive de la *lex duodecim tabularum*, laquelle avait fini par devenir un carcan et une cause de nombreux dénis de justice.

Le *Corpus juris civilis* définit l'action comme le droit de poursuivre en justice ce qui est dû à soi-même¹⁵⁶. L'action présuppose donc le droit et l'instance permet de le faire reconnaître à sa juste mesure. Motulsky relève que « *la notion de droit subjectif est ainsi restée voilée ; et celle d'action est demeurée floue : elle signifiait trop de choses à la fois* »¹⁵⁷. Dans sa réflexion sur les rapprochements à opérer entre le droit et l'action, il se demande si l'action en justice sert toujours à faire valoir des droits subjectifs et si elle constitue elle-même un tel droit. Il fait alors procéder son analyse de l'action en justice de deux axes majeurs qui sont sa vocation et sa nature au regard des droits subjectifs¹⁵⁸.

36. Pendant longtemps, la doctrine processualiste et civiliste française a considéré que l'action en justice n'était rien d'autre que le droit subjectif mis en mouvement. « *On a, toutefois, compris assez vite ce qu'a d'artificiel et de logiquement inadmissible l'idée d'identifier le droit subjectif substantiel avec l'action en justice destinée à le sanctionner. La discrimination a donc été admise ; mais elle a, en grande partie, été paralysée par le postulat qu'il ne pouvait en tous cas exister d'action que s'il existait un droit substantiel auquel elle sert de bouclier.* »¹⁵⁹ D'où la maxime « *pas de droit pas d'action* » qui semble prendre le contre-pied de la définition justinienne précitée. Ainsi lit-on, entre autres, chez Glasson et Tissier que l'action est « *le pouvoir qu'a une personne investie d'un droit d'obtenir du juge la protection de ce droit* »¹⁶⁰.

Un certain recul permet néanmoins de prendre conscience que cette position doctrinale est minimaliste. En effet, des droits peuvent exister sans actions pour les garantir, dont le prototype est l'obligation dite naturelle. Or, il est difficile de concevoir une action sans droit. En droit public, d'aucuns – dont Hauriou – ont estimé qu'il n'existait pas de droit subjectif à la légalité ouvrant le recours pour excès de pouvoir mais que la légalité pouvait subsister isolément comme réalité objective et abstraite, dans le seul intérêt général et indépendamment des individus¹⁶¹. Duguit s'efforce lui aussi d'expliquer l'ensemble du contentieux administratif par la notion de répression

156 *Institutiones*, Lib. IV, tit. VI, De actionibus : « *Actio autem nihil aliud est, quam jus persequendi in iudicio, quod sibi debetur.* »

157 H. Motulsky, *loc. cit.*

158 *Ibid.*

159 *Ibid.*

160 E.-D. Glasson et A. Tissier, *op. cit.*, p. 423, n° 172

161 M. Hauriou, S. 1928, III, 98

de la violation de la loi¹⁶². En droit privé, plusieurs actions en justice ont également pour objet le respect de la légalité abstraite indépendamment de tout droit subjectif. Il en est ainsi des actions en nullité du mariage, en interdiction, en déchéance de la puissance paternelle, c'est-à-dire celles ouvertes au ministère public. De même, en procédure pénale, la répression ne saurait en aucun cas se concevoir comme un droit subjectif. Pour autant, lorsque c'est le particulier qui introduit l'action en justice, il est quelque peu illusoire d'affirmer qu'il n'a en vue que la sanction d'une violation de la légalité.

En reprenant l'exemple de la nullité du mariage, l'approche proposée par Hébraud est séduisante, qui considère que la vocation normale de l'action « *réside dans la protection des intérêts concrets et non de la légalité abstraite* »¹⁶³. *Prima facie* cela est évident : l'époux qui agit en nullité a en vue la protection de son intérêt propre. Toutefois, la règle de droit protège-t-elle les seuls individus ou la société entière ? Sans prétendre trancher la question de la nature contractuelle ou institutionnelle du mariage, il semble clair que les conditions de formation du mariage ont pour but d'empêcher la célébration d'unions contraires au vœu de la loi et ce, quels que soient les titulaires de l'action, lesquels doivent être considérés comme des instruments au service de l'intérêt social protégé par la norme juridique. Par ailleurs, l'action en nullité du mariage protège un statut légal et non une relation juridique purement privée. Il suffit, pour s'en convaincre, de constater que le consentement exigé par l'article 146 du Code civil n'a jamais été abandonné au seul vouloir des conjoints qui seraient libres d'y placer ce qu'ils veulent et qui ne correspondrait à aucun *affectio matrimonii ni mutuum adjutorum*¹⁶⁴.

37. Motulsky estime par ailleurs « *qu'il est essentiel de bien distinguer le concept philosophique et le concept proprement juridique du droit subjectif* »¹⁶⁵ et qu'une revendication ne quitte le champ de la philosophie pour entrer dans celui du droit qu'à partir du moment où elle est consacrée par la règle de droit, assertion qui ne saurait être assimilée au positivisme légaliste puisque, selon lui, l'origine et le processus de constitution de la règle de droit ne sont pas déterminants. En outre, « *l'idée de vouloir considérer l'action comme le droit substantiel en mouvement est nécessairement inexacte ; car la règle de Droit qui confère le droit subjectif substantiel ne dit rien sur la situation processuelle ; et comme, dans mon système, le droit subjectif ne peut exister que grâce à l'impératif d'une règle de Droit, il s'ensuit inéluctablement que l'action, qui postule une règle de Droit différente de celle qui consacre le droit substantiel, ne peut pas être un simple avatar de ce*

162 Cité par H. Motulsky, *op. cit.*, p. 88

163 P. Hébraud, RTD civ. 1954, p. 344

164 V. par ex. Versailles, 8 juillet 2005, D. 2006, p. 772, note Bonnet

165 H. Motulsky, *loc. cit.*

dernier »¹⁶⁶.

Pour ce qui est de la nature de l'action en justice, revenons à la définition justinienne évoquée ci-dessus : « *Actio autem nihil aliud est, quam jus persequendi in iudicio, quod sibi debetur* ». La liaison est ici encore trop étroite entre l'action en justice et le droit qu'elle protège. La doctrine allemande connaissait une exagération encore plus grande avec la théorie du *Rechtsschutzanspruch* qui voyait franchement dans l'action le droit à un jugement favorable¹⁶⁷. Le départ qu'il convient d'opérer entre l'action en justice et le droit qu'elle protège ne signifie aucunement que l'un puisse ou doive exister sans l'autre mais plutôt que l'action se détache du droit substantiel parce que le droit d'agir est parfaitement indépendant du succès de l'action. « *L'action, d'après ce qui vient d'être dit, n'est ni la simple latitude de saisir les autorités juridictionnelles, ni l'acte qui entraîne leur fonctionnement, ni la garantie d'obtenir un jugement favorable ; ce n'est, en d'autres termes, ni l'accès aux tribunaux, ni la demande en justice, ni la consécration effective d'une situation juridique. La solution s'impose ainsi par élimination : il ne peut s'agir que de la faculté d'obtenir d'un juge une décision sur le fond de la prétention à lui soumise.* »¹⁶⁸ Ces considérations conduisent donc logiquement à distinguer l'action en justice de la demande en justice. La première existe ou n'existe pas, la seconde est recevable ou irrecevable.

Il faut donc considérer que l'action n'est pas un droit subjectif mais une faculté légale¹⁶⁹. Le particulier ne peut que déclencher une compétence légale, donc le pouvoir d'agir en justice présente un caractère nettement objectif. Motulsky ne partage pas cet avis car il considère que l'action en justice est un droit subjectif processuel dont le sujet passif serait le juge. En tout état de cause, l'action en justice demeure un droit au service du droit substantiel. On comprend donc que l'instance demeure au service du litige et que les règles d'organisation de la première instance et de l'instance d'appel doivent concilier et le fonctionnement correct du service public de la justice et la juste protection des droits des parties.

SECTION II : L'EXISTENCE D'UNE PREMIÈRE INSTANCE

38. L'affirmation a l'allure d'un truisme : pour faire appel, il faut nécessairement un premier jugement. Cette vérité est sous-entendue par l'article 543 du Code de procédure civile, aux termes

166 *Ibid.*

167 V. par ex. J. Binder, *Prozeß und Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*, Leipzig, 1927

168 H. Motulsky, *loc. cit.*

169 V. cependant L. Cadiet et Ph. Le Tourneau qui soulignent « *la double nature de l'action en justice, qui est tout à la fois droit subjectif et liberté publique* », *Rép. Dalloz dr. civ.*, « Abus de droit », n° 131

duquel « *la voie de l'appel est ouverte en toutes matières, même gracieuses, contre les jugements de première instance s'il n'en est autrement disposé* ». Le jugement de première instance, et en particulier sa qualification procédurale, n'est donc pas dépourvu d'importance au regard de l'appel. Il a en effet des incidences sur l'instance d'appel et conditionne le droit d'appel lui-même. Avant même d'aborder les conditions de recevabilité de l'appel, il faut voir dans le jugement de première instance une première « porte » à franchir pour accéder à la juridiction supérieure qui pourra être, suivant les cas, la cour d'appel ou la Cour de cassation. La possibilité d'appeler est donc conditionnée en tout premier lieu par la décision judiciaire elle-même que le plaideur insatisfait entend contester : elle doit être susceptible d'appel (§ 1) et trancher le fond du litige (§ 2).

§ 1. L'existence d'un jugement susceptible d'appel

39. Pour qu'un jugement soit susceptible d'appel, cette voie de recours doit être organisée par la loi, ce qu'elle ne fait pas toujours (A). Plus rarement, c'est la volonté des parties, et plus précisément leurs choix procéduraux, qui a pour conséquence de fermer l'appel (B).

A. L'ouverture d'une voie de recours par la loi

40. En principe, tous les jugements sont susceptibles d'appel, conformément à une jurisprudence constante de la Cour de cassation et des cours d'appel¹⁷⁰. Gardons-nous toutefois d'oublier l'aphorisme *Nulla regula sine exceptione*. En tout premier lieu, s'applique la règle *Specialia generalibus derogant* contenue dans l'article 543 précité. La règle spéciale supprimant le droit d'appel la plus connue et la plus évidente est sans doute celle qui ne laisse ouvertes que des voies de recours extraordinaires – la plupart du temps, le pourvoi en cassation – contre des décisions se prononçant sur des demandes dont la valeur, sans être forcément modique, n'excède pas une certaine somme, communément appelée taux de ressort. On pourrait formuler deux critiques à l'encontre de cette réalité : d'une part, la règle *De minimis non curat lex* apparaît comme trop fortement teintée d'une lecture économique du procès ; d'autre part, indépendamment du chiffrage modeste de la demande en justice, un plaideur peut trouver un intérêt dans une juste solution de son litige. Il est vrai toutefois que tous les recours ne sont pas fermés, et sans doute l'ouverture du pourvoi en cassation est-elle de nature à atténuer les griefs pouvant être portés contre cette règle, mais cette voie de recours est incomplète et surdimensionnée pour les petits litiges et se substitue

¹⁷⁰ Cass. civ., 12 février 1923, DP 1924, I, p. 19 – Cass. civ. 1, 4 janvier 1958, D. 1958, p. 129 – Rouen, 2 mai 1973, Gaz. Pal. 1973, II, 947

mal à un réexamen en fait et en droit.

Il apparaît en définitive que le législateur estime inopportun de réserver le double degré de juridiction à des litiges qu'il juge négligeables, bien qu'en certains domaines il ne soumette l'appel à aucun taux de ressort. C'est le cas, sans se livrer à une énumération exhaustive, des jugements du tribunal de grande instance en matière de droit d'enregistrement, de taxe de publicité foncière ou de droit de timbre¹⁷¹. Le problème se présentait surtout dans le calcul du taux de ressort. Alors que le taux permettant de faire appel est aujourd'hui fixé à 4 000 euros pour l'ensemble des juridictions de première instance, le conseil de prud'hommes devait, avant la loi du 9 décembre 2004¹⁷², réviser annuellement son taux de ressort¹⁷³. Il était en réalité très étrange de voir le droit d'appel dépendre non pas de la juridiction de première instance mais de chaque espèce. Si cette simplification par des critères plus objectifs doit être saluée, « *elle pourrait ne pas durer éternellement, compte tenu de la propension des pouvoirs publics à modifier le droit par petites touches sans se soucier de sa cohérence générale* »¹⁷⁴.

41. En d'autres cas, ce n'est pas en raison de la faible importance du litige que l'appel est fermé mais, au contraire, dans un souci de règlement efficace et rapide d'une situation qui, en raison de son urgence et de sa complexité, pâtirait de l'exercice de voies de recours, qui serait de nature à compromettre une saine solution du problème. L'exemple topique se trouve dans les procédures collectives, où les voies de recours sont soumises à un régime restrictif « *afin de limiter le risque d'enlisement de procédures complexes, qui n'ont que trop tendance à traîner en longueur et qui, inéluctablement, font beaucoup de mécontents* »¹⁷⁵. Suite aux diverses réformes opérées en grande partie par les lois du 25 janvier 1985¹⁷⁶ et du 26 juillet 2005¹⁷⁷, l'appel y est considérablement réduit – il peut être réservé à certains cas précis ou n'être ouvert qu'à certaines personnes déterminées – lorsqu'il n'est pas purement et simplement supprimé. Dans ce dernier cas, une jurisprudence *contra legem* de la Cour de cassation fait largement usage de l'appel-nullité prétorien pour rouvrir une porte que la loi avait condamnée¹⁷⁸. Un exposé détaillé des voies de recours en matière de droit des entreprises en difficulté n'entre pas dans le cadre de la présente étude, mais nous pourrions citer à titre d'exemple l'article L. 661-4 du Code de commerce qui rend insusceptibles de tout recours les

171 Livre des procédures fiscales, art. R*202-2 et art. L. 279 A

172 Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, art. 58

173 C. trav., anc. art. L. 511-1 al. 6

174 J. Héron et T. Le Bars, *op. cit.*, pp. 572-573, n° 722

175 F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 2014, 10^{ème} éd., p. 250, n° 541

176 Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises

177 Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises

178 V. Paris, 8 juillet 1987, D. 1988, p. 11, concl. Sauvel – Cass. com., 3 mars et 12 mai 1992, D. 1992, jurispr., p. 345, note Bolard

jugements ou ordonnances relatifs à la nomination ou au remplacement du juge-commissaire, et l'article L. 661-6, I, 1° du même Code qui réserve au seul ministère public l'appel des jugements ou ordonnances relatifs à la nomination ou au remplacement de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan, du liquidateur, des contrôleurs, du ou des experts et l'appel des jugements statuant sur la durée de la période d'observation, sur la poursuite ou la cessation de l'activité. Certains plaideurs ingénieux avaient essayé de contourner l'interdiction par le mécanisme de l'intervention volontaire, subterfuge refusé par la Chambre commerciale¹⁷⁹.

B. La fermeture de l'appel résultant de la volonté des parties

42. La possibilité ou l'impossibilité d'appeler peut également être motivée par la volonté – explicite ou supposée – de la partie elle-même. La jurisprudence estime que le contrat judiciaire homologué par le juge implique une renonciation à l'appel¹⁸⁰. Le litige, en effet, n'a pas été vidé par un acte juridictionnel mais bien par un acte de volonté dont on ne peut faire appel. C'est le cas, par exemple, en matière d'expulsion : la partie s'est engagée à quitter les lieux et cet engagement a été homologué par le juge des référés. Or, le juge sert à ici à constater un accord et non à trancher un différend. Il apparaît alors pertinent de s'interroger sur la nature de l'acte juridictionnel et de cerner les conditions susceptibles d'ouvrir ou de fermer la voie de l'appel. En d'autres termes, le critère organique, s'il est nécessaire, est-il suffisant ? Est-il souhaitable de conférer à la volonté des parties au procès un tel rôle ? La limite devient fragile entre l'office du juge et le rôle des parties, et même s'il semble de bon sens de ne pas autoriser l'appel d'une décision judiciaire prenant acte d'un accord, est-ce de bonne justice ? La solution, sans doute, se justifie du point de vue des règles de droit « de fond » étant donné le caractère affirmé de l'autonomie de la volonté dans les relations contractuelles du droit civil français. Au regard des règles de droit processuel, elle semble contredire la disposition de l'art 543 du Code de procédure civile¹⁸¹. De plus, aucun des textes relatifs à l'homologation judiciaire¹⁸² n'exprime un souhait, même voilé, du législateur de fermer la voie de l'appel. On objectera toutefois que dans une telle configuration, l'appel prendrait la forme d'une rétractation de sa propre volonté et que la condition d'intérêt ferait défaut en raison de l'absence de succombance, d'un côté comme de l'autre.

Cette vision de l'appel comme rétractation d'un acte de volonté avait pourtant été admise, antérieurement à la loi du 26 mai 2004 portant réforme du divorce. La Cour de cassation avait estimé que l'appel était possible dans le seul but de rétracter son aveu, sans qu'il soit nécessaire de

179 Cass. com., 26 avril 1994, Rev. proc. coll. 1994, p. 197, n° 29, obs. Soinne ; D. 1994, p. 542, note Derrida

180 Cass. civ. 2, 11 juillet 1978, n° 77-13.610 ; JCP G 1978, IV, 294

181 C.P.C., art. 543 : « *La voie de l'appel est ouverte en toutes matières, même gracieuses, contre les jugements de première instance s'il n'en est autrement disposé.* »

182 V. par ex. C.P.C., art. 131 et 131-12

prouver un vice du consentement¹⁸³. La nouvelle rédaction de l'article 233 du Code civil a mis fin à cette faculté.

43. L'instance d'appel et le droit d'appel lui-même sont conditionnés par la décision de première instance. Précisons cependant que le critère retenu est intrinsèque et non pas extrinsèque à ce jugement. Plus clairement, c'est l'essence et non l'apparence de la décision qui compte. Ainsi, l'indication à tort de la faculté de relever appel est sans incidence sur l'absence de ce droit¹⁸⁴ et la cour d'appel n'est pas tenue par la qualification erronée de jugement rendu en dernier ressort¹⁸⁵. De même, une signification tardive ne fait pas courir un nouveau délai d'appel¹⁸⁶.

Plus problématique est le cas du jugement par défaut ou du jugement réputé contradictoire au seul motif qu'il est susceptible d'appel. Lorsqu'il n'a pas été notifié dans le délai de six mois, l'article 478 du Code de procédure civile le déclare non avenu et la jurisprudence en déduit qu'il ne peut faire l'objet d'un appel¹⁸⁷. La solution est justifiée par l'absence d'intérêt pour la partie condamnée à relever appel : le jugement étant non avenu, il n'est ni possible ni utile de poursuivre sa réformation. Le terme « non avenu » – qui n'est pas défini par le Code de procédure civile – a cependant suscité de nombreuses controverses doctrinales¹⁸⁸. La cour d'appel de Dijon l'a qualifié d'inexistant¹⁸⁹. Si les conséquences ne varient pas quant aux voies de recours, cette affirmation nous semble inexacte, l'inexistence devant désigner le « jugement » dépourvu de toute légitimité organique (il n'a pas été rendu par un vrai juge) ou formelle (il n'a pas l'apparence d'une décision judiciaire).

44. Enfin, se pose le problème de l'appel des décisions arbitrales, en raison du caractère particulier de ce type de contentieux. « *L'appel d'une sentence arbitrale réintroduit en effet l'affaire dans le circuit judiciaire habituel, fait disparaître la confidentialité et ralentit le processus de règlement du litige.* »¹⁹⁰ Mais surtout, est-il vraiment cohérent de l'admettre alors que les parties elles-mêmes avaient fait le choix d'un juge privé ? On pourrait se questionner longuement sur le

183 Cass. civ. 2, 16 juillet 1987, D. 1987, p. 582

184 Rouen, 28 février 1996, BICC, 1^{er} juillet 1996, n° 725 – Paris, ord. 19 octobre 1995, Bull. avoués 1996, n° 137, p. 3. – Paris, ord. 6 février 1996, Bull. avoués 1996, n° 137, p. 4

185 Cass. civ. 2, 17 octobre 1984, Gaz. Pal. 1987, pan. 53, obs. Guinchard – Cass. civ. 2, 3 juin 1999, D. 1999, inf. rap., p. 175 ; Procédures 1999, n° 226, comm. Perrot ; RTD civ. 1999, p. 702, obs. Perrot – Cass. com., 26 avril 1988, JCP 1988, IV, 227 – Cass. soc., 19 mars 1999, Gaz. Pal., 21 décembre 1999

186 Cass. civ. 2, 14 octobre 1999, Procédures 1999, comm. 265, obs. Perrot

187 Bordeaux, 18 mars 1996, BICC, 15 juillet 1996, n° 798 – Cass. civ. 2, 11 octobre 1995, Bull. civ. II, n° 232

188 V. P. Julien, D. 1987, somm., p. 230, obs. sous Paris, 16 mai 1986 – R. Perrot, RTD civ. 1977, p. 620, obs. sous Paris, 13 novembre 1976 – P. Julien, D. 1980, inf. rap., p. 374, obs. sous Paris, 25 septembre 1980 – Cass. civ. 2, 22 novembre 2001, Dr. et proc. 2002, p. 163, obs. Douchy-Oudot

189 Dijon, 18 janvier 1980, JCP G 1980, II, 19460 ; RTD civ. 1981, p. 214, obs. Perrot

190 Ph. Gerbay et V. Parenty Baut, « Appel. Jugements susceptibles d'appel », *Juriscl. proc. civ.*, Fasc. 712, n° 5

statut procédural et organique de ce juge. Au regard de l'organisation judiciaire prise dans sa globalité, fait défaut la hiérarchie permettant à la cour d'appel de remplir utilement son office. En partant du constat que la Cour de cassation admet la renonciation à l'appel d'une décision arbitrale avant la naissance du litige¹⁹¹, faut-il considérer que, selon elle, il ne s'agit pas d'un acte juridictionnel et que, par conséquent, la renonciation à l'appel ne viole pas l'art 557 du Code de procédure civile¹⁹² ? Ce serait pourtant méconnaître l'article 1484 aux termes duquel « *la sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche* ». En réalité, l'appel de la sentence arbitrale fait figure d'exception, la règle posée par l'article 1489 étant l'impossibilité d'appeler sauf volonté contraire des parties. L'appel étant peu adapté à la physionomie de l'arbitrage, il est normal que l'article 1491 du Code de procédure civile ne le traite que comme une exception laissée à la discrétion des parties, pour lui préférer le recours en annulation et en faire la voie de recours ordinaire de la sentence arbitrale, contre laquelle toute stipulation contraire serait réputée non écrite.

§ 2. *L'existence d'un jugement au fond*

45. L'appel permet de contester un jugement, d'où il suit qu'il ne peut être exercé lorsque la décision du juge ne répond pas à cette qualification. Tel est le cas des mesures dont l'unique vocation est d'assurer le bon déroulement du procès (A) ou de contribuer à sa solution sans la réaliser directement (B).

A. Les mesures d'administration judiciaire

46. En principe, tous les jugements sont susceptibles d'un appel ou, au moins, d'un recours. Il faut se garder de croire cependant que le terme jugement renvoie de façon indifférenciée à une activité judiciaire quelconque. Le terme en question pose lui-même des difficultés d'ordre sémantique. Certaines décisions judiciaires de nature déclarative sont en effet improprement qualifiées par les textes de jugements sans qu'elles tranchent aucune contestation. C'est le cas des jugements d'adjudication de saisie immobilière et des jugements de donné-acte¹⁹³, qui n'ont de jugement que le nom.

Par jugement on doit donc comprendre l'acte juridictionnel qui, « *tranchant une*

191 Cass. civ. 2, 5 octobre 1977, n° 76-11.059, JCP G 1978, II, 18905, note Robert

192 C.P.C., art. 557 : « *La renonciation à l'appel ne peut être antérieure à la naissance du litige.* »

193 V. par ex. Paris, 24 septembre 1960, D. 1961, somm., p. 13 – Cass. civ. 2, 14 avril 1988, n° 86-16.988, Gaz. Pal. 1988, II, somm., p. 491. – Cass. civ. 1, 8 juin 2004, n° 02-16.082

contestation, a relativement à celle-ci l'autorité de la chose jugée »¹⁹⁴. Le critère organique est nécessaire mais insuffisant, il faut encore que lui soit associé un critère intrinsèque permettant de discriminer les décisions de justice susceptibles d'un appel de celles qui ne tolèrent aucune remise en question. On retrouve ici la distinction subtile entre la *jurisdictio* et l'*imperium* du droit romain. La *jurisdictio*, qui est au cœur même de la fonction judiciaire et en constitue, en quelque sorte, la raison d'être, consiste dans la réponse en droit à un problème de fait. Ce devoir – appelé office du juge – est civilement et pénalement sanctionné¹⁹⁵. L'*imperium*, quant à lui, se distingue par un caractère moins juridictionnel qu'administratif : il s'agit du pouvoir du juge, pouvoir qui n'est cependant que le corollaire du devoir précédemment évoqué. L'idée de cet équilibre délicat apparaît en filigrane dans l'article 3 du Code de procédure civile : « *Le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires* ».

47. Parmi les mesures qui ne sauraient en aucun cas être assimilées à un jugement se trouvent les mesures dites d'administration judiciaire¹⁹⁶, en raison précisément de leur absence de caractère juridictionnel, parce qu'elles ne permettent pas de déterminer l'issue – même probable – du procès et parce qu'elles n'affectent pas les droits et obligations des parties¹⁹⁷. L'article 499 du Code de procédure civile les exclut explicitement des dispositions du titre XIV relatif au jugement, tandis que l'article 537 dispose qu'elles ne sont sujettes à aucun recours. Certaines d'entre elles ne concernent, à proprement parler, que la bonne administration de la justice et n'ont pas d'incidence irréversible sur la solution du litige : le retrait ou la radiation du rôle¹⁹⁸, dans certains cas la clôture de l'instruction¹⁹⁹, la délégation par le premier président du tribunal de grande instance à un ou plusieurs magistrats de tout ou partie des pouvoirs à lui dévolus²⁰⁰, l'autorisation donnée au conseil de famille de se réunir pour délibérer²⁰¹, l'ordonnance par laquelle un président de chambre fixe la

194 G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd., PUF, 2016, p. 587, « jugement »

195 C. civ., art. 4 – C. pén., art. 434-7-1

196 V. G. Couchez et X. Lagarde, *Procédure civile*, Paris, Sirey, 17^{ème} éd., 2014, p. 234, n° 217 – M. Degoffe et E. Jeuland, « Les mesures d'administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », in *Justice et droits fondamentaux : études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 141 – J. Théron, « Mesure d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification », D. 2010, p. 2246

197 Cass. soc., 24 mai 1995, Bull. civ. V, n° 168

198 C.P.C., art. 383 – Cass. civ. 2, 18 juin 2009, n° 08-15.424, D. 2009, p. 349, obs. Douchy-Oudot ; RTD civ. 2009, p. 574, obs. (crit.) Perrot – Cass. civ. 2, 22 octobre 2009, n° 08-19.635 : « *Mais attendu qu'une décision de radiation du rôle, mesure d'administration judiciaire dépourvue de caractère juridictionnel, et qui n'a pas d'incidence sur le lien juridique d'instance, n'est pas susceptible de recours et ne peut être déférée à la cour d'appel.* » – La note critique de M. Perrot est fort pertinente lorsque, tout en considérant le raisonnement exégétique impeccable, il regrette le manque de prise en compte par la Cour de cassation des conséquences de cette mesure d'administration judiciaire. Le juge qui ordonne la radiation devrait au préalable évaluer si la partie perdante ne s'est pas heurtée à une impossibilité d'exécution.

199 C.P.C., art. 782

200 C.P.C., art. 820

201 C.P.C., art. 1237 et C. civ., art. 457

date de l'audience dans le cadre d'un jour fixe²⁰², la décision de réouverture des débats²⁰³, le renvoi de l'affaire par le magistrat chargé de la mise en état devant la formation de jugement pour qu'il soit statué sur la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité...²⁰⁴ Dans les cas sus-évoqués, le lien d'instance est sauf. Aussi la jurisprudence leur ferme-t-elle, avec raison selon nous, le recours de l'appel-nullité, y compris en cas d'excès de pouvoir²⁰⁵.

La qualification de mesure d'administration judiciaire attribuée à d'autres décisions est en revanche plus contestable, parce qu'elles auront quelquefois des conséquences sur la physionomie du litige et de l'instance, quand elles ne préjugent pas simplement ou ne tranchent pas au moins en partie le fond de l'affaire. Ainsi, l'impossibilité d'en appeler, si elle se justifie au regard de la *bonne administration de la justice*, se révèle discutable au regard de la *bonne justice*, pour reprendre la distinction opportunément proposée par Madame Fricero²⁰⁶. Le plaideur ne pourra donc pas s'opposer à une décision qui, selon lui, serait de nature à ne pas revêtir la situation de droit substantiel d'une enveloppe processuelle apte à en offrir un règlement harmonieux. De cette façon, lors de l'instance d'appel, le procès se poursuivra, toujours aux yeux du justiciable, dans le prolongement et sur le fondement d'une première instance *ab initio* défectueuse quant à ses contours procéduraux.

48. Si l'on veut se pencher sur l'essence même de l'instance, il suffira de donner l'exemple de la jonction ou de la disjonction d'instance²⁰⁷ : n'y a-t-il pas quelquefois un intérêt substantiel à voir juger ensemble ou séparément plusieurs contestations ? Le souci de bonne administration de la justice devrait céder devant celui de bonne justice, car il n'est pas souhaitable – ni même moral – de léser les droits du justiciable sous prétexte d'un fonctionnement à moindre coût du service public de la justice. À cet exemple, et avec les mêmes constatations, pourrait s'ajouter celui de la connexité entre diverses formations d'une même juridiction²⁰⁸. Si la décision du président de la juridiction se justifie amplement par la nécessité d'éviter une contrariété de jugement – argument sous-entendu par la référence à la bonne justice de l'article 101 du Code de procédure civile – l'absence de tout recours apparaît disproportionnée au regard du but poursuivi. Le régime procédural de la connexité s'explique sans doute par son assimilation avec la litispendance. Assimilation hasardeuse, car la

202 Cass. civ. 2, 22 juin 1988, JCP G 1988, IV, 306

203 Cass. civ. 2, 13 janvier 1967, Bull. civ. II, n° 20

204 C.P.C., art. 126-3 al. 2

205 Cass. civ. 2, 23 novembre 2006, n° 05-16.135

206 N. Fricero, « Double degré de juridiction : de la “bonne justice” à la “bonne administration de la justice” », Justice et cassation 2013, Rev. des avocats à la C. cass. et au C.E., p. 67

207 C.P.C., art. 367 et 368 – Pour une illustration, V. Cass. civ. 2, 6 avril 2006, n° 04-16.961 – Cass. civ. 1, 21 octobre 2004, n° 02-15.758 et 02-15.759 – Cass. civ. 1, 31 mai 1978, Bull. civ. I, n° 211 – Agen, 11^{ème} ch., 20 novembre 2002, n° 01/01048, Juris-Data n° 199902

208 C.P.C., art. 107

ressemblance n'est pas l'identité : ces deux exceptions, si elles sont très semblables, n'en constituent pas moins deux phénomènes bien distincts. Au reste, la litispendance, inadmissible par nature, est toujours appelée à disparaître, contrairement à la connexité.

Une illustration encore plus douteuse nous est donnée par un arrêt de la troisième Chambre civile, selon lequel la décision enjoignant la défenderesse de produire certains documents et ordonnant le sursis à statuer constitue un acte d'administration judiciaire insusceptible de recours²⁰⁹. Si cette jurisprudence confine à une violation des droits de la défense – notamment du principe *Nemo contra se edere tenetur* – elle invite à s'interroger sur la fin qu'elle poursuit. On ne voit pas très bien en quoi la production forcée de certains documents ne présenterait qu'une utilité procédurale dépourvue de conséquences sur le règlement du litige au fond. La frontière est quelquefois ténue entre les actes d'administration judiciaire et les actes juridictionnels, d'autant plus que la qualification octroyée se déduit parfois d'une interprétation tendancieuse du Code de procédure civile lorsqu'elle n'est pas purement et simplement prétorienne.

B. Les mesures concourant à la solution du litige

49. La question s'est posée en pratique de savoir comment concilier les articles 150 et 490 du Code de procédure civile dans le cas des ordonnances de référé prescrivant une mesure d'instruction. L'article 150 dispose en effet que la décision qui ordonne une mesure d'instruction indépendamment du jugement sur le fond ne peut être frappée d'appel que dans les cas spécifiés par la loi, tandis que l'article 490 autorise l'appel à l'encontre d'une ordonnance de référé. En définitive, l'article 150 vise-t-il l'article 490 ? Si oui, cela ne revient-il pas à priver de toute portée le premier de ces deux textes ? La jurisprudence de la Cour de cassation a apporté la réponse suivante : l'article 150 n'est applicable que si le juge reste saisi d'une demande distincte de la mesure d'instruction ordonnée. Ce n'est pas le cas lorsque le juge des référés a épuisé sa saisine en prescrivant avant tout procès et en vertu de l'article 145 les mesures destinées à établir la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution du litige²¹⁰. On voit ici que la Cour de cassation opère une nette césure entre le fond et la procédure, faisant dépendre de cette distinction le critère déterminant la possibilité de former un appel. Il y a là un certain paradoxe : le juge saisi doit à la fois rester compétent au fond et ordonner une mesure indépendante du fond.

La qualification du jugement peut cependant varier, et de cette qualification découlera la possibilité de relever appel immédiatement ou de façon différée. Ainsi, le jugement avant dire droit

209 Cass. civ. 3, 2 octobre 1984, Bull. civ. III, n° 157, RTD civ. 1985, p. 618, obs. Perrot

210 Cass. mixte, 7 mai 1982 (trois arrêts), n° 79-11.814, n° 79-12.006, n° 79-11.974, Gaz. Pal. 1982, I, p. 571, note Viatte ; D. 1982, p. 541 ; RTD civ. 1982, p. 788, obs. Perrot

n'a-t-il pas autorité de la chose jugée au principal et ne dessaisit pas le juge²¹¹. Pour cette raison, ce jugement n'est pas susceptible d'un recours immédiat et ne peut être frappé d'appel indépendamment des jugements sur le fond²¹², l'irrecevabilité de l'appel étant une fin de non-recevoir d'ordre public que le juge doit relever d'office, aux termes de l'article 125 du Code de procédure civile²¹³.

50. La mise en œuvre de l'article 545 du Code de procédure civile a soulevé de nombreuses difficultés d'application, sans doute parce qu'à la lecture du jugement il n'est pas toujours évident de déterminer si la décision se borne à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire (pour lesquelles l'appel n'aura lieu qu'au moment de contester le jugement au fond), ou si au contraire elle tranche une partie du principal avec autorité de chose jugée (l'appel devenant alors immédiatement possible). À cela s'ajoutent les fluctuations de la jurisprudence et les contradictions flagrantes entre les positions des différentes chambres de la Cour de cassation. Ainsi, la troisième Chambre civile avait-elle décidé que le jugement qui condamne un défendeur au paiement d'une provision et ordonne une expertise ne tranche pas une partie du principal et n'est donc pas susceptible d'appel immédiat²¹⁴. Un an plus tard, la première Chambre civile avait affirmé exactement le contraire²¹⁵, suivie par la deuxième Chambre civile²¹⁶. Pendant pas moins de cinq années, ces doctrines contradictoires avaient coexisté tant bien que mal, jusqu'à ce qu'une Chambre mixte vienne trancher ce différend en adoptant la solution retenue par la troisième Chambre civile²¹⁷. Cette jurisprudence a depuis lors été réaffirmée²¹⁸ par la Cour de cassation, tandis que la cour d'appel de Colmar a estimé qu'elle ne privait pas l'appelant du droit à un procès équitable au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme²¹⁹.

Ce jugement qui tranche une partie du principal avec autorité de la chose jugée est appelé jugement mixte ; il se situe à mi-chemin entre le jugement avant dire droit et le jugement sur le fond. L'article 544 du Code de procédure civile autorise leur appel immédiat, faisant ainsi naître une instance d'appel au sein de la première instance, et c'est « *parce que celle-ci est toujours en cours*

211 C.P.C., art. 482 et 483

212 C.P.C., art. 545

213 Cass. civ. 2, 7 octobre 1981, n° 80-12.240, Bull. civ. II, n° 178, RTD civ. 1982, p. 472, obs. Perrot. – Cass. com., 2 octobre 1984, n° 82-15.844, Bull. civ. IV, n° 207, JCP G 1984, IV, 333 ; RTD civ. 1985, p. 215, obs. Perrot. – Cass. civ. 3, 15 janvier 1985, n° 83-16.164, Bull. civ. III, n° 10, JCP G 1985, IV, 117 ; Gaz. Pal. 1985, pan., p. 146, obs. Croze et Morel. – Cass. mixte, 25 octobre 2004, n° 03-14.219, Bull. civ. ch. mixte, n° 3, Procédures 2004, comm. 251, obs. Perrot ; RTD civ. 2005, p. 187, obs. Perrot ; D. 2005, p. 757, obs. Serinet ; Dr. et patr. 2005, n° 144, p. 102, obs. Amrani-Mekki

214 Cass. civ. 3, 7 octobre 1998, n° 96-20.404, Procédures 1998, comm. 258, obs. Perrot

215 Cass. civ. 1, 19 octobre 1999, n° 97-11.988, Procédures 2000, comm. 31, obs. Perrot

216 Cass. civ. 2, 27 juin 2002, n° 00-19.826, Procédures 2002, comm. 185, obs. Perrot ; D. 2002, p. 2428, note Julien

217 Cass. mixte, 25 octobre 2004, n° 03-14.219, précit.

218 Cass. civ. 3, 31 octobre 2006, BICC n° 655, 15 février 2007, n° 245 ; D. 2006, inf. rap., p. 2946

219 Colmar, 31 octobre 2006, Juris-Data n° 329182

que l'instance d'appel apparaît comme une parenthèse s'ouvrant à l'intérieur de la première et s'incorporant en quelque sorte à elle »²²⁰. Ces jugements, en effet, ont une incidence sur l'issue du procès, en ce qu'ils ne se contentent pas de concourir à la recherche de la vérité judiciaire mais qu'ils se fondent sur le postulat que certaines données de fait ou de droit doivent être admises et considérées comme vraies.

51. Un arrêt de la Cour de cassation en date de 1935 illustre cette constatation²²¹. Il s'agissait du cas d'une demanderesse à une instance en divorce devant le tribunal civil de Pontoise, ayant obtenu une ordonnance de référé chargeant des médecins d'évaluer le préjudice qu'elle prétendait avoir subi du fait de la contamination d'une maladie vénérienne reçue de son époux. La Cour de cassation, se prononçant sur la question de savoir s'il était loisible à la cour d'appel de Paris de statuer par voie d'évocation plutôt qu'en vertu de l'effet dévolutif, avait estimé que la nomination des médecins tranchait irrévocablement le fond : non pas leur désignation *per se* mais plutôt la mission assignée aux experts. Il s'agissait, en effet, pour eux d'évaluer le quantum du préjudice subi et non d'en établir l'existence ou d'en chercher la cause. L'opinion du juge était donc faite quant à l'existence de la faute du défendeur et aux conséquences en découlant. La situation eût été toute autre si les médecins avaient eu pour mission de vérifier empiriquement la vérité des allégations de la demanderesse : nous aurions été en présence d'un jugement interlocutoire²²². Au contraire, « *une pareille décision juge le fond d'une manière irrévocable, en ce qu'elle tranche une difficulté fondamentale du procès. Le tribunal ne préjuge pas, il juge. Il dit le droit et fait application de la cause juridique à son objet. La difficulté qui reste encore à résoudre n'est plus, en réalité, que secondaire. Elle n'est qu'une question de mesure, d'évaluation ; ce qui faisait le fond même du débat est aplani* »²²³.

52. Avec une intensité moindre, certaines décisions prescrivent des mesures d'expertise dont le résultat aura un impact décisif sur la solution juridique du litige mais qui, sans se fonder sur un postulat de départ, procèdent d'un doute ou d'une « intuition » du juge, sans que l'on puisse pour autant établir si sa volonté diffère en degré ou en nature de la situation précédemment évoquée. La jurisprudence, ici encore, varie d'une juridiction à l'autre et entre les chambres de la Cour de cassation.

Ainsi, le jugement se bornant à admettre l'existence de présomptions graves de paternité

220 P. Raynaud, note sous Cass. plén., 3 avril 1962, précit., JCP 1962, II, 12744

221 Cass. civ., 7 mai 1935, DP 1935, I, 78

222 Ancienne terminologie utilisée pour désigner le jugement avant dire droit.

223 G. Ameilhaud, *op. cit.*, p. 185

rendant l'action en recherche de paternité recevable et à ordonner une expertise ne peut faire l'objet d'un appel immédiat²²⁴, tandis que le jugement qui, dans la procédure spéciale de rescision d'une vente immobilière pour cause de lésion déclare que les faits articulés sont assez vraisemblables et assez graves pour faire présumer la lésion, tranche une partie du principal et, par conséquent, est susceptible d'appel²²⁵. En définitive, où se trouve la logique ? En quoi la constatation de faits qui semblent graves et vraisemblables tranche-t-elle une partie du principal ? Si l'on voulait prendre un élément de comparaison tiré du contentieux répressif, il va de soi que ne viole pas la présomption d'innocence l'article 80-1 du Code de procédure pénale aux termes duquel « *le juge d'instruction ne peut mettre en examen que les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il est saisi* ».

53. Les deux espèces précitées soulevaient la question suivante : la décision ordonnant une expertise tranche-t-elle une partie du principal au sens de l'article 544 du Code de procédure civile, dans la mesure où elle admet sans ambiguïté la recevabilité de l'action en justice ? Les solutions contradictoires citées à titre d'exemple dans les deux espèces (recherche de paternité et rescision pour lésion) se fondent probablement sur deux conceptions de l'action en justice, dont l'une est erronée. La recevabilité de l'action en justice est une notion procédurale qui – dans une certaine mesure – doit conserver une saine autonomie par rapport au fond du litige. Concrètement, la recevabilité de l'action n'est conditionnée par les articles 30 à 32 du Code de procédure civile que par le droit d'agir du plaideur, c'est-à-dire la qualité pour agir et l'intérêt pour agir.

La recevabilité se distingue ainsi clairement du bien-fondé qui ne ressortit pas au rôle du demandeur mais à celui du défendeur qui a le droit de le discuter²²⁶ et du juge qui a le devoir de statuer²²⁷. Ainsi, l'office du juge n'est pas le même lorsqu'il déclare l'action recevable et lorsqu'il la déclare bien ou mal fondée. Dans le premier cas, le rôle du magistrat est purement processuel tandis que dans le second, il est amené à se prononcer sur le fond du droit. En faisant appel à un mécanisme connu du droit privé, la possibilité ou la vraisemblance du bien-fondé ne sont qu'une présomption simple, dont il écherra à l'adversaire de rapporter la preuve contraire. En d'autres termes, cette probabilité ne détermine aucunement l'opinion définitive du juge. En outre, on imagine mal comment, dans certaines affaires obscures ou réclamant le secours de sciences non-juridiques, cette opinion pourrait se faire sans le concours d'un expert ; et puisque la recevabilité de

224 Cass. civ. 1, 2 mars 2004, n° 01-11.678

225 Cass. civ. 3, 29 juin 1977, JCP G 1978, II, 18824 ; D. 1978, inf. rap., p. 58

226 C.P.C., art. 30 al. 2

227 C.P.C., art. 30 al. 1^{er}

l'action est une condition nécessaire de l'expertise²²⁸, nous croyons au contraire que la prescription de cette mesure avant toute déclaration relative à la recevabilité entraînerait la constatation inverse, à savoir que cette dernière préjugerait du fond, et devrait donc faire l'objet d'un appel immédiat. Beaucoup plus contestable, en revanche, est la décision déclarant l'action irrecevable et ordonnant une expertise avant dire droit²²⁹. Si l'action est irrecevable, en quoi l'expertise s'avère-t-elle utile ? On constate, en tout état de cause, que la recevabilité de l'action dès la première instance conditionne l'instance d'appel intégrée à celle pendante devant le premier juge.

54. Il n'est pas inutile de s'arrêter sur un cas particulier rencontré souvent en contentieux du divorce et de la séparation de corps. Cela nous permettra, en outre, de préciser que les difficultés juridiques liées aux règles de procédure ne doivent pas être traitées dans la pure abstraction, sans prise en compte des données concrètes de la situation soumise au juge. Comme le fait remarquer Monsieur Gerbay, « *la vraie question est de savoir si les textes de droit commun sont adaptés à des contentieux spécifiques comme celui de la famille* »²³⁰. Ainsi, par exception au principe de l'appel différé, les mesures provisoires évoquées par l'article 254 du Code civil et ordonnées par le juge aux affaires familiales peuvent être frappées d'un appel immédiat. Cette possibilité trouve sa légitimité lorsqu'elle règle – provisoirement – le sort des enfants mineurs. Le droit civil, et notamment le droit du divorce, devraient être mus avant toute chose par « *la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant* »²³¹. La décision confiant à l'un des deux parents la garde de l'enfant mineur peut se révéler lourde de conséquences. Il est de ce fait logique qu'elle fasse l'objet d'un recours immédiat. Pour cette raison, l'interprétation restrictive adoptée par la cour d'appel de Paris sous l'empire de la législation antérieure à l'ordonnance du 4 juillet 2005 supprimant la distinction entre filiation naturelle et filiation légitime²³², était absurde lorsqu'elle considérait que la mesure provisoire relative à la garde et au droit de visite était inapplicable en matière de filiation naturelle²³³. D'un point de vue juridique cette fois-ci, une telle décision, quoiqu'inséparable de rapports humains souvent douloureusement compromis, n'en demeure pas moins provisoire : elle ne présente d'intérêt qu'en raison de la nécessité d'assurer la tranquillité requise au déroulement de l'instance en divorce et prendra fin lorsque le juge statuera au fond,

228 Cass. civ. 2, 10 mars 1977, D. 1977, inf. rap., p. 261 ; RTD civ. 1977, p. 623, obs. Perrot. – V. aussi Cass. civ. 1, 9 mai 1978, Bull. civ. I, n° 177, à propos d'une action aux fins de subsides. – Cass. civ. 2, 12 juin 1991, Bull. civ. II, n° 179, à propos de la recevabilité d'un recours en révision.

229 Paris, 15 janvier 1993, Bull. avoués 1993, n° 130, p. 51

230 Ph. Gerbay, « Recevabilité de l'appel d'un jugement ayant sursis à statuer pour partie », JCP G 2011, p. 710

231 Cass. civ. 1, 18 mai 2005, n° 02-20.613, D. 2005, p. 1909, note Egéa ; JCP 2005, II, 10115, concl. Petit, note Chabert ; Dr. Fam. 2005, comm. 156, note Gouttenoire

232 Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, JO du 6 juillet ; D. 2005, p. 1925

233 Paris, 6 novembre 1986, Gaz. Pal. 1987, I, p. 39 – Dijon, 29 novembre 1988, *Épx T. c/. Épx L.*, n° 1862/88

c'est-à-dire par le prononcé du divorce. Monsieur Gerbay demeure cependant circonspect face à une telle configuration judiciaire et se demande : « *Le provisoire n'est-il pas destiné à perdurer ? Les praticiens du droit de la famille n'ignorent pas la tendance des juges à ne pas modifier une situation acquise* »²³⁴.

55. Au-delà des différences résultant des cas d'espèce, le critère déterminant de la possibilité d'appeler doit être recherché dans l'autorité de chose jugée qui tranche irrévocablement une partie du principal. Par exemple, c'est l'appel qui devra être formé pour contester une ordonnance statuant sur l'incompétence, la litispendance ou la connexité, ladite ordonnance ayant autorité de chose jugée au principal en ce qu'elle statue sur une exception de procédure²³⁵.

Il convient alors d'opérer le départ entre les décisions qui touchent au fond et celles qui n'intéressent que la procédure *stricto sensu*. La distinction n'est guère aisée car les frontières sont parfois ténues. Certes, on comprend aisément que l'ordre émanant du juge de communiquer certaines pièces ne fait que concourir à la recherche de la vérité sans toucher au fond²³⁶, de même que l'astreinte²³⁷ ou l'amende civile²³⁸ n'ont pour objectif que de discipliner les plaideurs récalcitrants. En revanche, lorsque la jurisprudence considère qu'une condamnation à payer des dommages-intérêts pour procédure abusive ne touche pas au fond de l'affaire²³⁹, peut-on raisonnablement lui donner raison et admettre qu'il ne s'agit que d'une question de police de l'instance ? Hors les cas où un plaideur n'introduirait une demande en justice qu'à des fins vexatoires et de harcèlement judiciaire, déclarer abusive l'initiative d'un demandeur ne revient-il pas à former un jugement de valeur sur l'usage – ou l'abus – d'un droit à valeur constitutionnelle et conventionnelle ? La question est si délicate qu'elle a provoqué de sérieuses divergences au sein même de la Haute juridiction, comme on l'a vu précédemment au sujet de la provision. Il existe, de toute façon, une imbrication entre le fond et la procédure, entre le litige et l'instance. Par conséquent, il n'est pas toujours possible – ni même souhaitable – d'opérer une nette césure entre les deux : par exemple, les jugements sur incident, qui intéressent aussi bien le droit substantiel que le droit processuel, sont susceptibles d'un recours immédiat. Alors que le lien d'instance est sinon disparu du moins atteint, l'article 776, 1° ne fait pas de différence entre les causes d'extinction à titre accessoire et les causes d'extinction à titre principal qui correspondent respectivement au fond

234 Ph. Gerbay, note sous Dijon, ord. CME, 24 mai 2007, Gaz. Pal. 21 août 2007, n° 233, p. 6

235 Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005, art. 775

236 Versailles, 30 octobre 1979, Gaz. Pal. 1979, II, somm., p. 482 – Paris, 22 juin 1992, Bull. avoués 1992, p. 117

237 Paris, Bull. avoués 1987, n° 112, p. 111

238 CE, 5 juillet 1985, JCP G 1985, II, 20478, concl. Jeanneney ; Gaz. Pal. 1985, II, p. 745, note Guinchard et Moussa ; RTD civ. 1986, p. 173, obs. Normand

239 Cass. civ. 2, 26 octobre 2006, n° 05-14.489

du litige et à la procédure devant la juridiction. Mais au-delà des distinctions théoriques, l'appel immédiat se justifie par un intérêt pratique puisqu'aucun jugement sur le fond ne pourra suivre le jugement sur incident.

Il n'est pas moins intéressant de se pencher sur l'appel des ordonnances du juge de la mise en état. Le décret du 28 décembre 2005²⁴⁰ a considérablement modifié son rôle, à partir d'une idée directrice importante : faire de lui un véritable juge autonome, un « juge d'instruction civil » devant le tribunal de grande instance, et non plus un organe d'instruction intégré au tribunal. Le principe est ici encore celui de l'appel différé « avec le jugement statuant sur le fond »²⁴¹ dans le but d'éviter les contentieux parallèles ou dilatoires²⁴². Des exceptions sont néanmoins prévues, notamment pour les ordonnances statuant sur un incident mettant fin à l'instance ou ayant pour effet d'y mettre fin ou en constatant l'extinction²⁴³, possibilité se justifiant aisément puisqu'aucun jugement sur le fond ne sera rendu. Par exemple, l'appel immédiat est possible contre l'ordonnance qui a constaté la caducité de l'assignation non déposée au greffe dans le délai imparti²⁴⁴.

SECTION III : LA DÉVOLUTION, PASSAGE DE LA PREMIÈRE INSTANCE À L'INSTANCE D'APPEL

56. Parce que l'effet dévolutif « constitue en quelque sorte le seul “pont” par où passe le litige de la première instance à l'instance d'appel »²⁴⁵, il peut se révéler utile de le considérer au regard de l'office des deux juridictions qui auront successivement à en connaître. Telle est l'analyse à laquelle s'est livré Gilbert Ameilhaud dans sa thèse consacrée à *L'effet dévolutif de l'appel en matière civile*²⁴⁶. Il distingue l'effet négatif (§ 1) de l'effet positif (§ 2) de la dévolution, lesquels concernent respectivement le juge du premier degré et le juge d'appel.

§ 1. L'effet négatif de la dévolution

57. L'effet négatif de la dévolution signifie qu'à l'appel correspond le dessaisissement du

240 Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom

241 C.P.C., art. 776 al. 2

242 V. par. ex. Cass. civ. 2, 11 mai 1977, Gaz. Pal. 1977, II, pan. jur., p. 232

243 C.P.C., art. 776. 1°

244 Paris, 13 décembre 1979, Bull. avoués 1979, n° 74, p. 27

245 J. Miguet, *op. cit.*, p. 368, n° 299

246 G. Ameilhaud, *L'effet dévolutif de l'appel en matière civile*, thèse Toulouse, 1942

premier juge. À cet instant du procès, il est possible d'opérer le départ entre deux événements : le dessaisissement et l'incompétence. L'acte juridictionnel par lequel le juge tranche la contestation opère *de plano* son dessaisissement : *Lata sententia iudex desinit esse iudex*. Le juge épuise donc sa saisine à l'instant où il statue, comme en dispose l'article 481 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile. Le juge se dessaisit ; mais il peut encore se ressaisir – en rétractant, en interprétant ou en rectifiant sa décision – s'il estime n'avoir pas suffisamment ou pas suffisamment bien rempli son office. Tels sont les cas envisagés par l'article 462, lorsque des erreurs ou des omissions matérielles affectent le jugement. L'article 461 alinéa 1^{er} autorise également les parties à saisir de nouveau le juge pour l'inviter à interpréter la décision qu'il a rendue.

Reste irrésolue la question de savoir si le dessaisissement est provoqué par le jugement ou par l'acte d'appel. Ameilhaud considère que l'appel consomme le dessaisissement puisque le juge peut encore intervenir en se ressaisissant d'office ou en étant ressaisi par les parties. Cette éventualité en revanche disparaît une fois l'appel interjeté et enrôlé²⁴⁷. Le tribunal n'est plus compétent et la cour d'appel ne peut renvoyer la partie à se pourvoir devant le premier juge, fût-ce « pour garantir à son adversaire le bénéfice du double degré de juridiction »²⁴⁸. Une telle situation peut être analysée comme un *dessaisissement imparfait* au moment où le jugement est rendu. Or, une telle vision met à mal l'autorité de la chose jugée et conduit à un affaiblissement de la notion d'instance. Si l'appel, en effet, consomme le dessaisissement déjà existant du premier juge en le rendant définitivement incompétent, on ne sait plus exactement à quel moment se termine la première instance et à quel moment commence l'instance d'appel. On constate alors un laps de temps entre l'incompétence en puissance du premier juge et la saisine non encore formalisée du juge d'appel. Il faut donc admettre qu'il existe une période qui n'est pas totalement saisie par le droit processuel²⁴⁹, période pendant laquelle un temps de répit est offert aux plaideurs afin de leur offrir un minimum de recul pour apprécier l'opportunité de contester le jugement. Ce temps, c'est le délai d'appel. Deux possibilités sont envisageables : soit les parties laissent le délai s'écouler, et par leur forclusion à exercer la voie de recours, le jugement de première instance passe de l'autorité de chose jugée à la force de chose jugée ; soit un appel est formé et l'affaire est portée à la connaissance de la juridiction supérieure. Dans les deux cas, le *dessaisissement* du premier juge se

247 C.P.C., art. 461 al. 1^{er} – TGI Évry, 27 octobre 1994, BICC 1995, n° 62 ; RTD civ. 1995, p. 186, obs. Perrot – Cass. civ. 2, 29 mai 1979, Bull. civ. II, n° 163 ; JCP G 1979, IV, 252 – Cass. civ. 3, 4 mars 1980, n° 78-13.302, D. 1980, inf. rap., p. 447, obs. Giverdon ; D. 1981, inf. rap., p. 147, obs. Julien – Colmar, 11^{ème} ch., 16 décembre 1981, *Trappler c/ Seyfried*, Juris-Data n° 042161 – TGI Paris, 10 mai 1990, RTD civ. 1991, p. 168, obs. Perrot

248 Cass. civ. 3, 4 mars 1980, n° 78-13.302, précit. : l'affirmation de l'arrêt d'appel est au demeurant insolite : il s'agirait de préserver le double degré de juridiction en renvoyant les parties devant la juridiction de première instance pour faire juger un point sur lequel elle avait omis de statuer. – V. également Cass. civ. 3, 29 novembre 1977, n° 76-12.001

249 Sans préjudice des règles concernant l'exécution provisoire lorsqu'elle est de droit ou ordonnée. On notera que le contentieux de l'exécution provisoire se joue tantôt devant la première juridiction tantôt devant la cour d'appel.

mue en *incompétence* du premier juge. Il ne sera dès lors plus permis de se présenter de nouveau devant lui sans se heurter à la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée et il ne sera plus possible de le saisir aux fins de rectification ou d'interprétation une fois l'appel interjeté. La jurisprudence semble avoir fait sienne cette analyse en déclarant « *que l'appel est suspensif, qu'il a pour conséquence de dessaisir le juge qui a rendu le jugement dont est appel, et par son effet dévolutif, d'attribuer la connaissance de la cause au juge du second degré* »²⁵⁰.

58. Initialement, la jurisprudence avait considéré que le dessaisissement du premier juge était complet dès le jugement, qu'il soit définitif ou interlocutoire, jusqu'à un revirement de la Cour de cassation en date du 26 juillet 1926. Cette vision archaïque de la voie de recours inclinait à considérer les deux instances comme deux réalités parfaitement distinctes et purement indépendantes au sein d'un même en procès en plusieurs phases. L'arrêt précité déclarait que « *que l'effet suspensif et dévolutif de l'appel est général, et absolu, en ce qu'il a pour conséquence de dessaisir le juge qui a rendu la décision dont est appel et d'attribuer au juge du second degré, seul compétent pour décider si cet appel est ou non fondé, la connaissance du litige* »²⁵¹.

Relativement au premier juge, d'abord, l'appel emporte son dessaisissement immédiat : dès lors qu'il est interjeté, il consacre l'incompétence du juge qui s'était lui-même dessaisi du litige à partir du moment où il avait statué. Selon une formule du droit romain, *Judex posteaquam semel sententiam dixit postea judex esse desinit*²⁵².

La même analyse, qui voit simultanément dans l'exercice de l'appel une saisine du second juge et, comme corollaire, une perfection du dessaisissement du premier juge ou une affirmation de son incompétence, se retrouve dans une partie de la doctrine. L'idée est clairement exprimée par Carré et Chauveau : « *L'appel est dévolutif, c'est-à-dire qu'il saisit à l'instant même le tribunal d'appel de tout ce qui fait l'objet de la contestation, et de tous les incidents qui s'y rattachent, et qu'il en dessaisit par là même le premier juge ; en sorte que celui-ci ne peut plus ni passer outre au jugement du fond s'il s'agit de l'appel d'un jugement interlocutoire, ni connaître des difficultés de l'exécution, ni ordonner la continuation des poursuites, sous le prétexte que l'appel interjeté serait irrecevable par suite de l'acquiescement du jugement. Le juge supérieur est seul compétent pour décider tous ces points.* »²⁵³

250 Cass. civ., 6 août 1906, S. 1906, I, 503

251 Cass. req., 26 juillet 1926, DP, 1927, I, 41

252 Dig. 42, 1, 55 (Ulpian)

253 G.-L.-J. Carré et A. Chauveau, *Lois de la procédure civile et commerciale*, Paris, 1880, « Appel », p. 153, n° 655 *ter*

§ 2. L'effet positif de la dévolution

59. L'« effet dévolutif proprement dit »²⁵⁴, pour reprendre l'expression d'Ameilhaud, est ce phénomène par lequel est consommé le dessaisissement en puissance du premier juge et est accomplie la transmission au second de la connaissance du litige, lui conférant ainsi les mêmes pouvoirs qu'au premier, tandis que la fraction du litige qui n'a pas été contestée « *reste dans l'ombre et n'appelle pas d'autre nouvel examen* »²⁵⁵ et appartient à « *cette autorité [qui] recouvre à jamais de son linceul la chose jugée* »²⁵⁶. Le reste en revanche, ce qui fait l'objet de la voie de recours, transfère au juge d'appel tous les droits et devoirs qui étaient l'attribution du premier. « *En un mot, l'appel, quand il porte sur tous les points qu'embrassait la demande originaire, investit le tribunal ou la cour à laquelle il est porté, de la même étendue, de la même plénitude de juridiction de fait et de droit que l'avait fait, pour les juges inférieurs, l'acte primitif d'ajournement.* »²⁵⁷

L'effet positif de la dévolution correspond à ce que, communément, on désigne sous la dénomination simple d'effet dévolutif, celui que définit l'article 561 du Code de procédure civile et qui exprime la fonction classique de voie de réformation reconnue à l'appel. Néanmoins, la réformation ayant vocation à intervenir peut n'être pas totale. L'office du juge est généralement délimité – voire limité – par la volonté des parties. Il s'agit de la traduction, au second degré de juridiction, du principe dispositif tel qu'il est encadré par les articles 1 à 13 du Code de procédure civile, en vertu duquel « *les parties, maîtresses de leurs droits, sont libres de ne poser que les questions qui leur conviennent* »²⁵⁸. L'adage *Tantum devolutum quantum appellatum* trouve un écho dans les deux alinéas de l'article 562 qui, depuis la rédaction issue du décret du 6 mai 2017²⁵⁹, imposent aux parties de circonscrire le champ du litige qu'elles entendent soumettre à la cour d'appel. Il ne serait en effet pas juste de ne permettre aux parties que de contester la décision sans qu'elles puissent délimiter l'étendue de ladite contestation. « *Car, si la possibilité d'un appel en leur assurant un double examen de leurs intérêts, les préserve des erreurs du premier juge, le droit de le limiter aux chefs préjudiciables leur garantit, pour le surplus, une situation irrévocablement acquise et qu'ils désirent les uns et les autres ne point voir disparaître.* »²⁶⁰ Cette organisation de l'appel est conforme à sa nature profonde : puisqu'il a été conçu dans l'intérêt des plaideurs il n'est pas concevable qu'il puisse léser ce même intérêt. La voie de recours doit donc être laissée à la

254 G. Ameilhaud, *op. cit.*, p. 36

255 *Ibid.*, p. 40

256 *Ibid.*, p. 63

257 J.-E. Boitard et G.-F. Colmet-Daage, *Leçons de procédure civile*, Paris, 1879, 13^{ème} éd., t. 2, pp. 53-54, n° 696

258 J. Vincent et E. du Rusquec, « Les effets de l'appel quant à l'objet du litige », in *Chambre nationale des avoués, Journées des 29 et 30 octobre 1973*, Dijon, Gaz. Pal. 1974, I, doctr. 393, spéc. p. 402

259 Décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile

260 G. Ameilhaud, *op. cit.*, p. 59

discrétion de ceux qui l'exercent.

60. La règle *Tantum devolutum* est consubstantielle à l'appel. Sans elle, l'appel serait privé de son intérêt à chaque fois que le jugement de première instance tout à la fois ferait grief et satisferait la partie qui appelle. Ainsi l'appel est laissé à la disposition des parties et subsiste dans le seul intérêt de la partie qui appelle. De même, l'appel provoqué et l'appel incident ne se justifient que par l'intérêt qu'ils présentent pour les plaideurs qui y recourent. Le rôle du juge est donc, au seuil du procès, extrêmement passif puisqu'il doit se contenter de prendre acte de l'usage qu'ont fait les parties de l'effet dévolutif.

À titre d'exemple, lorsque la Cour de cassation considère que la cour d'appel ne peut pas réformer le jugement qui prescrit la rectification de l'acte d'état civil quand elle n'est saisie que de l'omission du tribunal qui a oublié d'en ordonner la retranscription²⁶¹, on s'aperçoit que le juge d'appel n'est pas juge absolu du fait et du droit. Les parties ont donc un rôle à jouer – il s'agit là encore du principe dispositif – parce qu'elles déterminent les points sur lesquels il devra être statué en appel²⁶². Cette obligation pour le juge fait peser une responsabilité supplémentaire sur les plaideurs qui devront soigneusement choisir quels chefs du jugement ils souhaitent contester. En effet, le juge d'appel ne peut se saisir d'un grief que l'appel principal ne pouvait lui déférer et qu'aucun appel incident n'est venu lui soumettre. Dès lors l'appelant ne saurait se plaindre de ce que les autres chefs aient été maintenus²⁶³. Cette conception en dit long sur l'office du juge qui, en dépit d'erreurs peut-être manifestes du premier magistrat, ne pourra redresser les torts imputables à ce dernier, parce que les parties s'accommodent de ces torts causés à la règle de droit. Bien que la critique soit quelque peu dépassée, surtout depuis l'avènement du nouveau Code de procédure civile, on peut déplorer avec Tissier la conception d'un juge perçu « *comme une sorte d'automate à qui on fournit tous les matériaux du procès pour retirer ensuite un jugement* »²⁶⁴. Au surplus, cela conduit souvent à un morcellement du litige dont le règlement se trouvera éclaté entre les juridictions de différents degrés appelées à en connaître.

Cette affirmation toutefois doit être tempérée dans au moins une situation, c'est-à-dire lorsque les chefs du jugement sont indivisibles. La dévolution s'opère alors pour le tout même si l'appel ne porte que sur certains chefs du jugement, par exemple si la partie appelle seulement du fond sans contester les dépens. Cette solution avait été admise par la jurisprudence²⁶⁵ avant d'être

261 Cass. civ., 10 novembre 1856, DP 1857, I, 32

262 Sauf à faire usage, pour la juridiction supérieure, du mécanisme de l'évocation.

263 Cass. req., 13 avril 1934, S. 1934, I, 219, p. 68

264 A. Tissier, « Le centenaire du Code de procédure et les projets de réforme », RTD civ., 1906, p. 647, spéc. p. 648

265 Cass. soc., 30 juin 1950, Bull. civ. III, n° 562 – Cass. soc., 20 juillet 1950, D. 1951, somm. 1 ; Gaz. Pal. 1950, II, 377 – Montpellier, 17 octobre 1972, JCP 1973, IV, 191

expressément codifiée dans l'article 562 alinéa 2 du Code de procédure civile par le décret du 28 août 1972. « *Il y a là une situation de droit qui en conditionne impérativement une autre et contre laquelle la règle de la dévolution partielle est impuissante.* »²⁶⁶ Tel est le seul cas de figure où le juge ne peut pas – car non seulement la loi l'en empêche mais encore parce que cela est matériellement irréalisable – se rendre à la volonté des parties.

61. Plusieurs auteurs²⁶⁷ estimaient au surplus que l'acte d'appel devait être régulier en la forme pour permettre la dévolutif, conformément à la règle *Quod nullum est, nullum producit effectum*. La procédure civile diffère en cela du droit des contrats qu'elle ne saurait se satisfaire d'une manifestation quelconque de volonté qui n'entrerait pas dans les formes usitées par la pratique et prévues à cet effet par le législateur. On en venait à la conclusion qu'un acte d'appel nul se révélait impuissant à provoquer un effet dévolutif. *A contrario*, « *on ne peut pas priver les parties d'une voie de recours aussi légitime que l'appel, sur la foi d'une renonciation présumée* »²⁶⁸.

N'était-ce pas se méprendre toutefois sur la notion de nullité en la confondant avec celle d'inexistence ? Dans la même optique, et sans entrer dans le détail de l'acte valable ou non valable²⁶⁹, le Procureur général Baudouin rétorquait que l'article 457 du Code de procédure civile de 1806 ne faisait pas de distinction quant au critère régulier de l'appel : « *C'est que l'appel est une protestation contre la décision rendue ; qu'il a pour objet de montrer que cette décision du premier juge méconnaît la loi et le droit du plaignant, et qu'il ne peut atteindre son but admis comme légitime a priori, qu'à la condition de transporter devant la juridiction supérieure tout ce qui fait l'objet du recours et d'y permettre un nouveau et complet examen du point contesté* »²⁷⁰.

La première instance et son contenu ne sont donc pas totalement neutres au regard de l'instance d'appel. Pour illustrer le même équilibre délicat, Tissier fait remarquer qu'« *au cas d'un jugement rendu en dernier ressort, il n'y a pas à notre avis, d'effet dévolutif de l'appel fait contrairement à la loi et cependant le juge d'appel seul a le pouvoir de prononcer la nullité de l'appel* »²⁷¹. Ce ne serait donc pas totalement l'acte d'appel qui donnerait lieu à l'instance d'appel et

266 G. Ameilhaud, *op. cit.*, p. 69

267 V. par ex. G.-L.-J. Carré et A. Chauveau, *op. cit.*, n° 1655 – A. Rodière, *Cours de compétence et de procédure en matière civile*, 4^{ème} éd., Paris, 1875, t. 2, p. 94 – H. Bonfils, *Traité élémentaire d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure en matière civile et commerciale*, Paris, 1885, n° 1414

268 G. Ameilhaud, *op. cit.*, p. 43

269 E.-D. Glasson et G.-F. Colmet-Dâage, *Précis théorique et pratique de procédure*, Pichon et Durand-Auzias, 1908, t. 2, p. 34 : l'acte d'appel n'est pas valable lorsqu'il est vicié en la forme. – Garsonnet et C. Cézard-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale en justice de paix et devant les conseils de prud'hommes*, 3^{ème} éd., Paris, Sirey, 1915, t. 6, *Voies de recours ordinaires et extraordinaires contre les jugements*, n° 2097 : l'appel n'est pas valable lorsqu'il est formé hors délai. – H. Bonfils, *op. cit.*, n° 1414 : l'appel n'est pas valable lorsque l'appelant est dépourvu de qualité.

270 Concl. du Procureur général M.-A. Baudouin, rapportées sous Cass. ch. réunies, 12 juin 1909, DP 1909, I, 389

271 A. Tissier, note sous Cass. ch. réunies, 12 juin 1909, S. 1890, I, 545

provoquerait l'effet dévolutif mais plutôt le juge lui-même.

62. Au terme de ces développements, on peut se questionner sur le dessaisissement perçu comme caractère négatif de la dévolution. On voit bien ainsi que la première instance n'est pas indifférente et qu'on ne peut pas vraiment considérer les instances comme des compartiments étanches. Ce qui se passe en première instance, dans la procédure et indépendamment du fond du litige, a donc un rôle déterminant dans la poursuite du procès et dans la phase de l'instance d'appel.

Pour autant, il faut éviter de tomber dans l'erreur consistant à confondre les pouvoirs du juge d'appel avec la procédure devant la cour d'appel. Les pouvoirs du juge d'appel, en effet, sont identiques voire plus étendus que ceux du premier juge. Or, la procédure d'appel ne saurait être identique à celle de première instance. On retrouve une fois encore ici la distinction entre le fond et la forme, entre le litige et les instances, entre le *negotium* et l'*instrumentum* : les contestations matérielles des plaideurs seront les mêmes et, en définitive, peu leur importe la forme dans laquelle elles seront tranchées pourvu qu'ils obtiennent l'avantage économique qu'ils sollicitent. Néanmoins leur comportement procédural ne pourra, s'ils désirent obtenir gain de cause, se soustraire aux formes prévues par le Code de procédure civile. Il va de soi que du tribunal de grande instance à la cour d'appel ces modalités et ces règles d'organisation et de procédure sont différentes.

CHAPITRE II : L'EXERCICE D'UNE NOUVELLE ACTION EN JUSTICE

63. L'action en justice est, aux côtés de l'action et de la juridiction, l'un des grands axes de la procédure civile. Cependant, la doctrine processualiste a peu développé l'idée d'une intégration de la voie d'appel dans la théorie de l'action, alors même que « *les voies de recours en général et l'appel en particulier sont considérées comme une modalité particulière de l'action en justice* »²⁷². Divers auteurs se sont efforcés de dégager des catégories susceptibles d'englober toutes les actions en justice. Ainsi, René Japiot proposait en 1915 la classification suivante²⁷³ : on distingue les actions personnelles des actions réelles, les actions mobilières des actions immobilières, les actions pétitoires des actions possessoires. Il précise qu'à côté de cette *summa divisio* existent des actions qui ne sauraient y entrer en raison de leur nature extra-patrimoniale : ce sont les actions d'état. Cette méthode de classification n'obéit pas à une démarche processualiste mais civiliste, dans la mesure où c'est le Code civil et non le Code de procédure civile qui ouvre des actions en fonction des droits à protéger ; dès lors l'action emprunte au droit sa nature. Bien que les conditions d'existence de l'action aient fait l'objet de développements approfondis, les études réalisées par la doctrine ont presque toujours envisagé l'action sous l'angle du litige plutôt que sous celui du procès, en négligeant les règles de procédure au profit des règles de fond. D'où certaines critiques d'une doctrine plus récente qui considère au contraire que « *l'action en justice, quelle que soit la nature du litige, demeure identique, abstraite du contentieux qu'elle permet de résoudre* »²⁷⁴.

Une action mobilière n'a pas, en principe, vocation à devenir une action immobilière devant la cour d'appel. L'analyse civiliste précitée conserve donc sa validité. Néanmoins, elle demeure incomplète puisque la classification qu'elle fournit ne permet en aucun cas d'intégrer les voies de recours dans ses catégories qui n'ont été élaborées que dans un souci de compréhension du droit civil, et non de la procédure. Certes, il ne faut pas confondre l'action et l'instance : il est vrai que la première se rattache plus directement à la situation juridique substantielle et la seconde à la situation judiciaire. En poussant à l'extrême une telle vision, on pourrait en arriver à la conclusion que les instances successives du procès ne sont que les phases d'une action unique née du seul droit substantiel. Peut-être cela excuse-t-il en partie les tâtonnements doctrinaux et jurisprudentiels qui n'ont pas toujours bien distingué la première instance de l'instance d'appel. Malgré cela, l'instance

272 N. Fricero, « Appel. – Parties à l'instance d'appel. – Appelant. Intimé. », *Juriscl. proc. civ.*, Fasc. 713, n° 7

273 R. Japiot, « Les actions et demandes en justice. Conditions et classifications. », *RTD civ.* 1915, p. 419, spéc. p. 445 et s.

274 Ph. Théry, « La place des procédures civiles d'exécution », *RTD civ.* 1993, p. 1.

ne se dilue pas dans l'action, et les règles d'existence de l'instance ne se confondent pas avec celles de l'action. On se rappellera volontiers, à cet égard, les mécanismes d'extinction de l'instance, qui confirment sa distinction d'avec l'action. Il faut aller plus loin, en s'apercevant qu'à chaque instance – non pas en ce qui concerne son introduction mais plutôt la saisine de la juridiction – correspond l'exercice d'une action. En des termes plus précis, l'instance devant le premier juge et l'instance devant le juge d'appel impliquent l'existence et l'exercice de deux actions en justice bien distinctes. Les conditions ne sont toutefois pas les mêmes : alors que l'action en première instance est déterminée par le seul fond du litige, l'action en appel a une physionomie nettement plus procédurale avec, au premier plan, la référence à la première phase du procès. C'est le cas surtout de l'intérêt (Section I) et de la qualité (Section II). En ce qui concerne les parties, certaines spécificités sont prévues quant au rôle du ministère public (Section III).

SECTION I : L'INTÉRÊT

64. Conformément au droit commun de l'action en justice, l'exercice d'une voie de recours est subordonné à l'existence d'un intérêt. Cette exigence est exprimée par des brocards de l'Ancien droit tels que « *pas d'intérêt, pas d'action* » et « *l'intérêt est la mesure des actions* ». Elle est explicitement affirmée par l'article 546 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile pour ce qui concerne l'appel. Cette condition est « *requise pour toutes les sortes d'appel : qu'il s'agisse d'un appel principal, un appel incident ou d'un appel provoqué, celui qui l'interjette doit toujours justifier d'un intérêt* »²⁷⁵. L'intérêt n'est pas nécessairement identique en première instance et en appel. À l'instar de la qualité, il sera déterminé devant le premier juge par référence à la situation litigieuse extra-contentieuse et devant le second par référence au jugement rendu (§ 1). Néanmoins, le droit d'agir qu'il confère ne doit pas dégénérer en abus (§ 2).

§ 1. Les caractéristiques de l'intérêt pour interjeter appel

65. L'intérêt pour agir est une des conditions d'existence de toute action en justice. Il convient de distinguer l'intérêt substantiel (A) de l'intérêt procédural (B) et de déterminer à quel moment il doit être apprécié pour interjeter appel (C).

²⁷⁵ Y. Abou-Zeid, *Les parties à l'instance d'appel en matière civile*, thèse Rennes, 1980, p. 211, n° 252

A. L'intérêt substantiel

66. En première instance, « *l'intérêt peut se définir comme le profit, l'utilité ou l'avantage que l'action est susceptible de procurer au plaideur* »²⁷⁶. En dépit du manque de clarté de la notion, on peut tenter d'en mieux comprendre le contenu quand on met cette condition d'existence de l'action en lien avec la situation litigieuse. Plus exactement, l'intérêt pour agir s'évalue au regard du litige préexistant à la saisine de tout juge. « *L'intérêt existe pour une personne lorsque la situation litigieuse lui cause un trouble et lorsque le jugement sollicité serait de nature à le faire cesser pour elle.* »²⁷⁷ Il n'y a pas à proprement parler d'intérêt lorsque du recours à la justice on n'est susceptible de ne retirer aucun bénéfice, fût-il purement moral. La situation est à rattacher à l'article 5 du Code civil prohibant les arrêts de règlement, « *ce monstre légendaire de notre droit : chacun le craint, quand nul n'est assuré de l'avoir jamais rencontré* »²⁷⁸. Ce texte du Code civil, promulgué par la loi du 5 mars 1803, interdit non pas le comblement jurisprudentiel de lacunes *intra legem* mais la production par le juge de normes de droit en dehors de tout litige. La relativité de la chose jugée ne doit pas permettre que la décision de justice profite à d'autres qu'au requérant²⁷⁹. De façon plus large, les tribunaux ont pour vocation d'assurer une saine coexistence des citoyens et non de nourrir des débats académiques.

Le demandeur, pour voir son action déclarée recevable, doit donc rapporter la preuve qu'il souffre d'une situation non conforme au droit et qu'il pourrait retirer du jugement le bénéfice de voir cette situation redressée. Il s'agit bien d'un intérêt à être entendu et non d'un droit à obtenir gain de cause. Encore faut-il que la demande soit crédible. Pour cette raison, « *il est inévitable qu'un contrôle de la légitimité de l'intérêt intervienne au stade de la recevabilité. Il faut en conséquence reconnaître qu'entre la discussion de la recevabilité et celle du fond, il y a davantage une différence de degré qu'une différence de nature* »²⁸⁰.

67. L'évaluation de l'intérêt est radicalement différente au stade de l'appel, point commun avec la qualité : alors que cette dernière n'est pas définie par référence à la situation litigieuse mais à l'instance judiciaire, l'intérêt lui aussi doit être évalué au regard non pas de la cause mais du

276 L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, p. 280, n° 349

277 G. Cornu et J. Foyer, *op. cit.*, p. 338, n° 78

278 R. Libchaber, « Arrêt de règlement et coupe du monde de football », note sous TGI Paris, 5 juin 1998, RTD civ. 1998, p. 784

279 TGI Paris, 5 juin 1998, RTD civ. 1998, p. 784, note Libchaber : plusieurs députés européens avaient assigné divers organismes promoteurs de la coupe du monde de football de 1998. Le tribunal de grande instance avait estimé que « *les requérants sollicitent du tribunal l'élaboration d'un nouveau règlement de distribution des billets et non la solution d'un litige particulier ; qu'aucun texte ne leur confiant le pouvoir d'agir au nom de la collectivité des amateurs de football, une telle prétention, manifestement contraire aux dispositions d'ordre public de l'article 5 du code civil interdisant aux juges de statuer par voie réglementaire, est irrecevable* ».

280 Y. Desdevises, *Le contrôle de l'intérêt légitime. Essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action*, thèse Nantes, 1973, p. 21

jugement qui la tranche. Tant pour la qualité que pour l'intérêt, ce n'est pas le contenu (litige) mais le contenant (procès) qui sert de critère. « *Ces deux conditions d'ouverture s'apprécient alors par rapport au jugement qui a été rendu en première instance.* »²⁸¹ De même que la qualité pour appeler peut n'avoir presque plus rien à voir avec la qualité initialement invoquée pour se présenter devant le juge du premier degré, l'intérêt pour appeler risque d'être fort différent de l'intérêt dont on a dû rapporter la preuve *in limine litis*. Bien plus, il n'est absolument plus nécessaire pour se présenter devant le juge d'appel de prouver qu'on a un intérêt au regard du droit substantiel, cette condition ayant déjà été examinée et satisfaite au moment de la saisine du premier juge. Il faut dès lors poser la question en termes clairs : en quoi consiste l'intérêt pour faire appel, par ailleurs non défini par l'article 546 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile ?

« *La notion d'intérêt pour agir devient, quant aux voies de recours, l'exigence de la succombance, ne serait-ce que partielle.* »²⁸² Une jurisprudence constante ferme la voie de recours ordinaire à la partie à laquelle le jugement de première instance a donné entière satisfaction sur tous les chefs de demande²⁸³. L'appel n'est donc pas au service de parties qui invoqueraient une erreur personnelle d'évaluation²⁸⁴ et encore moins de celles qui n'auraient pas estimé nécessaire de présenter une demande en première instance²⁸⁵. Ici l'intérêt est clairement défini en référence à la première instance et, partant, est intrinsèquement lié à des principes du droit processuel que l'on rattache traditionnellement aux instances de différents degrés, tels que la prohibition des demandes nouvelles ou l'*estoppel*²⁸⁶.

68. La nature de l'intérêt, quant à elle, peut être aussi bien d'ordre économique que moral²⁸⁷. D'une façon ou d'une autre, le jugement entrepris doit causer un grief à l'appelant, fût-il partiel voire minime, telle la déclaration d'irrecevabilité d'une demande additionnelle²⁸⁸. En tout état de

281 C. Bléry, « "La succombance est la mesure de l'intérêt"... sauf circonstance nouvelle ! », note sous Cass. civ. 1, 23 novembre 2011, Gaz. Pal., 3 mars 2012, n° 63, p. 23

282 J. Miguet, *op. cit.*, p. 317 n° 255

283 Cass. civ. 1, 29 juillet 1952, Bull. civ. I, n° 251 – Cass. civ. 1, 10 octobre 1962, Bull. civ. I, n° 409 – Cass. civ. 2, 18 juin 1969, Bull. civ. II, n° 212 – Colmar, 8 juillet 1970, JCP G 1971, II, 16604, note J. A. – Cass. civ. 1, 21 avril 1970, JCP A 1970, IV, 5744 ; RTD civ. 1970, p. 824, obs. Raynaud – 16 janvier 1979, D. 1979, inf. rap., p. 289, obs. Julien – Cass. civ. 2, 19 juin 1980, D. 1980, inf. rap., p. 462, obs. Julien ; D. 1981, p. 531, note Massip – Cass. civ. 3, 5 novembre 1997, AJDI 1998, p. 1074 – Civ. 2, 10 décembre 1998, n° 97-12.843 : « *Attendu qu'ayant retenu que le jugement avait alloué à Mme X... l'entier bénéfice de ses conclusions, c'est à bon droit que la cour d'appel, qui n'avait pas à rechercher si le mari avait acquiescé au divorce, a accueilli la fin de non-recevoir invoquée par le mari et dit l'appel, faute d'intérêt, irrecevable.* » – Paris, 19^{ème} ch., sect. B, 7 juillet 2006, n° 06/04111, Juris-Data n° 306645

284 Cass. civ. 2, 27 mai 1970, Bull. civ. II n° 178

285 Cass. civ. 2, 6 mars 2008, Bull. civ. II n° 62, JCP 2008, IV, 1668

286 Cass. civ. 3, 5 novembre 1997, précit. : un syndicat de copropriétaires est irrecevable en cause d'appel à demander l'annulation d'une décision de l'assemblée générale en s'associant à la demande d'un copropriétaire, dès lors qu'en première instance il avait conclu au rejet de cette demande.

287 Cass. civ. 3, 22 avril 1975, Bull. civ. III n° 126 ; D. 1985, inf. rap., p. 153

288 Cass. civ. 3, 8 avril 2010, n° 09-11.159, D. 2010, p. 1027

cause, l'accueil par le juge d'appel de la critique formée par l'appelant ne saurait être dépourvu d'effet sur les droits des parties. C'est ce que rappelle un arrêt de la cour d'appel de Paris qui déclare que « *la partie qui se borne à critiquer les motifs de la décision attaquée ou des mentions surabondantes du dispositif dépourvues d'effet sur les droits des parties n'est pas recevable à en relever appel* »²⁸⁹. Ainsi l'appel sans succombance était-il admis lorsque l'erreur commise causait à l'appelant un préjudice²⁹⁰, avant que le nouveau Code de procédure civile ne prévoie, aux articles 462 et suivants, une procédure spécifique permettant aux parties de revenir devant le même juge aux fins de rectification d'une erreur ou d'une omission.

L'intérêt pour agir en appel est à la fois semblable et différent de l'intérêt pour agir en première instance. Il est semblable parce que celui qui forme la voie de recours entend, par l'exercice de cette action en justice, retirer un bénéfice de la décision du juge d'appel. Il ne s'agit donc pas de se présenter devant la justice de second degré *quaelibet altera causa*, pour n'importe quelle autre raison mais, précisément, pour obtenir la reconnaissance d'un droit. L'intérêt pour relever appel n'est donc pas totalement détaché de la situation litigieuse puisque l'appelant n'ayant pas obtenu ce qu'il souhaitait va solliciter un nouvel examen de la cause en fait et en droit. Or, cet *examen de la cause* va se réaliser à travers l'*examen du jugement* qui a tranché cette même cause. L'intérêt pour appeler est donc différent en cela : son contenu n'est plus seulement la sanction du droit litigieux mais encore la réformation du jugement qui n'a pas accordé ce droit ou qui l'a reconnu au profit d'un adversaire. Les deux données sont intrinsèquement liées, mais le jugement fera office de « grille de lecture » à travers laquelle la cour d'appel rejugera la cause. On conçoit dès lors que l'exigence de succombance constitutive – et même *seule* constitutive du point de vue du fond – de l'intérêt pour appeler oriente le procès dans la direction d'un appel voie de réformation.

69. Il faut adopter une vision chronologique de la situation juridique : d'abord, des personnes sont engagées dans un *rapport de droit*, acte ou fait juridique ; ensuite, ce rapport de droit privé dégénère en *litige* ; enfin, ce litige de droit privé est porté à la connaissance de la justice civile, devenant ainsi l'objet d'un *procès*. En partant de l'hypothèse où le même plaideur est successivement demandeur puis appelant, on comprend fort bien que le litige lui porte un tort eu

289 Paris, 12 février 2003, Bull. avoués 2003, p. 47, n° 164

290 Amiens, 20 octobre 1960, Gaz. Pal. 1961, I, 77 ; RTD civ. 1961, p. 384, obs. Raynaud ; Rev. crit. DIP 1961, p. 326, note Simon-Depître : « *Si nul ne peut en principe interjeter appel d'une décision rendue conformément à ses conclusions, cette règle ne saurait faire obstacle à la recevabilité d'un appel justifié par l'intérêt qu'a l'appelante à faire redresser une inexactitude qui lui cause un préjudice.* » Dans cette espèce, l'épouse croyait qu'elle était soumise à la communauté légale française alors que son régime était celui de la séparation de biens catalane et l'appel tendait à la réformation du jugement de première instance rendu cependant conformément à sa demande. – Cass. req., 27 février 1922, DP 1922, I, 204 : l'appel sans succombance est admis pour faire redresser une erreur que les juges ont commise en adoptant les conclusions qui renfermaient elles-mêmes cette erreur.

égard au trouble qu'il lui cause dans la jouissance ou par la privation d'un droit. Le recours à la justice aura pour but de faire cesser ce tort. Le tort va perdurer si le juge estime que la situation dont prétend souffrir le demandeur est conforme aux règles du droit positif. Bien pire, ce n'est plus seulement le litige ou la situation litigieuse qui constitue un tort : c'est désormais le jugement qui va s'ajouter à ce tort initial et constituer lui-même un tort à part entière – indépendamment du bien ou du mal fondé des prétentions émises. « *Il est donc nécessaire pour que l'appel soit recevable que le plaideur puisse espérer obtenir, de la juridiction supérieure, une décision plus avantageuse pour lui. En conséquence, il faut que l'appelant ait été condamné, au moins partiellement en première instance, pour que l'appel soit recevable. Une partie ne peut donc faire appel d'un jugement qui lui donne entière satisfaction sur tous les chefs de demande.* »²⁹¹

Si le plaideur avait, en effet, gagné devant le juge du premier degré, il aurait été libéré de tout préjudice, que ce soit au regard du litige ou au regard du procès. Puisque la notion de préjudice sert à déterminer celle d'intérêt, et puisque le préjudice peut être substantiel ou procédural, il semble indiqué de faire rejaillir dans le champ de l'intérêt les caractéristiques du préjudice censé en être l'assise. Il est tentant de voir une dichotomie au sein même de l'intérêt pour agir en appel, dont les deux composantes seraient l'intérêt substantiel et l'intérêt procédural ou, si l'on préfère, l'intérêt à obtenir la reconnaissance d'un droit et l'intérêt à faire réformer le jugement. Les deux semblent se recouper systématiquement mais le problème est néanmoins bien plus fin qu'il n'y paraît *prima facie*. Il serait fautif de traiter indistinctement ces deux formes d'intérêt sous l'angle d'une identité absolue ; mais il n'est pas incongru de considérer qu'il existe entre elles une étroite dépendance.

« *Pour exercer une voie de recours il ne suffit pas d'avoir un intérêt substantiel, encore faut-il un intérêt spécifique à cette voie de recours. Ces deux intérêts ne se recouvrent pas nécessairement et ils ne se jugent pas selon les mêmes critères. C'est ainsi qu'apparaît la notion de succombance qui crée l'intérêt à agir en appel. L'intérêt substantiel peut subsister alors que l'intérêt procédural fait défaut : ainsi dans le cas d'un plaideur qui a obtenu ce qu'il demandait en première instance mais en oubliant de demander quelque chose qui manifestement entrerait dans le litige : il aurait intérêt à faire appel pour compléter sa demande, mais il ne le pourra pas faute d'intérêt procédural.* »²⁹² Cela pose la question de savoir s'il est préférable d'admettre une demande nouvelle en appel ou de renvoyer les parties devant le juge du premier degré, provoquant ainsi entre les mêmes personnes deux instances distinctes devant deux degrés de juridiction, la plupart du temps pour des questions qui auraient constitué une exception de connexité si elles avaient été présentées simultanément en première instance.

291 Y. Abou-Zeid, *op. cit.*, p. 64, n° 73

292 J. Miguet, *op. cit.*, pp. 320-321, n° 258

B. L'intérêt procédural

70. Un procès, personne ne l'ignore, suppose une perte de temps, d'argent et d'énergie, parfois considérables²⁹³. Mal nécessaire, certes, mais dont le risque est d'ajouter à la situation préexistante des contrariétés dont le plaideur se passerait. Racine et, avant lui, Aristophane s'en sont fait les hérauts²⁹⁴. C'est justement le préjudice éprouvé du fait des pertes subies dans le domaine purement procédural – par exemple par application de l'article 700 du Code de procédure civile, voire de l'article 696 – qui constituera un intérêt procédural, clairement distinct de l'intérêt substantiel. En général, l'intérêt pour agir en appel sera donc incorporé à l'intérêt substantiel dès lors que ce dernier se maintient ; mais l'intérêt procédural pourra constituer en tout état de cause un succédané d'intérêt pour agir, largement suffisant pour saisir le juge d'appel.

Si l'on admet que l'intérêt procédural constitue toujours un intérêt pour agir en appel, il faut reconnaître logiquement que l'intérêt substantiel – compris comme avantage d'ordre pécuniaire ou moral – peut avoir disparu tandis que l'intérêt pour agir subsistera dans une question n'intéressant que le recours à la justice *stricto sensu*, indépendamment du fond. « *L'intérêt donc doit exister non seulement au moment de l'introduction de la demande, mais il doit soutenir cette demande pendant tout le litige, quitte à ne se survivre qu'en évoluant.* »²⁹⁵ D'une instance à l'autre, et même au sein de la même instance, l'intérêt substantiel matériel peut donc se muer en intérêt substantiel moral, si l'on veut demeurer dans cette catégorie ; ou encore, l'intérêt substantiel *lato sensu* prendra la forme d'un intérêt à ne pas supporter certaines charges afférentes au procès.

71. L'exemple le plus topique est naturellement celui des dépens, qui « *n'est pas susceptible de faire l'objet d'un procès autonome* »²⁹⁶. La jurisprudence estime que la condamnation aux dépens est suffisante pour constituer un intérêt, quand bien même l'appelant aurait gagné au fond ou aurait été condamné sans avoir à supporter le paiement des sommes dues²⁹⁷. La solution est identique pour l'intérêt à former un pourvoi en cassation²⁹⁸. Un arrêt ancien de la cour d'appel de Poitiers révèle

293 *La prudence et l'autorité – L'office du juge au XXI^{ème} siècle*, Rapport de la mission de réflexion confiée par Madame Christiane Taubira, Garde des Sceaux, à l'Institut des hautes études sur la justice, sur l'évolution de l'office du juge et son périmètre d'intervention, p. 32, préconise une approche ayant « *pour conséquence de limiter un gaspillage de temps, d'énergie, d'argent, d'intelligence que représentent certains contentieux en justice quand des solutions plus simples, plus efficaces et surtout plus en phase avec le nouveau modèle démocratique existent.* »

294 J. Racine, *Les plaideurs*, in *Œuvres complètes*, La Pléiade, 1931 – Aristophane, *Les guêpes*, in *Théâtre complet*, La Pléiade, 1997

295 J. Miguet, *op. cit.*, p. 318, n° 255

296 I. Pétel-Teyssié, « Demandes nouvelles », *Rép. Dalloz proc. civ.*, n° 7

297 Lyon, 11 janvier 1883, DP 1884, II, 147 – Cass. civ. 3, 22 avril 1975, Bull. civ. III, n° 126, note J. A. – Paris, 11 juillet 1984, Bull. avoués 1985, p. 82 – Cass. civ. 1, 27 octobre 1958, Bull. civ. I, n° 449 – Paris, ord. CME, 2 octobre 1998, Bull. avoués 1998, n° 147, p. 70 – Cass. civ. 1, 3 octobre 2006, n° 05-16.456, Juris-Data n° 035265

298 Cass. civ. 2, 6 mars 1968, Bull. civ. II, n° 72

fort bien cette inquiétude de certains juges : il déclare que si le demandeur « *a perdu la qualité de propriétaire, celle de défendeur subsiste toujours* »²⁹⁹ dans le seul but de permettre un réexamen de la cause en vue de statuer sur la charge des dépens. La qualité pour agir envisagée sous ces deux formes est donc prise en considération afin d'autoriser le plaideur à faire reconsidérer la question des dépens : d'abord qualité substantielle de propriétaire, ensuite qualité procédurale de partie ; y correspondent un intérêt substantiel satisfait par le tribunal et un intérêt procédural ayant vocation à l'être par la cour.

Ainsi a-t-on pu écrire que « *l'évolution, dans un sens d'élargissement, dont la voie d'appel a été l'objet, est à l'origine d'une extension de la notion d'intérêt au-delà de la notion de succombance* »³⁰⁰. Dans un tel cas de figure, aucune référence à la succombance ne subsiste pour définir l'intérêt. Il est de toute façon nécessaire d'intégrer la question des dépens à l'instance d'appel dans le but de faciliter un règlement diligent des différends. En outre, on ne voit pas en quoi cette possibilité d'appeler dans le seul but de faire statuer sur les frais de procédure serait de nature à violer un des principes fondamentaux du droit processuel : le double degré de juridiction est sauf, le problème ayant été examiné successivement par deux juges.

C. La détermination de l'intérêt dans le temps du procès

72. Pour mieux cerner la physionomie de l'instance d'appel au sein du procès civil, il peut être intéressant de s'interroger sur le moment auquel doit être apprécié l'intérêt pour agir devant le second juge. La jurisprudence de la Cour de cassation exige que cette appréciation s'effectue au jour de l'appel ou, plus exactement, que le juge se positionne au jour où l'appel est interjeté pour apprécier l'intérêt pour agir³⁰¹. La règle est complétée par la précision que les circonstances postérieures susceptibles de rendre l'appel sans objet ne justifient pas qu'il soit déclaré irrecevable pour défaut d'intérêt. Quelques exemples jurisprudentiels révèlent cependant que ce dogmatisme théorique auquel semble attachée la Haute juridiction ne conduit pas nécessairement à des solutions utiles au regard de la situation litigieuse.

Dans la première affaire³⁰², la Caisse mutuelle de dépôts et de prêts Sainte-Geneviève avait

299 Poitiers, 7 janvier 1885, DP 1886, II, 72

300 Y. Abou-Zeid, *op. cit.*, p. 79, n° 88

301 Cass. civ. 2, 4 mars 1981, Bull. civ. II, n° 44, D. 1983, inf. rap., p. 141, obs. Julien. – V. aussi Cass. civ. 2, 7 octobre 1987, D. 1987, inf. rap., p. 203, à propos de l'appel d'une ordonnance de référé. – Comp. avec Cass. civ. 2, 5 janvier 1978, Gaz. Pal. 1978, I, 234, note Viatte – Cass. civ. 2, 13 juillet 2006, JCP 2006, IV, 2276 – Cass. civ. 2, 6 avril 2006, Procédures 2006, n° 149, obs. Perrot – Cass. civ. 2, 6 avril 2006, Procédures 2006, n° 119, obs. Perrot – Versailles, 4 mai 2000, D. 2000, inf. rap., p. 181 – Cass. civ. 1, 6 mai 1998, Bull. civ. I, n° 146, JCP 1998, II, 10209, note du Rusquec ; Procédures 1998, n° 166, obs. Perrot – Cass. civ. 2, 6 avril 2006, Procédures 2006, n° 149, obs. Perrot – Cass. civ. 2, 13 juillet 2006, JCP 2006, IV, 2776 : l'intérêt requis pour faire appel s'apprécie au jour de l'appel donc la recevabilité ne peut dépendre de circonstances postérieures qui l'auraient rendu sans objet.

302 Cass. civ. 2, 4 mars 1981, n° 79-17.130

assigné les consorts X ..., qui obtinrent par la suite la mise à néant par le tribunal de grande instance de Mulhouse d'une ordonnance de contrainte prise contre eux. La Caisse mutuelle avait interjeté appel en 1974 et perçu en 1975 le remboursement de son dommage en exécution d'un arrêt rendu dans une instance distincte. La cour d'appel de Colmar avait estimé que ce dernier événement rendait l'appel sans objet et qu'il devait par voie de conséquence être déclaré irrecevable. Dans une espèce semblable³⁰³, la Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse artisanale avait assigné Didier V... en redressement judiciaire devant un tribunal de commerce. L'artisan avait interjeté appel du jugement ouvrant à son égard une procédure de redressement judiciaire avant de voir prononcer sa mise en liquidation judiciaire par décision définitive et irrévocable. La cour d'appel de Nîmes avait adopté le même raisonnement et jugé l'appel irrecevable pour défaut d'intérêt, le litige se trouvant dépourvu d'objet. Ces deux arrêts ont été censurés par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation avec le même attendu de principe, selon lequel « *l'existence de l'intérêt requis pour interjeter appel s'apprécie au jour de l'appel dont la recevabilité ne peut dépendre de circonstances postérieures qui l'auraient rendu sans objet* ».

73. D'un point de vue procédural, la solution se justifie. « *L'intérêt pour agir, de même que la qualité ou la capacité, sont des conditions qui subordonnent la recevabilité de l'appel, et dès lors il est normal que leur appréciation se fasse au moment de la déclaration d'appel sans être perturbée par des circonstances postérieures.* »³⁰⁴ En outre, il faut distinguer la question procédurale de la recevabilité des questions substantielles ayant trait au fond de l'affaire. Si l'on choisit, comme le fait la Cour de cassation, de se placer au jour où l'appel est interjeté, l'intérêt n'est évidemment pas tributaire d'événements postérieurs. Pour autant, on a du mal à percevoir l'utilité pratique de la solution. On ne voit pas en quoi il y a un intérêt à voir réformer un jugement ouvrant une procédure de redressement judiciaire une fois la liquidation judiciaire prononcée et exécutée, ni quel est le contenu de l'intérêt lorsqu'on fait appel d'un jugement lié au remboursement d'un dommage, une fois ce dommage dûment indemnisé. Peut-être l'intérêt n'est-il que moral : tout bien considéré, il n'est pas injuste de vouloir faire réformer un jugement qui nous condamne à tort, quand bien même il n'y aurait plus rien à espérer sur le plan pécuniaire. Or, le problème demeure inchangé : l'intérêt demeure toujours aussi évanescent. Si l'on considère que l'intérêt est le bénéfice que l'on espère retirer de la réformation du jugement, cet intérêt fait tout simplement défaut, la réformation du jugement ne pouvant, dans le second cas, rien apporter de plus au remboursement du dommage et, dans le premier, résoudre une situation irrémédiablement obérée. Au mieux pourra-t-on considérer

303 Cass. civ. 2, 6 avril 2006, n° 04-12.803

304 R. Perrot, « À quel moment apprécier l'intérêt ? », note sous Cass. civ. 2, 6 avril 2006, n° 04-12.803, Procédures n° 7, juillet 2006, n° 149

que l'intérêt relève du *droit pur*, mais c'est confondre l'office du juge avec celui du juriste. C'est oublier aussi que le plaideur n'est pas invité à poursuivre la bonne application du droit français mais ses intérêts privés.

Par ailleurs, il n'est pas moins vrai que le litige est devenu sans objet, et l'on ne comprend pas en quoi la recevabilité de l'appel peut se révéler utile lorsqu'il n'y a plus rien à juger. Ces solutions de la Cour de cassation ont toutefois le mérite de clarifier le rôle de la fin de non-recevoir, et de préciser ce qu'elle est (une sanction de droit procédural) et ce qu'elle n'est pas (une sanction de droit substantiel). Néanmoins, si la limite entre le défaut d'intérêt et le défaut d'objet est nettement affirmée, on semble oublier que l'intérêt dépend de l'objet : quand il n'y a rien à soumettre au juge, il n'y a rien à attendre de lui. Quand aucune décision judiciaire n'est possible, il n'y a aucun bénéfice à espérer du procès. Il fallait trouver une solution à ce dilemme.

74. Un arrêt rendu en l'an 2000 par la cour d'appel de Versailles réalise harmonieusement ce difficile équilibre³⁰⁵. La décision est même admirable en ce qu'elle se conforme aux exigences posées par la Cour de cassation tout en les conciliant avec les faits de la cause. Dans cette affaire, un couple de commerçants versaillais, Roger et Martine B..., avait acquis en 1990 un bar-tabac au moyen d'un prêt consenti par la société *Comptoirs des entrepreneurs*. Les époux ayant cessé de régler les échéances du prêt, la société avait, après de multiples mises en demeure restées infructueuses, sollicité du tribunal de commerce de Versailles l'adjudication du fonds de commerce affecté en nantissement à son profit. La juridiction consulaire avait fait droit à cette demande en prononçant la liquidation de la Société civile professionnelle B... par un jugement en date du 27 juin 1997. Un mois plus tard, Madame B... avait interjeté appel de cette décision au motif qu'une procédure simplifiée de redressement judiciaire ayant été ouverte à l'encontre de son époux trois jours avant l'audience des plaidoiries devant le tribunal de commerce, les premiers juges auraient dû appeler à l'instance le représentant des créanciers. Postérieurement à l'exercice de cette voie de recours, la vente du fonds de commerce avait été amiablement réalisée dans le cadre des opérations de liquidation avec l'accord du mandataire liquidateur. La société *Comptoirs des entrepreneurs* rétorquait que l'appel était devenu sans intérêt du fait de cette vente.

Dociles à l'orthodoxie procédurale de la Cour de cassation, les juges versaillais s'étaient fondés sur l'article 546 du Code de procédure civile, en estimant « *qu'il s'infère de ce texte que l'existence de l'intérêt à faire appel doit être apprécié au jour de l'exercice de ce recours dont la recevabilité ne peut dépendre de circonstances postérieures susceptibles de le rendre sans objet* ». En prenant acte du déroulement chronologique des événements relatifs au fonds de commerce, les

305 Versailles, 4 mai 2000, D. 2000, inf. rap., p. 181

magistrats versaillais avaient admis la recevabilité de l'appel formé par Madame B..., laquelle avait effectivement un intérêt à voir réformer le jugement du tribunal de commerce au moment où elle exerçait la voie de recours à elle ouverte, la vente ayant été ordonnée mais non encore réalisée. Néanmoins, la solution retenue par la cour d'appel se complétait par deux précisions : d'une part, Madame B... était déboutée de son appel, désormais dépourvu d'objet en ce qu'il tendait à remettre en cause une vente déjà survenue ; d'autre part, Madame B... aurait dû se désister de son recours eu égard à l'évolution du litige, d'où le choix de laisser à sa charge les dépens d'appel.

75. Cet arrêt discrimine sans ambiguïté les conditions de recevabilité de l'action de ses conditions de succès. Il innove toutefois. On a l'impression, en effet, que c'est à titre de sanction qu'il fait supporter les frais de procédure à Madame B..., « *qui n'a pas cru devoir se désister de son recours nonobstant l'évolution du litige qui le rendait sans objet* ». Elle pouvait d'abord valablement interjeter appel ; elle aurait dû se rendre compte ensuite que son action était devenue inutile ; elle aurait dû enfin se désister ; elle ne l'a pas fait.

Il est regrettable qu'aucun texte ne vienne réglementer ce type de situations. Il va de soi que la disparition de l'objet n'est pas de nature à dépouiller l'appel de son intérêt. Admettre ici une rétroactivité provoquée par la dissipation de l'objet serait une solution juridiquement irrationnelle : l'appel étant formé *unico momento*, il serait inconséquent d'examiner ses conditions de recevabilité au moment où la juridiction d'appel statue et de conférer à cet examen un effet déclaratif de nullité.

76. La caducité pourrait faire office de sanction appropriée, étant entendu qu'elle « *frappe un acte régulièrement formé mais qui perd, postérieurement à sa conclusion, un élément essentiel à sa validité, l'objet, la cause, ou un élément nécessaire à sa perfection, du fait de la survenance d'un événement indépendant de la volonté des parties ou dans la dépendance partielle de leur volonté* »³⁰⁶. Cette définition du droit des obligations est transposable en procédure civile. Pour preuve, la caducité est utilisée en droit international privé dans la procédure d'*exequatur* : lorsque le jugement étranger est anéanti par l'exercice d'une voie de recours, la décision d'*exequatur* rendue par le juge français est caduque faute d'objet³⁰⁷. De même, dans les effets du pourvoi en cassation, l'article 625 alinéa 2 parle à tort d'annulation par voie de conséquence au lieu d'employer le terme caducité, l'annulation signifiant qu'il manque une condition à la validité de l'acte au moment de sa formation³⁰⁸.

306 F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Précis Dalloz, 2013, 11^{ème} éd., p. 110, n° 82

307 Cass. civ. 1, 12 novembre 1986, Bull. civ. I, n° 261, Rev. crit. DIP 1987, p. 750, note Kessedjian – Cass. civ. 1, 31 janvier 1990, n° 87-17.813, Bull. civ. I, n° 28, Rev. crit. DIP 1990, p. 748, note Kessedjian

308 T. Le Bars, « La perte de fondement juridique en droit judiciaire privé », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, (dir.) J. Foyer et C. Puigelier, Economica, 2006, p. 269, spéc. p. 284, n° 19

Les articles 902 et suivants du Code de procédure civile envisagent la caducité, mais il semble que ces textes ne concernent pas le même cas de figure que celui dont a eu à connaître la cour d'appel de Versailles. Certains textes prévoient la caducité de la déclaration d'appel³⁰⁹ ; d'autres parlent de caducité de l'appel³¹⁰ mais semblent concerner en réalité la caducité de la déclaration d'appel³¹¹. En réalité, ces textes servent surtout à sanctionner le défaut de diligence des parties. La sanction n'est pas inéluctable puisque l'instance n'est éteinte qu'à titre principal, l'article 385 alinéa 2 autorisant l'introduction d'une nouvelle instance sous réserve que l'action ne soit pas prescrite, c'est-à-dire, dans le cas de l'appel, que la forclusion résultant de l'expiration du délai d'un mois de l'article 538 ne soit pas intervenue entre-temps³¹². *De lege ferenda*, il serait indiqué d'insérer dans le Code de procédure civile un article permettant au conseiller de la mise en état de déclarer l'instance éteinte accessoirement à l'action pour disparition de l'objet, ce qui reviendrait à introduire une véritable caducité de l'appel et non plus seulement de la déclaration d'appel. Mieux encore, l'article 384 alinéa 1^{er} pourrait être complété par l'adjonction de cette hypothèse, la perte d'objet étant susceptible de concerner tous types d'instances.

Cela reviendrait à analyser la situation en termes de perte de fondement juridique, théorie au demeurant peu exploitée par le droit privé. Toute décision judiciaire s'appuie sur un complexe de faits et de droit, complexe que le juge devra démêler. Or, s'il n'y a rien à juger et rien à clarifier, le juge ne pourra que statuer en pure perte. « *Quoi qu'il en soit, que l'on parle de caducité rétroactive ou d'annulation de plein droit, le résultat concret est le même : les juges saisis d'un recours contre la décision privée de fondement doivent logiquement constater les effets automatiques de la perte de fondement juridique et déclarer n'y avoir lieu à statuer sur le recours.* »³¹³ En l'occurrence ce n'est pas la décision mais le recours exercé contre elle qui est privé de fondement. L'adoption d'un mécanisme de caducité permettrait simplement aux juges de ne pas avoir à « jouer » avec d'autres mécanismes procéduraux prévus à d'autres fins et de ne pas devoir « faire semblant » de trancher une contestation qui a disparu. Cette solution, tout en servant des buts concrets, serait conforme à la logique juridique.

309 C.P.C., art. 902 al. 3, art. 908, art. 911-1 al. 2

310 C.P.C., art. 914 et art. 916 al. 2

311 Erreur que l'on retrouvait dans l'article 902 al. 3, rectifiée par le décret du 28 décembre 2010.

312 Bien souvent, cela supposera que le jugement n'a pas été signifié, puisqu'une déclaration d'appel caduque perd rétroactivement son effet interruptif de prescription. – V. à ce propos Cass. plén., 3 avril 1987, D. 1988, somm., p. 122, obs. Julien ; JCP G 1987, II, 20792, concl. Cabannes ; RTD civ. 1987, p. 401, obs. Perrot

313 T. Le Bars, *loc. cit.*

§ 2. L'abus du droit d'appel

77. L'appel est un droit garanti à toute partie ayant succombé. Ce droit n'est toutefois pas absolu et peut dégénérer en abus. L'abus du droit d'appel est une espèce de l'abus du droit d'agir. Sur un modèle pénaliste, ses éléments constitutifs peuvent être étudiés tant dans leur aspect matériel (A) qu'intentionnel (B).

A. L'élément matériel de l'abus du droit d'appel

78. La question de l'intérêt pour agir ne saurait être dissociée de celle de l'abus du droit d'agir. Le décret du 20 janvier 1978 a placé le texte sanctionnant cet abus dans le titre II du livre I^{er} du Code de procédure civile, c'est-à-dire le titre consacré à l'action. Une interrogation surgit immédiatement : celui qui abuse du droit d'agir n'avait-il pas un intérêt pour agir ? Avait-il trop peu d'intérêt et a-t-il trop agi ? Par analogie, la question de l'intérêt pour appeler ne saurait être séparée de celle de l'abus du droit d'appel. Le Code de 1806 sanctionnait déjà cette hypothèse³¹⁴. Les droits étrangers aussi³¹⁵. Aujourd'hui, l'article 559 du Code de procédure civile dispose qu'« *en cas d'appel principal dilatoire ou abusif, l'appelant peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 10 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui lui seraient réclamés* »³¹⁶. Jusqu'en 2016, le montant de l'amende ne s'élevait qu'à 3 000 euros. Il est significatif que ce texte prenne place dans la section intitulée « *Le droit d'appel* ». Si le droit fondamental d'ester en justice est reconnu, il n'en est donc pas pour autant illimité³¹⁷, parce que « *les prérogatives accordées à une personne par la loi ne le sont pas de façon absolue. Il y a une mesure à respecter dans leur exercice* »³¹⁸. Aussi la prise en compte de l'appel abusif ou dilatoire s'inscrit-elle dans l'exception au principe du droit romain *Neminem laedit qui jure suo utitur*³¹⁹. Cette exception se trouve déjà formulée dans l'œuvre de Gaius par l'aphorisme *Male enim nostro jure uti non debemus*³²⁰. Il faut

314 Anc. C.P.C., art. 471

315 En Belgique, la loi du 3 août 1992 avait inséré un article 1072 bis dans le Code judiciaire sanctionnant le « *fol appel* », abrogé ultérieurement par la loi du 26 avril 2007.

316 D'autres abus du droit d'agir en justice sont sanctionnés par les textes : action en justice dilatoire ou abusive (C.P.C., art. 32-1), appel du plaideur non comparant en première instance (C.P.C., art. 560), exercice abusif des voies extraordinaires de recours (C.P.C., art. 581) ou du pourvoi en cassation (C.P.C., art. 628), abus de citation directe devant le tribunal correctionnel (C.P.P., art. 425 al. 2) ou de constitution de partie civile (C.P.P., art. 472).

317 Ainsi, Claude Brossette (1671-1743), dans les notes qu'il adjoignit aux œuvres de Boileau (*Satire III*, v. 105) dont il fut l'éditeur, évoque la situation de la comtesse de Crissé, plaideuse professionnelle qui avait reçu du Parlement l'interdiction d'intenter aucun procès sans l'avis par écrit de deux avocats qui lui furent nommés. Elle inspira à Racine le personnage de Yolande Cudasne comtesse de Pimbésche dans *Les Plaideurs* (1668).

318 J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 1994, 4^{ème} éd., p. 751, n° 765

319 *Dig.* 50, 17, 55 « *Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur.* » (Gaius) – *Dig.* 50, 17, 155, 1 « *Non videtur vim facere, qui iure suo utitur et ordinaria actione experitur.* » (Paulus)

320 Gaius, *Institutes*, I, 53

donc en déduire qu' « *il n'est pas de droit si absolu que son abus soit tolérable, et le droit d'interjeter appel ne saurait échapper à cette règle de bon sens* »³²¹.

79. Il est fréquent d'englober dans la vaste catégorie de l'abus du droit d'agir en justice l'utilisation outrancière de la procédure sans distinguer avec assez de finesse les différentes voies de droit immodérément empruntées. L'enjeu d'une qualification étant la détermination d'un régime applicable, il est rarement judicieux de créer des catégories trop larges pour y faire entrer des réalités juridiques similaires mais non identiques voire très éloignées par leur nature. Aussi l'assimilation de l'appel abusif aux autres formes d'abus du droit d'agir en justice est-elle insatisfaisante. Il est plus facile de déceler un abus dans l'instance introduite devant le premier juge que dans celle engagée devant le second par l'exercice de la voie de recours. Les parties ayant pu déjà débattre la cause et une décision étant survenue pour la trancher, on aurait instinctivement tendance à inviter les juges à faire preuve d'une plus grande circonspection avant de déclarer abusif un appel. Telle est la pensée du législateur qui consacre à ce problème des textes distincts : l'article 32-1 sanctionne l'action en justice dilatoire ou abusive *lato sensu* ; l'article 581 intéresse les voies de recours extraordinaires (tierce opposition, recours en révision et pourvoi en cassation) ; l'article 559 précité concerne la question spécifique de l'appel³²² ; mais l'article 628 ne sanctionne que le pourvoi abusif... En revanche, on peut relever que l'appel abusif et l'appel dilatoire constituent deux réalités différentes, malgré l'identité de la condamnation prévue et le choix légistique d'avoir placé ces deux excès dans le même réceptacle. Certains auteurs estiment que « *le premier de ces épithètes est absorbé par le second* »³²³. Or, former un recours dans une cause mal engagée au fond et former un recours pour gagner du temps sont deux fourvoiements distincts. « *Agir de manière dilatoire c'est, pour le plaideur, essayer d'obtenir du temps en saisissant le juge de prétentions dénuées de fondement. Mais le terme abusif peut recouvrir toute une variété de fautes allant de la simple intention de nuire jusqu'à la témérité.* »³²⁴

Reprochant d'abord à l'abus de droit de n'être qu'une « *facétie juridique* »³²⁵, Josserand le définit ensuite comme « *l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité* »³²⁶. Il est parfois notoire – et même à la première observation – qu'un demandeur n'est pas à la recherche

321 A. Perdriau, « L'amende civile d'appel », LPA, 18 novembre 1999, n° 230, p. 4

322 Il est à noter que l'ancien article 88 du Code de procédure civile prévoyait la même amende civile pour le contredit de compétence sans toutefois subordonner la condamnation à un caractère abusif ou dilatoire de cette voie de recours.

323 A. Perdriau, *loc. cit.* – V. aussi Y. Desdevises, « L'abus du droit d'agir en justice avec succès », D. 1979, chron., p. 21, qui soutient la même idée.

324 *Code de procédure civile commenté*, Lamy, art. 32-1

325 L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1939, n° 215 et 245

326 *Ibid.*, n° 292

de la reconnaissance d'un droit mais qu'il agit poussé par un sentiment d'inimitié, convaincu qu'un procès est le meilleur moyen de faire perdre du temps et de l'argent à son rival. La même observation ne s'impose pas avec la même évidence lorsqu'un plaideur interjette appel. Dans le premier cas, il y a manifestement une action en justice inspirée par des mobiles peu avouables. Dans le second cas, il est moins aisé de démasquer la mauvaise foi de celui qui conteste la décision d'un juge n'ayant pas fait droit à ses prétentions ; de surcroît, ce genre d'appelant dissimulera plus facilement son intention en rétorquant qu'il ne fait qu'user en bonne et due forme d'une liberté que la loi lui reconnaît et même d'un droit qu'elle garantit à toute partie ayant succombé.

80. L'appel abusif, à l'instar de nombreuses autres réalités juridiques, n'est pas défini par la loi. Aussi la jurisprudence a-t-elle pu en délimiter le périmètre, négativement et positivement, en précisant ce qu'il n'était pas et ce qu'il était, quoiqu'avec une certaine timidité dans ce dernier cas. Elle exige du reste que les cours d'appel motivent leurs arrêts et indiquent en quoi un appel est abusif sous peine de censure pour manque de base légale³²⁷. En cela, elle maintient une obligation prévue par l'article 113 du décret du 28 août 1972 mais non reprise par l'article 559 du Code de procédure civile. La seule différence, peut-être, réside dans la forme de la motivation : jadis spéciale, désormais générale. De toute façon, on peut y voir une application de l'article 455 sur l'obligation de motivation des décisions judiciaires et, plus largement, la mise en œuvre d'un grand principe du droit judiciaire français, civil et pénal³²⁸. La motivation révélant le caractère abusif de l'appel « *est même susceptible, à la rigueur, de "ressortir" de certaines énonciations précises de l'arrêt, pourvu que ce soit avec évidence* »³²⁹.

L'abus de droit étant une notion juridique, la définition de son contenu ne saurait être abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond, lesquels doivent mettre la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle. Il est donc nécessaire de « *caractériser l'abus reproché par l'indication des circonstances qui démontrent le dévoiement du recours exercé* »³³⁰. Cependant, le doyen Perdriau fait remarquer que la juridiction régulatrice tantôt considère que certains éléments relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond, tantôt se reconnaît la faculté d'exercer un

327 Cass. civ. 3, 7 décembre 1976, D. 1977, inf. rap., p. 121 – Cass. com., 18 mars 1980, D. 1980, inf. rap., p. 461, obs. Julien – Cass. civ. 2, 22 novembre 1984, Gaz. Pal. 1985, II, pan. 145, obs. Guinchard et Morel – Cass. soc., 20 avril 2005, n° 02-46.560 – Cass. civ. 2, 1^{er} juillet 2010, n° 09-66.404 – Cass. civ. 3, 7 décembre 1976, D. 1977, inf. rap., p. 121 ; Gaz. Pal. 1977, I, somm., p. 85 – Cass. civ. 2, 10 juin 2010, n° 09-67.674 – Cass. civ. 2, 10 février 2011, n° 10-11.774

328 Il n'a échappé à personne que, depuis la loi du 10 août 2011, les cours d'assises doivent motiver leurs arrêts. – V. à ce propos D. Schaffhauser, « Comprendre sans se méprendre. La motivation des arrêts d'assises. », AJ pénal 2012, p. 32

329 A. Perdriau, *loc. cit.*

330 J.-L. Aubert, « Ne constitue pas un abus de droit l'appel reprenant les moyens rejetés par les premiers juges », note sous Cass. civ. 3, 16 janvier 1991, D. 1991, p. 323

contrôle. Il cite en la commentant cette formule d'un arrêt : « *la cour d'appel, en retenant à juste titre le caractère abusif de l'appel (contrôle appuyé), et en relevant la mauvaise foi de son auteur (absence de contrôle), a pu (contrôle léger) prononcer l'amende prévue à l'article 559 du nouveau Code de procédure civile* »³³¹. La définition de l'appel abusif n'apparaît donc pas totalement achevée en droit positif. Aussi la notion se présente-t-elle dans une sorte de clair-obscur peu propice à garantir la sécurité juridique des justiciables.

81. Comme on s'y attend, le caractère abusif de l'appel ne se déduit pas du seul débouté³³². Le contraire eût conduit à restreindre exagérément le droit d'accès au juge et à priver de toute portée l'article 30 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile. Ce dernier garantit un accès effectif au juge sans pour autant ériger en faute la perte d'un procès. Il envisage indifféremment l'accueil ou le rejet de la prétention comme les deux branches égales et incontournables d'une alternative : si la demande est recevable, elle doit être jugée bien ou mal fondée. Sinon, c'est un déni de justice. Agir en justice c'est donc avoir le droit de faire trancher un litige, que l'on soit gagnant ou perdant à l'issue du procès. Pour utiliser un mécanisme bien connu du droit des obligations, le demandeur est tenu à une obligation de moyen (respecter les contraintes édictées par le droit processuel) mais non de résultat (obtenir gain de cause).

En droit romain, l'action en justice était perçue comme un droit de poursuivre ce qui est dû, ainsi que l'exprime la règle justinienne : *actio autem nihil aliud est quam jus persequendi iudicio quod sibi debetur*³³³. La doctrine allemande avait développé cette idée dans sa forme la plus extrémiste avec la notion de *Rechtsschutzanspruch*, selon laquelle l'action était le droit à un jugement favorable³³⁴. Cette conception est aujourd'hui largement obsolète. Déjà abandonnée à l'époque de Motulsky, ce dernier écrivait en 1964 qu'« *il est désormais acquis que l'action se détache du droit substantiel, ce qui implique nécessairement qu'elle est indépendante de son propre succès* »³³⁵. La solution inverse conduirait à ne pas distinguer la procédure du fond et à imputer au demandeur ou à l'appelant qui succombe un abus de procédure. C'était, plus ou moins, l'idée exprimée par l'article 471 de l'ancien Code de procédure civile qui disposait que « *l'appelant qui succombera sera condamné à une amende* » dont le montant était consigné par avance. L'automatisme de cette sanction, même s'il ne s'agissait pas d'une peine, étant devenue intenable dans une conception démocratique du procès, elle a été abandonnée par l'article 113 du décret du 28

331 A. Perdriau, *loc. cit.*

332 Cass. civ. 3, 7 décembre 1976, Bull. civ. III n° 442 ; D. 1977, inf. rap., p. 121 ; Gaz. Pal. 1977, I, somm. 85 – Cass. civ. 3, 21 octobre 1975, Bull. civ. III, n° 304

333 *Institutes*, lib. IV tit. VI

334 V. par ex. J. Binder, *loc. cit.*

335 H. Motulsky, *loc. cit.*

août 1972, devenu l'article 559 du Code de procédure civile. Ce texte subordonne le prononcé de l'amende civile au caractère abusif ou dilatoire de l'appel. Il s'agit de l'appel principal : la deuxième phrase de l'article interdit expressément de réclamer cette amende aux intimés, règle interprétée strictement par la Cour de cassation³³⁶. Lorsque c'est l'appel incident voire la seule résistance à l'appel principal qui sont abusifs, son auteur pourra toujours être condamné sur le fondement de l'article 32-1 du Code de procédure ou de l'article 1240 du Code civil, échappatoire des juges avisés pour combler le vide juridique ou contourner l'interdiction de l'article 559. Il est malgré tout choquant de censurer le simple fait de répondre à son adversaire, fût-ce de mauvaise foi. Cela revient à limiter le droit d'une partie à se défendre et, corrélativement, à lui imposer un devoir de passivité.

La modestie du litige n'est pas non plus de nature à dégrader en abus l'exercice de la voie d'appel³³⁷ : le taux étant fixé par un texte il est loisible au justiciable dont la cause se situe au-delà du dernier ressort de faire usage de la faculté qui lui est ouverte. Le magistrat ne peut donc à sa guise se prévaloir de l'axiome *De minimus non curat praetor* si le législateur n'a pas en amont estimé qu'à telle situation dont le juge a à connaître ne s'applique pas l'axiome *De minimis non curat lex*.

B. L'élément intentionnel de l'abus du droit d'appel

82. Plus délicate à analyser est l'intention exigée par le droit positif pour caractériser un abus de l'appel. En empruntant son raisonnement au droit pénal, on peut se demander, dans l'hypothèse où l'abus de procédure serait une infraction, si l'élément moral devrait être impérativement constitué par un dol général voire un dol spécial ou si une faute contraventionnelle suffirait. Autrement dit, s'agirait-il d'un délit matériel, consommé par la simple commission des éléments constitutifs décrits par le texte d'incrimination ? En droit civil, l'abus du droit d'appel implique-t-il une faute objective ou subjective, et cette faute doit-elle être appréciée *in abstracto* ou *in concreto* ? Le Code de procédure civile ne définissant pas le contenu de l'appel abusif, il est *a fortiori* silencieux sur sa composante psychologique. La jurisprudence, quant à elle, demeure indécise. La cour d'appel de Paris a pu affirmer dans un arrêt du 21 mai 2002 que « *l'action en justice, comme l'exercice du droit d'appel, ne dégénère en abus pouvant donner naissance à une dette de dommages et intérêts que dans le cas de malice, de mauvaise foi, d'erreur grossière équipollente au dol ou encore de légèreté blâmable* »³³⁸. Cette conception est non seulement obsolète mais encore elle est depuis

336 Cass. com., 19 janvier 1982, Gaz. Pal. 1982, I, pan. 205 : l'article 559 du C.P.C. est inapplicable à l'appel incident de l'intimé.

337 Cass. civ. 1, 30 janvier 1980, D. 1980, inf. rap., p. 461, obs. Julien – Cass. civ. 1, 7 décembre 1999, Bull. civ. I, n° 335

338 Paris, 21 mai 2002, Bull. avoués 2003, p. 15, n° 161-162

longtemps abandonnée par la Cour de cassation selon laquelle « *l'abus de procédure, qui n'exige pas la mauvaise foi ni le dol, résulte d'un comportement fautif* »³³⁹. Le comportement fautif exigé pour que l'appel soit déclaré abusif peut ne pas découler d'une intention damnable. Assurément, la solution est prudente : le juge ne pouvant scruter le for intérieur d'autrui, il est juste de restreindre le droit d'agir en justice en général et le droit d'appel en particulier au moyen de critères objectifs, quitte à ce que le spectre de l'abus embrasse des situations plus diversifiées que celles de la simple intention de nuire.

83. La jurisprudence n'est pas toujours stable : elle s'est parfois contentée d'exiger un préjudice³⁴⁰ mais elle a aussi pu retenir la malice, la mauvaise foi ou l'erreur grossière équipollente au dol³⁴¹. On relève aussi certaines résurgences d'une vision moralisante du comportement fautif de la partie qui a abusé de la voie de recours. La Cour de cassation a renoncé à censurer ce type d'arrêts parce que l'obligation de motivation étant satisfaite, il n'est pas indiqué de remettre en cause un élément de la décision objet du pourvoi qui, tout bien considéré, relève moins du droit que du fait. Ainsi la deuxième Chambre civile a-t-elle jugé que caractérisait l'abus du droit d'appel la cour qui relevait qu'était « *particulièrement infondée, téméraire et malveillante* » l'action d'une épouse réclamant un franc de dommages et intérêts à la maîtresse qui avait détourné son mari du foyer conjugal et s'était installée avec lui dans une relation adultère au su et au vu de tous³⁴². De l'appréciation souveraine au jugement de valeur il n'y a ici qu'un pas. Au regard des faits de la cause, il s'avère que la demanderesse s'efforçait de nuire à son époux par tous les moyens envisageables. Sous l'angle de la règle de droit, comme le fait remarquer Monsieur Garé, le comportement de la maîtresse ne constituait pas une faute donnant lieu à réparation, que ce soit sur le fondement de l'article 266 ancien du Code civil ou sur celui, plus classique, de l'article 1382 ancien. « *En effet, s'il n'est pas douteux que l'époux adultère commet une faute civile, son partenaire n'en commet pas, s'il n'est pas lui-même marié. Le partenaire de l'époux adultère n'est pas tenu des obligations du mariage. Il est un tiers par rapport à celui-ci. En outre, le choix de vivre une aventure avec un homme ou une femme marié relève de la liberté individuelle de l'amant ou de la maîtresse.* »³⁴³ Pour cette raison, la cour d'appel de Grenoble relève que l'appel n'avait aucune chance de prospérer, la procédure ne reposant sur aucun élément sérieux et déterminant. Dans cette indication se trouve la clef pour comprendre la notion d'appel abusif.

339 Cass. civ. 2, 5 mai 1978, Bull. civ. II, n° 116

340 Cass. civ. 2, 5 mai 1978, précit. – Cass. civ. 2, 10 janvier 1985, Gaz. Pal. 1985, I, somm. 113, obs. Guinchard

341 Cass. mixte, 6 septembre 2002, n° 98-14-397

342 Cass. civ. 2, 4 mai 2000, n° 95-21.567

343 T. Garé, « La maîtresse d'un homme marié doit-elle réparation à l'épouse de son amant ? », note sous Cass. civ. 2, 4 mai 2000 précit., JCP G 2000, II, 10356

D'autres affaires illustrent l'utilisation fautive de la voie de recours ordinaire. Les décisions révèlent souvent le caractère malintentionné de la démarche des parties : par exemple, l'action possessoire introduite par un villageois contre la commune de Bizanet, dans l'Aude, ayant donné lieu à un procès s'étalant sur plus d'un quart de siècle et qui « *révèle de sa part un acharnement tout particulier que le temps écoulé depuis la citation devant le premier juge, vingt-sept ans, n'a pas calmé* »³⁴⁴. Ou encore, plus récemment, le comportement « *manifestement tendancieux et marqué d'un esprit de revanche dénué de toute objectivité* »³⁴⁵.

84. En dépit des apparences et des expressions parfois virulentes employées par les arrêts, il semble que le caractère abusif de l'appel ne soit pas lié à la psychologie des sujets de droit mais plutôt à leur inaptitude à être titulaire des droits subjectifs qu'ils invoquent en justice. L'appel abusif n'est donc pas l'action du plaideur furieux d'avoir été débouté mais celle du plaideur qui fait perdre au juge son temps et qui fait fonctionner en vain le service public de la justice, en principe gratuit.

Un arrêt de la première Chambre civile du 8 mars 1978³⁴⁶ approuve la cour d'appel de Paris qui a relevé que l'appelant « *avait agi dans une intention malicieuse et avec une opiniâtreté abusive* » et, surtout, qu'il « *n'avait fait valoir aucun moyen sérieux devant eux* ». D'une lecture globale de la jurisprudence on peut donc retirer cette constatation : l'attitude des plaideurs, plus ou moins mâtinée d'hypocrisie, n'est qu'une réalité purement humaine sur laquelle il n'appartient pas au droit de régner. Au contraire, la prétention est une réalité juridique que le droit, en la personne du juge chargé de le faire respecter, se doit de contrôler. L'appel ne sera donc pas abusif du fait qu'il procède d'un esprit belliqueux mais en raison de son inconsistance. Le critère est objectif : il tient à la cause et non à ses acteurs. La frontière est ténue entre cette conception moderne et les conceptions romaine et allemande précédemment évoquées ; néanmoins il y a une nette différence entre condamner un appel qui a échoué et condamner un appel au contenu juridique si léger qu'il confine à la vacuité. Il est malaisé de déterminer si la différence est de nature ou seulement de degré, et de savoir dans quelle mesure entre en jeu la bonne ou la mauvaise foi du plaideur. Il suffit de considérer que la Cour de cassation approuve la cour d'appel qui avait condamné l'intimé pour appel abusif au motif qu'il soutenait des arguments spécieux³⁴⁷. Le langage utilisé par l'arrêt d'appel brille par son manque de pondération lorsqu'il « *énonce que cette attitude cyniquement dilatoire est caractéristique de mauvaise foi et a causé à ses malheureux créanciers un préjudice certain* ». L'intimé, en effet, se voit reprocher son abus d'agir en justice en raison de sa qualité, laquelle est

344 Cass. civ. 1, 5 juillet 1965, Bull. civ. I, n° 450

345 Cass. civ. 1, 9 janvier 2007, n° 05-10.098

346 Cass. civ. 1, 8 mars 1978, n° 76-13.321

347 Cass. civ. 2, 28 mars 1973, D. 1973, inf. rap., p. 117

inconnue du droit processuel, une qualité aussi peu juridique que celle de... juriste. Il ne s'agit pas, jusqu'à preuve du contraire, d'une profession réglementée, ni d'une qualité prévue par le Code civil ou le Code de procédure civile. Simplement, chaque fois que les faits de la cause démontrent que la partie pouvait vraisemblablement comprendre que le succès de la voie de recours était sinon impossible du moins improbable, l'appel sera déclaré abusif comme prolongation inutile du procès³⁴⁸. Le qualificatif d'appel « *téméraire* » revient souvent dans la jurisprudence³⁴⁹. L'expression qui résume l'abus est l'« *absence de moyens sérieux* »³⁵⁰.

On peut ici répondre à la question soulevée précédemment : l'appel abusif fait-il l'objet d'une appréciation *in concreto* ou *in abstracto* ? La réponse doit être fortement nuancée. D'une part, le juge appréciera *in concreto* parce qu'il devra établir qu'au vu des circonstances de la cause, l'exercice de l'appel était voué à l'échec. D'autre part, le juge appréciera *in abstracto* parce que dans toute cause semblable en fait et en droit, les moyens invoqués ne pourraient jamais être considérés comme sérieux. L'appelant normal devrait donc s'apercevoir que, dans telle situation, il est déraisonnable de prolonger le procès. « *Il importe en effet que ce ne soit pas aux yeux du juge qu'apparaisse l'inanité des prétentions de l'appelant ; il faut que celui-ci s'en soit aperçu ou ait dû normalement s'en rendre compte lui-même !* »³⁵¹

85. Plus simple, mais non moins digne d'intérêt, est la question de savoir si l'abus de l'appel est constitué du seul fait, pour l'appelant, de présenter devant le second juge les mêmes arguments que devant le premier. Dans une affaire³⁵² concernant la vente d'un terrain, l'arrêt confirmatif de la cour d'appel avait fait droit aux consorts demandeurs puis intimés et condamné les époux défendeurs puis appelants pour appel abusif sur le fondement de l'article 1382 du Code civil devenu 1240. Il estimait que l'exercice de la voie de recours avait dégénéré en abus du fait que les appelants se contentaient de « *ne faire valoir que les moyens qu'ils avaient déjà fait valoir devant les premiers juges et que ceux-ci avaient rejetés par des motifs pertinents et explicites* ». La troisième Chambre civile de la Cour de cassation a censuré cette solution en considérant que ce comportement procédural ne constituait pas, à lui seul, un abus. Pour la Haute juridiction, le principe du double degré de juridiction n'implique pas qu'il faille enrichir son argumentation devant le juge d'appel.

348 Cass. civ. 3, 15 mai 1973, Bull. civ. III, n° 338 : connaissant le caractère peu sérieux de ses prétentions, le plaideur oblige son bailleur à poursuivre jusqu'en cause d'appel le paiement de loyers échus – Poitiers, 11 janvier 2006, JCP 2006, IV, 2303 : inanité des prétentions et prolongation inutile du procès

349 V. par ex. Cass. civ. 3, 23 janvier 2013, n° 11-27.477, D. actu., 7 février 2013, obs. Rouquet – Cass. com., 19 mars 1980, Bull. civ. IV, n° 134 – Cass. civ. 2, 18 mars 1966, Bull. civ. II, n° 379 – Toulouse, 28 février 2002, Juris-Data n° 271665

350 Cass. civ. 2, 6 janvier 2011, n° 09-68.995

351 A. Perdriau, *loc. cit.*

352 Cass. civ. 3, 16 janvier 1991, n° 89-13236, D. 1991, p. 323, obs. J.-L. Aubert ; D. 1992, p. 109, note F.-X. Testu ; RTD civ. 1992, p. 408, note P.-Y. Gautier

Affirmer le contraire reviendrait à nier que la présentation en appel de nouveaux moyens de droit à l'appui d'une prétention constitue une faculté et non un devoir. Si une telle solution était consacrée, cela reviendrait purement et simplement à vider de son contenu l'institution même du double degré de juridiction. À l'issue de la première instance, la partie perdante peut, en effet, estimer que le premier juge n'a pas correctement statué et, pour cette raison, choisir de présenter les mêmes arguments au juge d'appel. Cette faculté, « loin d'être répréhensible, correspond seulement à la finalité immédiate du double degré de juridiction et à sa mise en œuvre normale »³⁵³. N'est-ce pas au regard d'une semblable considération que les magistrats qui composent la cour d'appel sont d'ordinaire choisis parmi ceux qui ont davantage d'ancienneté et qui, partant, sont censés disposer d'une connaissance plus approfondie et des règles de droit et de de l'art de rendre la justice ?

On peut cependant objecter que, si l'intimé est fondé à conclure à la confirmation du jugement entrepris, l'appelant, pour sa part, ne devrait jamais se borner à réclamer la même chose : il doit encore convaincre le juge d'appel, au besoin par de nouveaux moyens de droit, que le juge du premier degré a eu tort de le condamner ou de le débouter. *A contrario*, la Cour de cassation a jugé, en se fondant sur l'effet dévolutif, que la cour d'appel pouvait condamner pour procédure abusive la partie en demande ou en défense à qui il avait été fait droit en première instance³⁵⁴. L'exercice de l'action en justice se révèle ici à double tranchant. Deux constatations s'imposent : d'une part, l'adresse d'une partie lui ayant permis de gagner en première instance alors qu'elle n'aurait pas dû n'est pas de nature à la mettre à l'abri de condamnations futures pour ses abus, s'ils sont reconnus ; d'autre part, l'aspect voie de réformation apparaît clairement dans ce principe car, en même temps que la partie malavisée de plaider à tort, c'est le jugement lui-même qui fait l'objet d'une condamnation par la cour d'appel, en ce qu'il n'a pas su relever et réprimer l'abus de droit. Ce n'est donc pas seulement l'action en justice qui est blâmable mais également les juges parce qu'ils ne l'ont pas trouvée déraisonnable.

86. Une précision supplémentaire s'impose quant à la notion d'abus. Nous avons affirmé que l'abus du droit d'appel ne se confond pas avec l'abus du droit d'agir ou, plutôt, qu'il en est une émanation parmi d'autres. L'appel abusif et la procédure abusive sont deux excès distincts lorsque le plaideur utilise à mauvais escient certaines actions en justice au stade de l'appel sans pour autant porter atteinte aux principes régissant cette voie de recours³⁵⁵. De même, le refus d'exécuter le jugement assorti de l'exécution provisoire a pu être assimilé par la jurisprudence à une procédure

353 J.-L. Aubert, *loc. cit.*

354 Cass. civ. 1, 7 novembre 1995, n° 92-10.053, Bull. civ. I, n° 388, Gaz. Pal. 1996, II, pan. 168 – Cass. com., 5 janvier 1999, Bull. civ. IV, n° 5 – Cass. soc., 12 janvier 2010, n° 08-44.211

355 Cass. civ. 3, 30 mars 1994, n° 92-11.881

abusives³⁵⁶. On peut aller plus loin en imaginant un exercice *a priori* légitime du droit d'appel suivi d'un comportement procédural abusif une fois l'instance d'appel engagée. Tel serait le cas de l'appelant qui émettrait une nouvelle prétention abusive ou de l'intimé se contredisant au détriment de son adversaire. Cet exemple nous montre que l'action ne se confond pas avec l'appel et que même dans l'instance d'appel, l'abus du droit d'agir peut être distingué de l'abus du droit d'appel. Il nous révèle un comportement procédural qui se réalise toujours en deux étapes : la première consiste à exercer l'appel, la seconde à présenter ses demandes à la juridiction d'appel.

Dès lors, quelle sanction faudra-t-il appliquer ? Le droit positif offre plusieurs possibilités, abstraction faite de l'article 1240 du Code civil. Il convient d'envisager une sanction de l'abus du droit d'agir dans l'instance d'appel qui ne repose pas sur la sanction de l'abus du droit d'appel. Si l'on reprend la distinction évoquée précédemment, les articles 559 et 32-1 du Code de procédure civile devront être respectivement appliqués à l'abus du droit d'appel et à l'abus du droit d'agir devant la cour d'appel. La frontière est ténue entre ces deux errements. Elle l'est moins lorsqu'il s'agit de choisir entre l'amende civile du Code de procédure et les dommages et intérêts du Code civil, encore que les deux peuvent être cumulés³⁵⁷. Les deux types de sanctions suivent deux logiques différentes : l'une servira à sanctionner la perte de temps – et d'argent – causée au service public de la justice tandis que l'autre sera assimilée au préjudice provoqué par n'importe quel autre fait juridique³⁵⁸.

87. Il est à préciser que la demande de dommages et intérêts de l'intimé fondée sur le caractère abusif de l'appel ne nécessite pas d'appel incident. Au surplus, un appel incident pourrait-il servir à solliciter une telle condamnation ? Il semble que non, parce que la demande repose sur des faits non soumis au premier juge. Une fois de plus apparaît la distinction nettement affirmée entre les deux instances, parce qu'il s'agira de sanctionner des agissements survenus une fois la première instance terminée. Cette solution admise par la cour d'appel de Grenoble en 1967³⁵⁹ dénote dès cette époque une conception de l'appel voie d'achèvement : l'inutilité d'emprunter la voie de l'appel incident révèle bien la volonté prétorienne de mettre fin à une affaire en réglant tous les incidents, y compris les abus de procédure, alors même que le premier juge n'a pas pu en connaître.

Plus récemment, la Cour de cassation a rappelé que l'article 1240 du Code civil exige une faute, qui ne saurait résider dans le simple caractère infondé du recours³⁶⁰. L'appréciation inexacte

356 Paris, 15 mars 2006, Bull. avoués 2006, p. 11, n° 174

357 C.P.C., art. 32-1 et 559

358 On notera que le choix de sanctionner ce préjudice sur le fondement de la responsabilité délictuelle et non sur celui de la responsabilité contractuelle est un argument de plus en faveur de l'analyse non contractuelle de l'instance.

359 Grenoble, 27 mai 1967, JCP G 1967, II, 15194

360 Cass. civ. 1, 16 novembre 2016, n° 15-24.248 – Cass. civ. 3, 14 mai 2013, n° 12-17.626

de ses droits par l'appelant n'est pas suffisante à caractériser cette faute³⁶¹. De la sorte, une action mal engagée ne correspond pas à une action abusive, des circonstances supplémentaires devant être relevées³⁶². Le juge « *ne doit jamais dissuader le plaideur d'agir car un procès n'est jamais joué à l'avance* »³⁶³.

SECTION II : LA QUALITÉ

88. « *À vrai dire, c'est surtout la notion de qualité qui sème le trouble en cultivant, à côté de son appariement naturel avec la notion d'intérêt, une liaison persistante avec la notion de pouvoir. Les illustrations abondent de l'ambiguïté de la qualité qui semble se complaire dans ce ménage à trois* »³⁶⁴ Il est donc nécessaire de s'interroger sur ses caractéristiques (§ 1) avant d'envisager ses possibilités d'évolution (§ 2).

§ 1. Les caractéristiques de la qualité pour agir

89. Le terme qualité revêt plusieurs acceptions et se singularise par sa polysémie. La législation et la jurisprudence ne font d'ailleurs pas toujours nettement la différence, sans doute parce que la notion « *puise ses éléments dans deux sources auxquelles on est tenté de l'identifier : le fond du litige et la procédure* »³⁶⁵. Il convient de la définir (A) dans le but de comprendre en quoi la qualité pour appeler possède sa spécificité au regard de la qualité pour agir (B).

A. La notion de qualité pour agir

90. Par qualité, on peut désigner quatre réalités juridiques qui, loin de s'exclure, peuvent être rassemblées au sein d'un même procès. Il faut parler de qualité substantielle au regard de la situation juridique litigieuse : on agit en qualité de propriétaire, de créancier, d'usager, de contribuable... La qualité procédurale est celle qui intéresse la place du plaideur au sein de l'instance : on agit en qualité de demandeur, de défendeur ou d'intervenant. La qualité pour agir ou

361 Cass. civ. 3, 26 mai 2016, n° 15-12.556 et 15-13.090

362 Cass. civ. 2, 6 mars 2003, n° 01-00.507, Bull. civ. II, n° 52 – Cass. civ. 2, 2 juin 2016, n° 14-18.032

363 M. Kebir, obs. sous Cass. civ. 1, 16 novembre 2016, D. actu., 5 décembre 2016

364 F. Kernalguen, « Intérêt, qualité, pouvoir : le ménage à trois de la théorie de l'action ? », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard : Justice et procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, (dir.) J.-M. Coulon, Dalloz, 2010, p. 771

365 Y.-M. Serinet, *loc. cit.*

qualité processuelle concerne l'attribution du droit d'agir en justice. Enfin, le terme qualité est parfois employé maladroitement pour désigner le pouvoir qui fonde une personne à exercer l'action : le représentant légal, le gérant, le tuteur... « *Sans doute ces différentes acceptions sont liées entre elles, et peuvent se retrouver dans une même instance : ainsi si une demande en divorce est formée au nom d'un majeur en tutelle, on dira qu'il a qualité pour agir en qualité (procédurale) de demandeur en sa qualité (subsantielle) d'époux, mais que, en raison de son incapacité, son tuteur a qualité (pouvoir) pour exercer l'action.* »³⁶⁶

La qualité procédurale ne concerne pas tant le fond du droit que la place occupée dans le procès. Sans être totalement indifférente, elle peut varier d'une instance à l'autre, au gré de ce qui aura été accordé ou refusé par les premiers juges puis par les juges d'appel et, enfin, au regard du contrôle exercé par la Cour de cassation. Seule la qualité pour agir est vraiment déterminante, quoiqu'intrinsèquement liée à la qualité substantielle, celle-là conditionnant et modelant celle-ci.

91. « *Dans toutes les législations, on exige, pour que la demande en justice soit recevable, que les plaideurs aient qualité.* »³⁶⁷ Il s'agit ici à proprement parler de la qualité pour agir, véritable porte d'entrée du procès. On pourrait néanmoins imaginer que la qualité n'est requise que pour les actions attitrées – ou réservées – et qu'au contraire elle ne serait pas nécessaire pour les actions banales, l'intérêt suffisant à fonder ces dernières³⁶⁸. Nous ne partageons pas ce point de vue et considérons que la qualité est une condition d'existence de toute action en justice. L'analyse de cette question est relativement complexifiée par l'interdépendance de la qualité et de l'intérêt ainsi qu'en raison du manque de délimitation des contours de ces deux notions : « *conditions les plus classiques de l'action en justice, la qualité et l'intérêt pour agir ne sont pourtant pas clairement définis* »³⁶⁹. Pour y voir plus clair, il faut procéder à une étude des textes du Code de procédure civile avant de se demander en quoi la qualité et l'intérêt diffèrent l'un de l'autre.

Les textes du Code de procédure civile ne sont guère explicites quant aux notions de qualité et d'intérêt. Ils ne les définissent ni ne précisent s'il s'agit de conditions autonomes et cumulatives de l'action en justice. L'article 31 ouvre l'action « *à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention* » sans préciser que la qualité pour agir est nécessaire. Cette discrétion – ou plutôt cette lacune – du texte a induit en erreur de nombreux auteurs qui en ont déduit que la qualité n'était requise que dans les cas où la loi l'exige et l'attribue à certaines personnes. En faveur

366 F. Kernaleguen, *op. cit.*, pp. 772-773

367 Y.-M. Serinet, *loc. cit.*

368 V. en ce sens L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, p. 290, n° 361 : « *En principe, la qualité pour agir n'est pas requise de celui qui agit à titre personnel, pour la défense d'un intérêt direct et personnel.* »

369 G. Bolard, « *Qualité ou intérêt pour agir ?* », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard : Justice et procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, *op. cit.*, p. 597

de cette analyse on relèvera que l'article 31 *in fine* donne qualité « *pour défendre un intérêt déterminé* ». Autrement dit, l'intérêt suffirait dans les actions banales tandis que dans les actions attitrées il serait non seulement insuffisant mais encore pourrait n'être pas propre à celui qui l'invoque, d'où la nécessaire attribution de la qualité par la loi. L'article 122 qui définit la fin de non-recevoir et en donne une liste ne nous est d'aucun secours, du fait qu'il énumère pêle-mêle des fins de non-recevoir sans préciser les actions en justice qu'elles concernent. À cela il faut ajouter que la liste ne constitue pas un *numerus clausus*³⁷⁰, la législation en contenant d'autres, dispersées dans différents codes³⁷¹, et la jurisprudence en ayant admises voire créées *praeter legem*³⁷². Pour autant, l'article 122 distingue l'intérêt de la qualité. On objectera sans doute que c'est l'action *lato sensu* qui est visée, sans préjudice de la distinction doctrinale opérée entre l'action banale et l'action attitrée. Il n'en demeure pas moins que l'autonomie des notions ainsi affirmée dans les articles 31 et 122 permet déjà de relever qu'en dépit du caractère très ténu de leur frontière, la qualité ne se dilue pas dans l'intérêt, à supposer qu'elle soit requise pour toutes les actions.

92. Les articles 31 et 32 du Code de procédure civile offrent une présentation en miroir de l'action en justice. Les conditions sont identiques pour le demandeur et le défendeur : celui qui a intérêt au *rejet* d'une prétention peut être aussi bien l'intervenant que le défendeur ; l'action attitrée permet d'élever ou de *combattre* une prétention ; la prétention ne saurait être émise *par* ou *contre* une personne dépourvue du droit d'agir. On ne peut donc pas demander n'importe quoi contre n'importe qui. Toutefois, la qualité est-elle requise du côté du défendeur ou l'intérêt est-il suffisant ? Au surplus, en quoi consiste l'intérêt du défendeur qui, par définition, a été troublé (à tort ou à raison) dans sa jouissance (licite ou illicite) du droit litigieux ? Y a-t-il un intérêt à être actionné en justice ? L'intérêt du défendeur résiderait alors dans l'obtention du rejet de la prétention du demandeur. Cela reste difficile à soutenir, parce que « *si la situation de fait coïncide avec une situation juridiquement fondée, quel avantage le défendeur tirerait-il d'une contestation ?* »³⁷³

Aux termes de l'article 31, cet intérêt doit être légitime. Imaginons la victime d'un vol renonçant au recours à la justice pénale mais exerçant contre l'infracteur l'*actio rei vindicatio* prévue à l'article 2276 alinéa 2 du Code civil. Il est évident que le défendeur – par ailleurs

370 La constatation s'évince de l'emploi par l'article 122 du déterminant « tel ».

371 Par ex. C. civ., anc. art. 340-1 abrogé par la loi du 8 janvier 1993.

372 Cass. mixte, 14 février 2003, Bull. civ. ch. mixte 2003, n° 1, Procédures 2003, comm. 93, obs. Perrot ; D. 2003, p. 1386, note Ancel et Cottin ; RTD civ. 2003, p. 294, obs. Mestre et Fages et, p. 349, obs. Perrot : clause de conciliation en violation de laquelle a eu lieu la saisine du juge. – Cass. civ. 1, 6 juillet 2005, n° 01-15.912, JDI 2006, p. 608, note Béhar-Touchais ; D. 2006, p. 1424, note Agostini : interdiction de se contredire au détriment d'autrui.

373 G. Bolard, note sous Cass. civ. 1, 6 novembre 1990, *Mme Lang c/. Wirrig* et Cass. com., 15 octobre 1991, *Lauture et autres c/. SCI Léon Blum*, JCP G 1992, II, 21905

délinquant – n’a aucun intérêt légitime à voir rejeter la prétention de sa victime. Il n’en demeure pas moins défendeur, d’une part parce qu’il a un intérêt – certes illégitime – à gagner le procès, d’autre part parce qu’il possède la qualité de défendeur, pas seulement au sens procédural mais encore au sens processuel. En d’autres termes, la victime ne pouvait assigner devant le juge civil que la personne en la possession de laquelle se trouvait le bien soustrait, c’est-à-dire l’auteur du vol ou du recel ou le possesseur de bonne foi. *A contrario*, le demandeur qui agit à mauvais escient ou à des fins vexatoires n’a d’intérêt ni légitime ni légal puisqu’il n’est pas le destinataire de la règle de droit qu’il invoque. Son intérêt pour agir – qui est potentiel et même fictif – se déduira donc de la qualité jusqu’à ce que l’adversaire ait convaincu le juge de l’absence du premier, dont la sanction se traduira d’ailleurs non par une fin de non-recevoir mais par le rejet de la prétention au fond. *Ab initio* il n’y avait pas d’intérêt légitime réel mais seulement un intérêt légitime probable appuyé par la présence de la qualité.

93. De cette analyse ressortent plus clairement les contours de la notion d’intérêt. On peut avoir un intérêt légitime à se voir reconnaître un droit, mais encore faut-il manifester une aptitude à la titularité de ce même droit. La qualité peut alors être définie comme « *le titre requis des plaideurs par le droit positif pour mettre le juge en contact avec le fond du litige* »³⁷⁴ et « *la situation requise des plaideurs par le droit positif pour obtenir une décision de justice efficace* »³⁷⁵. Il ne s’agit pas d’un droit général et abstrait de saisir le juge mais du droit pour une personne déterminée d’être entendue sur le fond au sujet d’une prétention donnée. C’est « *l’appartenance du pouvoir d’agir à une certaine personne par rapport à une certaine contestation* »³⁷⁶, l’action en justice n’étant pas un droit général et impersonnel mais le droit de voir régler une situation juridique litigieuse, d’où le principe d’irrecevabilité des actions préventives³⁷⁷.

La qualité consiste donc dans la vertu du plaideur à pouvoir se présenter devant le juge en demande ou en défense. On objectera peut-être que cette *vertu* réside non pas dans la qualité mais dans l’intérêt. Ce dernier est bien exigé par l’article 31 du Code de procédure civile, mais il n’est nullement défini. Tout au plus, et si l’on s’en tient à la lettre du texte, nous savons que cet intérêt doit être légitime, condition à laquelle la doctrine et la jurisprudence ont ajouté celles d’intérêt direct et personnel, sérieux, né et actuel. En réalité, l’intérêt ne doit pas seulement être légitime, il doit encore être légal ou, plus exactement, être juridique. Un intérêt juridique, c’est un intérêt sanctionné par une règle de droit. Une femme a un intérêt dans l’admiration que lui porte son mari ;

374 R. Gassin, *La qualité pour agir en justice*, thèse Aix-en-Provence, 1955, p. 21

375 *Ibid.*, p. 299

376 M.-A.-K. Omar, *La notion d’irrecevabilité en droit judiciaire privé*, thèse Paris, 1965, LGDJ, 1967, p. 156, n° 320

377 V. par ex. Cass. com., 22 novembre 1994, n° 91-16.586

mais cet intérêt n'est pas juridique et encore moins procédural parce que les articles 212 et suivants du Code civil ne le considèrent pas comme un des devoirs respectifs des époux. La loi ne s'intéresse pas à ce genre de problèmes, par définition trop complexes à résoudre et au demeurant insaisissables : *Lex cessat, si finis adaequatus cessat, non vero si particularis*. À l'inverse, une femme peut assigner son époux en divorce pour faute en raison d'un adultère, la fidélité réciproque des conjoints constituant l'un pour l'autre un intérêt légitime que chacun a le droit de voir protéger. L'intérêt est donc non seulement légitime mais encore juridique parce qu'il est protégé par l'article 212 et sanctionné par l'article 242 du Code civil.

On peut malgré tout douter parfois de la légalité de l'intérêt quand on se rend compte que la jurisprudence admettait la recevabilité d'actions engagées par des personnes qui se prévalaient de titres absolument factuels, telle la concubine hétérosexuelle³⁷⁸ ou homosexuelle³⁷⁹ avant l'insertion dans le Code civil de l'article 515-8, et même la maîtresse indemnisée simultanément à l'épouse³⁸⁰. Sans doute faut-il en déduire, comme l'a fait Gassin, que le titre est un fait juridique indépendant du procès³⁸¹. Bien que la légalité de l'intérêt soit quelquefois sacrifiée sur l'autel des intérêts d'autrui, il demeure que la prétention doit « être juridique, susceptible en tout cas d'être examinée à travers le prisme des règles de droit »³⁸², l'absence d'une règle de droit dans la législation n'emportant pas un défaut de normativité, le juge pouvant la faire émerger à la positivité, en l'inventant ou en la dégagant, comme c'est souvent le cas respectivement en droit international privé et en droit administratif.

94. Dans les actions banales, la qualité s'entendrait de la crédibilité de la prétention. On ignore *in limine litis* – en tout cas d'un point de vue du droit – si le demandeur va obtenir gain de cause, c'est-à-dire s'il est titulaire du droit qu'il réclame. C'est aux débats qu'il écherra de le révéler. Cependant, le demandeur doit montrer dès le début qu'il existe sinon une probabilité du moins une possibilité qu'il soit le destinataire de la règle de droit qu'il invoque à son profit. L'article 6 du Code de procédure civile impose aux parties d'alléguer les faits propres à fonder leurs prétentions. Dans cette allégation se trouve la démonstration que l'on pourrait être titulaire du droit qu'on invoque.

378 Cass. mixte, 27 février 1970, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, (dir.) H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde, Dalloz, 2015, 13^{ème} éd., t. 2, *Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, n° 188-189 ; D. 1970, p. 201, note Combaldieu ; JCP 1970, II, 16305, concl. Lindon, note Parlange ; RTD civ. 1970, p. 353, obs. Durry

379 TGI Belfort, 25 juillet 1995, JCP 1996, II, 22724, note Paulin ; JCP 1996, I, 3903, n° 3, obs. Mattei ; LPA, 2 mars 1998, note Corpart

380 Riom, 9 novembre 1978, JCP 1979, II, 19107, note Almairac (solution au demeurant choquante quand on pense que la relation invoquée, en plus de n'être pas juridique, constitue la violation d'un devoir d'ordre public).

381 R. Gassin, *op. cit.*, p. 243 et s.

382 Ph. Théry, « Le litige en droit judiciaire privé, petits exercices de procédure élémentaire », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard : Justice et procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, *op. cit.*, p. 853, spéc. p. 854

Les personnes que la loi qualifie pour agir sont justement dispensées de cette allégation. Il faut y voir à la fois une présomption simple d'intérêt posée par la loi et une application du principe *Specialia generalibus derogant* en matière de qualité, le rapport de droit devant être protégé de toute immixtion intempestive, fût-elle vouée à l'échec. Il est plus simple de laisser close la porte du prétoire à un intrus au moyen d'une fin de non-recevoir que de le débouter de sa demande par le rejet d'une prétention au fond, cette mesure contribuant à assainir l'ensemble du débat judiciaire. Cela se conçoit facilement dans les questions d'état des personnes. Dans les actions attitrées, la loi crée seulement de façon artificielle l'aptitude à être titulaire du droit litigieux.

Monsieur Bolard en conclut que « *la qualité pour agir résulte de l'aptitude du demandeur à être titulaire du droit substantiel litigieux, si ce droit existe. Le procès est en effet inutile si, de toute façon, le demandeur ne peut pas être titulaire du droit substantiel litigieux* »³⁸³. La jurisprudence a consacré cette interprétation en considérant qu'une personne donnée pouvait avoir intérêt à une action banale³⁸⁴. La qualité permettrait donc de réaliser la jonction entre la situation litigieuse et le procès, d'où la coloration substantielle de la notion, son examen impliquant déjà une incursion sur le terrain du fond du droit. Il faudrait alors considérer au cas par cas, dans chaque litige, la présence ou l'absence de la qualité³⁸⁵. Selon Monsieur Giverdon, « *la qualité est l'élément qui, dans chaque hypothèse, vient préciser la légitimité du droit d'action, et cela par référence à la question substantielle sur laquelle porte le litige* »³⁸⁶. Il est fort pertinent de parler de *légitimité* du droit d'action. Nous rejoignons ici l'intérêt légitime qui consiste non pas à avoir raison au fond mais à être admis à soumettre une prétention au juge. Le même auteur parle, pour la personne du demandeur, de « *l'aptitude requise à exiger cette décision* »³⁸⁷ judiciaire. Ici encore, il y a l'aptitude à être titulaire d'un droit et non une titularité évidente, le droit d'obtenir un acte juridictionnel mais non le droit à ce que cet acte juridictionnel soit favorable. La qualité du demandeur et du défendeur consiste donc dans la possibilité d'être, respectivement, le créancier et le débiteur de l'obligation invoquée.

95. Une jurisprudence constante de la troisième Chambre civile refuse l'indemnisation d'une société coopérative pour demander réparation du préjudice subi personnellement par ses membres³⁸⁸. À supposer que la responsabilité civile fût établie, ladite personne morale ne pouvait

383 G. Bolard, « Qualité ou intérêt pour agir ? », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard : Justice et procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, op. cit., p. 597, spéc. pp. 598-599, n° 3

384 Cass. civ. 1, 17 octobre 1978, Bull. civ. I, n° 308 : ministre du culte

385 Trib. civ. Mantes-Gassicourt, 12 avril 1951, D. 1951, p. 466 ; RTD civ. 1951, p. 409 : usufruitier agissant en rescission pour lésion de la vente de l'immeuble.

386 C. Giverdon, « La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice », D. 1952, chron., p. 85

387 *Ibid.*

388 Cass. civ. 3, 3 février 1976, Bull. civ. III, n° 340 – Cass. civ. 3, 16 octobre 1985, Bull. civ. III, n° 124, Gaz. Pal.

être destinataire des obligations contractées par les débiteurs. Ainsi l'on comprend mieux qu'il est impossible de réclamer en justice un droit pour autrui, puisqu'en dépit de l'intérêt qu'on y trouve – et qui, sans conteste, peut être personnel – on se présente dans l'impossibilité d'en être titulaire.

La qualité ne se dissout donc pas dans l'intérêt même si l'intérêt absorbe la qualité ou, mieux, la suppose. Pour cette raison, la qualité pourrait être l'aspect personnel et direct de l'intérêt. À cela il faut ajouter que la qualité, tout en permettant de lier le droit substantiel au droit processuel, ne ressortit pas au seul domaine du fond du droit, sa sanction résidant dans la fin de non-recevoir plutôt que dans le débouté. Simplement, la loi donne implicitement qualité dans les actions banales et explicitement dans les actions attitrées. Ces deux types d'action correspondent à la mise en œuvre de deux illustrations du droit d'accès à un juge : pour les actions banales la liberté d'action est entière et la qualité existe *de plano* tandis que dans les actions attitrées cette liberté est limitée par des impératifs supérieurs aux intérêts privés des parties et parce que « *certaines procès ne sont pas socialement supportables* »³⁸⁹.

B. La qualité pour interjeter appel

96. Après avoir clarifié la notion de qualité pour agir en justice, en la dégageant des traces d'intérêt qui la polluaient, il convient de se demander si cette qualité est identique d'une instance à l'autre. De même que l'article 31 du Code de procédure civile ne parle pas explicitement de qualité, l'article 546 n'y fait allusion que de manière voilée. En première instance comme en appel, la qualité processuelle se définit comme l'attribution du droit d'agir en justice. Il ne va pas de soi, cependant, que dans les deux cas, cette attribution réponde aux mêmes conditions, ni même que son contenu soit identique. Alors qu'il s'agit en première instance de l'aptitude à être titulaire du droit litigieux, la qualité est bien plus neutre en appel. Elle est neutre parce qu'elle est beaucoup moins substantielle que procédurale. Le critère n'est pas la position d'une personne par rapport à une situation litigieuse mais sa place au sein du procès. Pour le formuler autrement, le contenu de la qualité processuelle en première instance réside dans l'aptitude à la titularité du droit litigieux tandis qu'en appel la qualité processuelle subsiste dans la qualité procédurale. On raisonne d'abord en termes de situation juridique pré-contentieuse puis en termes de situation juridique contentieuse et procédurale. Plus simplement, une fois admise la qualité processuelle pour agir en justice, cette qualité n'a pas besoin d'être établie derechef au regard de la situation juridique en dégénérescence lorsqu'il s'agit d'accéder au juge du second degré. Tout au plus, la référence au litige lui-même se retrouvera en appel lorsqu'il s'agira d'évaluer l'intérêt pour agir par rapport au jugement rendu.

1986, I, somm. 240, obs. Guinchard et Moussa
389 G. Bolard, JCP 1992, II, 21905

Concrètement, la qualité pour agir au stade de l'appel consiste simplement dans le fait d'avoir été partie à l'instance du premier degré³⁹⁰. Cette affirmation se déduit d'une lecture *a contrario* de plusieurs articles du Code de procédure civile³⁹¹. Sous l'empire du Code de 1806, il fallait avoir conclu contre le colitigant en première instance pour pouvoir appeler contre lui³⁹², bien que l'irrecevabilité ne pût être relevée d'office³⁹³. La même règle était appliquée à l'instance devant la Cour de cassation³⁹⁴. Cette condition conduisait à des solutions injustes, propres à laisser des problèmes irrésolus pour des raisons purement formalistes. Un arrêt de la première Chambre civile nous en offre une illustration : deux frères étaient codéfendeurs à une demande de pension alimentaire de leur mère. La Haute juridiction a estimé qu'un des deux frères ne pouvait critiquer la répartition décidée par le premier juge parce que « *l'appelant ne peut intimer la partie citée conjointement avec lui contre laquelle il n'avait pas conclu devant le juge du premier degré* »³⁹⁵. Cette solution partait du postulat que l'intimé devait avoir non seulement qualité mais encore intérêt à être attrait devant la cour d'appel.

Cette restriction du droit d'appel a été – au moins théoriquement – abandonnée par le nouveau Code de procédure civile, les nouvelles dispositions épousant plus heureusement que les anciennes des litiges souvent complexes. On en retrouve certaines traces cependant dans la jurisprudence récente : la Cour de cassation maintient ainsi cette condition d'avoir conclu en première instance chaque fois que la prétention en appel échapperait au double examen judiciaire³⁹⁶. Dans l'espèce à laquelle nous faisons allusion, le patient contaminé par le virus de l'hépatite C à la suite d'une transfusion avait assigné en déclaration de responsabilité et en indemnisation de son préjudice la clinique et son anesthésiste, lesquels avaient appelé en garantie la Fondation nationale de transfusion sanguine. Déboutée de sa demande, la victime avait assigné les trois autres parties à la procédure. La première Chambre civile a répondu que l'appel contre le centre de transfusion était irrecevable faute de conclusions prises contre lui devant le premier juge, abstention dont le corollaire était l'absence de tout lien juridique d'instance, ce lien devant exister devant le premier juge pour être « reconduit » devant le juge d'appel, hors les hypothèses marginales d'intervention forcée, dont les conditions n'étaient de toute façon pas réunies en l'espèce. Pour Roger Perrot, « *la*

390 Cass. com., 2 mai 1977, D. 1978, inf. rap., p. 57, obs. Julien – Cass. civ. 2, 15 février 1978, Bull. civ. II, n° 36

391 C.P.C., art. 546, 547, 549 et 554

392 Cass. req., 20 janvier 1873, DP 1874, I, 16 – Cass. soc., 24 novembre 1955, Bull. civ. IV, 1955, p. 636 – Cass. civ. 2, 18 décembre 1969, D. 1970, p. 228

393 Cass. civ. 2, 27 octobre 1969, Gaz. Pal. 1970, I, 107

394 Cass. com., 17 décembre 1964, Bull. civ. IV, 1964, p. 506 : doit être mis hors de cause le défendeur contre lequel le demandeur au pourvoi n'a pas conclu devant la cour d'appel.

395 Cass. civ. 1, 9 février 1970, D. 1970, somm. 89 – V. également Cass. req., 5 mai 1868, DP 1869, I, 285 – V. cependant Lyon 6 juillet 1889, DP 1890, II, 113 : le défendeur devenu appelant peut conclure en appel contre un autre défendeur contre lequel il n'avait pas conclu en première instance, car ses conclusions ayant le même objet que celles du demandeur, la demande n'était pas nouvelle.

396 Cass. civ. 1, 18 mars 2003, n° 01-01.073, Procédures 2003, n° 109, obs. Perrot ; RTD civ. 2003, p. 355, obs. Perrot

solution se comprend aisément. Dans les procès où les mises en cause se multiplient en ordre dispersé, chaque instance conserve son empreinte individuelle, et l'adversaire n'est pas n'importe qui : c'est celui contre lequel on a émis une prétention ; les autres sont des invités que l'on côtoie, mais que l'on ignore et qui ne deviennent des adversaires que si l'on conclut contre eux »³⁹⁷.

97. Les réformes récentes ont donné « *le caractère absolu à la notion de partie : on sait en effet que cette notion n'est plus déterminée par l'échange des conclusions en première instance, mais par la simple présence en cette instance* »³⁹⁸. À partir d'un arrêt rendu en 2010 par la première Chambre civile de la Cour de cassation³⁹⁹, la doctrine a déduit que l'appel était en droit positif une action banale, la loi donnant qualité pour appeler à toute personne qui justifie de sa position de partie en première instance. Il est évident que l'appel n'est pas une action attitrée. Sans relancer le débat historique relatif à son utilité et à sa légitimité – débat qui dépasserait le cadre de cette étude – il est à noter qu'il demeure largement ouvert sans autres restrictions que celles du taux de ressort ou de règles spéciales comme celles en vigueur dans les procédures collectives⁴⁰⁰. Ce n'est que dans ces cas particuliers que l'appel est une action attitrée. L'attribution de la qualité à toute personne partie à la première instance plaide, une fois de plus, en faveur de la reconnaissance de cette condition dans les actions banales. Aucune règle spéciale ne vient réserver le droit d'appel à une personne déterminée. Tout au plus pourra-t-on soutenir que la qualité pour agir est conférée tacitement aux parties par la loi, et que la vérification de l'aptitude à la titularité du droit litigieux – qui se distingue de la titularité effective faisant l'objet du débat au fond – a déjà eu lieu devant le premier juge *in limine litis*⁴⁰¹.

Au surplus, la qualité de partie à la première instance ne ressortit pas au droit substantiel mais à la procédure. Il ne s'agit pas de protéger une situation juridique litigieuse mais de garantir un bon fonctionnement de l'institution judiciaire, et plus spécifiquement du double degré de juridiction. On ne saurait donc voir dans l'exercice d'une voie de recours une action attitrée. La participation à l'instance précédente pour accéder au degré judiciaire supérieur est une condition générale. L'article 609 pose cette règle pour le pourvoi en cassation, ce qui n'en fait pas non plus une action attitrée, en particulier au regard du mécanisme de filtrage des pourvois⁴⁰² qui n'hésite pas

397 R. Perrot, obs. sous Cass. civ. 1, 18 mars 2003, précit., RTD civ. 2003, p. 355

398 Y. Abou-Zeid, *op. cit.*, p. 30, n° 31

399 Cass. civ. 2, 14 octobre 2010, n° 09-16.132

400 V. C. com., art. L. 661-4 et 661-6

401 La faculté d'invoquer une fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité s'interpréterait plutôt comme une expression des droits de la défense.

402 G. Canivet, « La procédure d'admission des pourvois en cassation, bilan d'un semestre d'application de l'article L. 131-6 du Code de l'organisation judiciaire », D. 2002, p. 2195 – V. Cottin, « La Cour de cassation se dote d'une procédure d'admission des pourvois en cassation », D. 2002, chron., p. 748 – A. Perdriau, « La non-admission des pourvois », JCP 2002, I, 181 – V. Vigneau, « Le régime de la non-admission des pourvois devant la Cour de

à prendre en compte l'absence d'intérêt normatif et doctrinal, au besoin en recourant aux dispositions de la loi organique du 25 juin 2001 l'autorisant à écarter sans motivation les pourvois irrecevables et les moyens dits non sérieux⁴⁰³. À l'inverse, l'appel est une action attitrée lorsqu'il n'est ouvert qu'à certaines personnes, par exemple en droit des entreprises en difficulté⁴⁰⁴.

98. Puisque la qualité est nécessaire pour agir, en quoi va-t-elle consister lorsqu'il s'agit d'interjeter appel ? Fondamentalement, « *dans les procès sur voies de recours (procès d'appel en particulier), la qualité n'appartient qu'à ceux qui ont été parties (ou représentées) en première instance* »⁴⁰⁵. La condition d'avoir été partie pose un problème de définition : la notion de partie à l'instance, bien qu'elle constitue l'un des fondements de la procédure civile, n'est pas explicitée⁴⁰⁶. Un double critère renvoie au double lien qui engage la partie : d'une part un critère formel consistant dans le lien juridique d'instance, d'autre part un critère matériel correspondant au litige qui en est l'objet.

Un autre problème, plus théorique, se présente également : l'article 1^{er} du Code de procédure civile dispose que « *les parties introduisent l'instance* ». Pourtant, la qualité de partie ne préexiste pas à l'instance puisque c'est l'instance qui confère cette qualité. La confère-t-elle rétroactivement ? La question demeure en suspens, sans doute parce que les enjeux pratiques sont faibles, pour ne pas dire inexistantes. Nous pouvons dès à présent en tirer une observation quant à la physionomie générale du procès : au cours de l'instance d'appel, il y a déjà deux parties, qui conservent cette qualité, quoique dans des rôles différents (appelant et intimé au lieu de demandeur et défendeur). En d'autres termes, seule la qualité processuelle demeure, la qualité procédurale pouvant varier au fil des instances à l'intérieur d'un même procès. Cela plaide en faveur d'une réelle continuité entre les deux instances, où l'on retrouve les mêmes adversaires qui sont déjà parties. Or, la différence de position (appelant ou intimé) dépendra des demandes formulées, ce qui inclinerait plutôt à considérer qu'il existe une solution de continuité entre les deux instances.

Parfois c'est le jugement lui-même qui confère la qualité de partie, dans le cas, par exemple, de la conversion d'office du règlement judiciaire en liquidation des biens, cette conversion entraînant la recevabilité de l'appel émanant d'une société qui jusqu'alors n'était pas partie⁴⁰⁷. Il en

cassation », D. 2010, p. 102 – C. Atias, « Une enquête nécessaire : les “arrêts” de non-admission du pourvoi en cassation », D. 2010, p. 1374

403 Loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature, art. 27

404 V. par ex. C. com., art. L. 661-6

405 C. Giverdon, *loc. cit.*

406 V. F. Bussy, *loc. cit.*

407 Aix-en-Provence, 23 janvier 1973, D. 1973, p. 445, note Derrida ; RTD civ. 1973, p. 815, obs. Raynaud – V. aussi Cass. com., 17 juin 1975 (trois arrêts), D. 1976, p. 65, note Julien

est de même de l'intervention, situation dans laquelle une personne se retrouve partie à une instance en cours de procédure sans l'avoir été *ab initio*. Il faut donc être partie au plus tard au moment du jugement, même si l'acquisition de la qualité procédurale et le prononcé de la décision sont séparés par un laps de temps infime voire fictif.

§ 2. Les évolutions de la qualité dans l'instance d'appel

99. La qualité substantielle organisée par le droit civil diffère de la qualité processuelle aménagée par la procédure civile. Leur réunion sur la tête d'un plaideur conduit néanmoins à s'interroger sur les liens qu'elles entretiennent (A) et sur leurs possibilités de changement d'une instance à l'autre (B).

A. Les liens unissant la qualité substantielle à la qualité processuelle

100. Nous avons fait remarquer que la qualité processuelle découle en première instance de la qualité substantielle et en appel de la qualité procédurale. Il ne s'agit aucunement d'une invitation à en tirer la conclusions hâtive que la qualité substantielle peut évoluer librement au sein du procès. En effet, ce ne sont pas les personnes elles-mêmes qui sont prises en considération mais les qualités et fonctions en lesquelles elles ont agi ainsi que leur possession régulière. « *C'est-à-dire que, à propos de l'appréciation de la qualité, le droit d'appel est attaché non à la personne, mais à la qualité en laquelle l'appelant a procédé en première instance.* »⁴⁰⁸ Il faut donc une identité du titre d'une instance à l'autre. C'est à ce titre qu'est suspendu le droit d'appel, sans acception de personnes. Le lien entre qualité substantielle et qualité processuelle a certes pu être discuté *in limine litis* devant le premier juge. Or, l'invocation d'une nouvelle qualité substantielle devrait mener, logiquement, à un nouvel examen de la condition de qualité pour agir et, inéluctablement, à une fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité, puisqu'on s'appuierait non pas sur la qualité procédurale de partie mais sur une qualité substantielle peut-être absente du débat devant le premier juge. Une telle violation du double degré de juridiction n'est pas acceptable.

101. La détermination du titre n'est pas sans poser certaines difficultés. Du point de vue matériel, la jurisprudence de la Cour de cassation se montre relativement souple, voire compréhensive, envers des plaideurs qui, en raison de leur maladresse ou de celle de leurs conseils, risqueraient de voir leur appel déclaré irrecevable. De ce fait, le nom tel qu'il figure à l'état civil d'une personne

408 Y. Abou-Zeid, *op. cit.*, p. 28, n° 29

physique ou au registre du commerce et des sociétés pour une personne morale n'est pas intrinsèquement lié à la qualité, chaque fois que cela serait de nature à faire obstacle à l'exercice du droit d'appel. Plusieurs arrêts illustrent cette interprétation *in favorem* des textes de loi, que la Haute juridiction a cependant du mal à imposer à des cours d'appel quelquefois réticentes⁴⁰⁹.

Ainsi, une simple erreur dans les termes employés n'est pas de nature à entraîner une irrecevabilité de l'appel. C'est le cas du représentant d'une société de banque interjetant appel en tant que président-directeur général au lieu de président du directoire, la personne morale étant une société anonyme avec directoire et conseil de surveillance⁴¹⁰. Dans une espèce⁴¹¹ où l'arrêt d'appel avait déclaré l'appelant sans qualité au motif qu'il agissait en tant que président-directeur général d'une société de droit israélien, État dont la législation ne connaissait pas cette dénomination, la deuxième Chambre civile avait considéré qu'il ne s'agissait pas d'une irrégularité de fond entraînant l'irrégularité de l'acte d'appel mais seulement d'un vice de forme⁴¹². Dans deux arrêts rendus le même jour⁴¹³, la même Chambre exprime clairement que la solution est identique pour l'appelant et pour l'intimé : d'une part, la désignation de l'intimé par une dénomination constituant en réalité une enseigne sous laquelle cette partie exerce son activité est un vice de forme qui ne saurait entraîner la nullité de l'acte que sur justification d'un grief ; d'autre part, le fait pour la société appelante de se présenter sous un nom commercial n'avait pas d'incidence sur la qualité d'agir en justice attachée à la personne elle-même et non à son appellation. De même, le titre professionnel accompagnant le nom de l'appelant dans la déclaration d'appel constitue un élément facilitant son identification et non une prise de qualité⁴¹⁴. « *Pour prendre cette qualité, il faut le déclarer formellement dans l'acte d'appel.* »⁴¹⁵ Les juges du fond sont donc invités à rechercher si l'acte d'appel contient une erreur matérielle. Tel n'est pas le cas lorsqu'il désigne un fils au lieu de son père et « *que l'acte d'appel comportait un ensemble de mentions concordantes relatives à l'état civil* » du premier⁴¹⁶.

102. Une fois admis que seule la qualité intrinsèque de l'appelant ou de l'intimé importe, indépendamment des erreurs matérielles de dénomination, force est de constater qu'un problème bien plus épineux se dresse sur le chemin de l'appel. Il s'agit de la définition de la qualité dans son

409 V. cependant X. Labbé, « La double vie d'Angela Sauer », AJ fam. 2012, p. 338

410 Cass. civ. 2, 7 novembre 2002, Procédures 2003, n° 34, obs. Perrot

411 Cass. civ. 2, 28 février 2006, D. 2006, inf. rap., p. 807

412 La solution eût-elle été identique en première instance ? En droit international privé, la procédure obéit à la *lex fori*.

Pourtant, la qualité est si intimement liée au litige que l'application de la *lex causæ* aurait pu y faire voir non pas une simple erreur matérielle mais un défaut de qualité substantielle et donc de qualité pour agir.

413 Cass. civ. 2, 24 mai 2007, D. 2007, inf. rap., p. 1735

414 Cass. civ. 2, 10 juillet 2003, Procédures 2003, n° 233, obs. Perrot

415 R. Perrot, note sous Cass. civ., 2, 10 juillet 2003, Procédures 2003, n° 233

416 Cass. civ. 2, 15 février 1978, n° 76-11.284 – V. aussi Cass. com., 2 mai 1977, D.1978, inf. rap., p. 57, obs. Julien

essence même. La qualité pour interjeter appel procède de la participation en tant que partie à la première instance. De ce fait, ceux qui ont été initialement demandeurs ou défendeurs peuvent bénéficier automatiquement de cette qualité de partie à l'instance d'appel sous réserve d'avoir appelé ou d'avoir été intimés⁴¹⁷. La jurisprudence estime en outre que l'interdiction, par une disposition spéciale, à un plaideur de faire appel ne le prive que de cette faculté sans pour autant lui ôter la qualité de partie, si bien qu'il pourra être attiré devant la juridiction d'appel comme intimé⁴¹⁸.

Ces solutions donnent clairement à l'instance d'appel la physionomie d'un « deuxième étage » dans cette maison qu'est le procès civil, le rez-de-chaussée étant constitué par la procédure devant la juridiction de premier degré. De même qu'en temps normal on accède au premier étage non par la fenêtre mais par un escalier à l'intérieur du bâtiment, dans le procès on accède à la cour d'appel par « l'escalier » du tribunal de grande instance ou de toute autre juridiction de premier degré. Dans un cas comme dans l'autre, il existe des exceptions : on peut escalader le mur de la maison pour sauver une personne d'un danger, de même que la loi ou la jurisprudence ouvrent le droit d'appel à des personnes n'ayant jamais été parties au procès⁴¹⁹.

103. La qualité – substantielle, processuelle et procédurale – doit donc être clairement détachée du plaideur personne physique ou morale. Il n'y a pas à proprement parler d'*intuitus personae* puisque les qualités juridiques de la personne au sens du droit substantiel (c'est-à-dire civil, commercial, social...) ne trouvent pas une transposition à l'identique dans le procès civil. Autrement dit, la réalité juridique extra-contentieuse ne fait pas toujours l'objet d'un décalque parfait dans l'espace processuel. De ce fait, celui qui occupe une fonction donnée peut valablement faire appel du jugement rendu à l'encontre de son prédécesseur⁴²⁰. L'avantage de ce raisonnement permet de ne pas se retrouver dans une impasse causée par le caractère parfois vague de la qualité dans le fond du droit : qualité de coassocié, de salarié, de possesseur par exemple. Cela est encore plus vrai lorsque la qualité n'est pas juridique mais factuelle. Il en est ainsi, en matière de protection juridique des majeurs, de l'appel ouvert par l'article 1239 du Code de procédure civile aux personnes énumérées à l'article 430 du Code civil, au nombre desquelles figurent le concubin et la

417 Cass. civ. 1, 18 juillet 1961, Bull. civ. I, n° 410 – Cass. soc., 10 juillet 1963, Bull. civ. IV, n° 586 – Riom, 1^{er} décembre 1972, D. 1973, p. 282 – Cass. com., 2 mai 1977, D. 1977, inf. rap., p. 57, obs. Julien

418 Paris, 2 mai 1986, JCP 1986, II, 20713, note Jeantin ; Gaz. Pal. 1986, I, 337, note Marchi

419 Code de la sécurité sociale, art. R. 142-28 : certains membres du gouvernement – Cass. civ. 1, 22 mai 1974, JCP 1974, IV, 249 ; Gaz. Pal. 1974, p. 726 : directeur de l'Aide sociale à l'enfance – V. contra Caen, 20 décembre 1977, Gaz. Pal. 1978, I, p. 287, note Brazier : l'appel du jugement de divorce ne peut être formé contre les grands parents de l'enfant dont la garde est en cause, alors qu'ils n'ont pas été parties à la décision de première instance.

420 Cass. civ., 11 mai 1897, DP 1897, I, 609 – Cass. civ. 1, 22 mai 1974, Gaz. Pal. 1974, II, 726 ; RTD civ. 1975, p. 95, obs. Nerson

« *personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables* ». Il est évident que cette qualité ne peut être rattachée à aucun lien de droit et doit faire l'objet d'une appréciation souveraine par le juge⁴²¹. D'autre part, la qualité dans le langage processualiste « *vise une qualification procédurale technique et précise ; son usage est beaucoup plus vague et imagé en droit civil* »⁴²². Exiger une identité parfaite de la qualité en droit civil et de la qualité en procédure civile ferait donc naître un mécanisme trop rigide, cause de dénis de justice.

Un arrêt, déjà ancien, de la cour d'appel de Poitiers⁴²³ illustre fort bien cette nécessité de souplesse. Le demandeur était partie au procès de première instance en tant que propriétaire du bien litigieux. Ayant cédé ce bien après le jugement, il avait néanmoins interjeté appel de sa condamnation aux dépens. Son adversaire lui avait opposé la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité, moyen rejeté par la cour d'appel qui avait considéré que si le demandeur « *a perdu la qualité de propriétaire, celle de défendeur subsiste toujours ; l'appel n'étant que la continuation de l'instance première et non une instance nouvelle, on ne peut lui refuser de demander à la cour de le relever de la condamnation aux dépens prononcée contre lui et, pour cela il est nécessaire d'examiner le fond du débat* ». Trois éléments sont dignes d'intérêt dans cette solution jurisprudentielle.

104. D'abord, la cour d'appel estime qu'il existe une nette césure entre la qualité substantielle et la qualité procédurale. Lorsque la première fait défaut, la seconde prend le pas et se révèle être une condition suffisante, quoique nécessaire, pour demeurer dans le procès. Nonobstant la disparition, du fait du jugement, de la qualité substantielle, la qualité procédurale faisant en quelque sorte office de *forum arresti*, permet la survivance de la qualité processuelle. La qualité processuelle pour faire appel est ici conçue non pas du point de vue du litige (situation juridique) mais du procès (contentieux judiciaire) ; elle ne naît pas du droit de propriété considéré isolément mais de la participation à la première instance. La qualité processuelle se fonde donc en appel sur la qualité procédurale et non sur la qualité substantielle comme c'était le cas en première instance. Pour autant l'examen du fond se révèle nécessaire, alors même que l'appelant n'était plus intéressé par cette question.

Ensuite, l'intérêt a totalement disparu sur le fond mais demeure du point de vue de la procédure. Cet intérêt, condition indispensable de l'action en justice, ne consiste plus ici en un droit litigieux – et encore moins dans la succombance en première instance – mais dans l'éventualité

421 Cass. civ. 1, 4 janvier 1978, Bull. civ. I, n° 4. – V. aussi Cass. civ. 1, 23 mars 1994, JCP 1995, II, 22439, note Paillet ; RTD civ. 1994, p. 567, obs. Hauser

422 C. Atias, « L'action en justice du prétendu représentant d'une personne morale (qualité civile et qualité procédurale) », D. 2003, p. 1582

423 Poitiers, 7 janvier 1885, DP 1886, II, 72

d'échapper devant le second juge à une condamnation aux dépens, solution réitérée par la Cour de cassation⁴²⁴. La qualité et l'intérêt apparaissent donc imbriqués l'un dans l'autre : c'est en quelque sorte pour permettre de contester les dépens que la qualité pour agir survit en dépit de la cession du bien litigieux. Une fois de plus on comprend aisément que la qualité pour agir est une condition autonome des actions banales. Autrement, la cour d'appel se serait contentée de l'intérêt réduit à sa portion congrue : la charge des dépens.

Enfin, l'arrêt de la cour d'appel de Poitiers est révélateur de l'incertitude doctrinale et jurisprudentielle quant à la délimitation de la notion d'instance au sein d'un procès se déroulant successivement devant des juridictions de divers degrés. Il y est affirmé que « *l'appel [n'est] que la continuation de l'instance première et non une instance nouvelle* ». Cette vision, chacun le sait, n'est plus de droit positif depuis l'arrêt *Encel*⁴²⁵. Il convient alors de se demander si la solution pourrait demeurer identique à l'heure actuelle. La réponse est probablement affirmative, du fait de la réunion des conditions de l'action en justice : d'une part l'intérêt procédural qui subsiste dans les dépens, d'autre part parce qu'il est de principe que toute personne partie à un jugement peut interjeter appel.

Il est intéressant de comparer ces constatations à ce qu'écrivait Gassin dans sa thèse de doctorat en 1955 : « *En tant que prétention le droit est attaché à une personne qui a la possibilité d'en être titulaire, mais puisque la qualité se traduit en ce cas par l'identité entre le sujet de l'action et le titulaire du droit prétendu on comprend que la qualité doit être appréciée, non de manière générale et identique pour tous les procès, mais chaque fois par référence au contenu de la prétention* »⁴²⁶. Cette affirmation est évidemment vraie lorsqu'on se situe au seuil de la première instance. L'identité entre la qualité processuelle et la titularité effective ou contestée du droit litigieux est une condition indispensable à la recevabilité de l'action. En appel la situation est différente : dans la plupart des cas le droit substantiel sera le même ; mais il arrive, comme on vient de le voir, que ce droit ne soit plus l'objet du débat judiciaire au second degré, parce que l'objet de ce débat se sera déplacé vers la charge des dépens. La réclamation d'un droit substantiel aura fait place à la réclamation d'un droit de nature procédurale, celui de ne pas supporter les frais de la procédure. Ce qui compte n'est plus tant le droit réel ou personnel revendiqué mais le droit d'obtenir que soit rendue la justice. Or, il peut être injuste de condamner aux dépens un plaideur qui, se trouvant dans son bon droit, a introduit une action en justice et obtenu gain de cause.

424 Cass. civ. 1, 27 octobre 1958, Bull. civ. I, n° 449 – Paris, ord. CME, 2 octobre 1998, Bull. avoués 1998, n° 147, p. 70 – Cass. civ. 1, 3 octobre 2006, n° 05-16.456

425 Cass. plén., 3 avril 1962, *Encel c/. S.A.R.L. Établissements Bourg et Cie*, précit.

426 R. Gassin, *op. cit.*, n° 289

105. Pour certains auteurs, « *la qualité est la traduction en termes processuels d'une question de droit substantiel* »⁴²⁷. Cela est vrai, sans conteste, pour accéder au premier juge. « *Si le plaideur n'a pas le moyen de faire sanctionner judiciairement le droit dont il se prévaut, il n'a pas de droit.* »⁴²⁸ Le droit litigieux substantiel est donc la porte du procès, mais il peut aisément muer d'une instance à l'autre tandis que la qualité aura suivi cette métamorphose. Les deux instances sont donc à la fois liées et distinctes. Liées parce que la qualité de partie en première instance doit substituer au moment d'interjeter appel, fût-elle une qualité purement procédurale et déconnectée de la titularité, vraie ou prétendue, d'un droit substantiel. Distinctes parce que l'objet sera différent et que le plaideur aura perdu, par la satisfaction de sa demande, le vêtement juridique – propriétaire, créancier, associé... – sous lequel il pouvait se présenter devant le premier juge. En bref, il faut une qualité processuelle pour accéder à n'importe quel juge, mais il faut une qualité substantielle pour se présenter devant le premier juge (aptitude à la titularité du droit litigieux) alors qu'une qualité procédurale (demandeur ou défendeur en première instance) suffira pour se présenter devant le second.

L'arrêt de la cour d'appel de Poitiers n'est pas sans susciter plusieurs interrogations. Entre autres, quelle sera la valeur d'une procédure continuée par celui ou contre celui qui n'est plus titulaire du droit litigieux et qui, partant, n'a plus ni intérêt ni qualité ? Quelques années plus tard, la Cour de cassation semble avoir fait une appréciation d'ensemble des intérêts des parties ou, plus exactement, de l'intérêt du procès comme mode de règlement d'un différend entre personnes de droit privé⁴²⁹. Dans cette affaire, un propriétaire avait formé une action en revendication rejetée par les premiers juges. Il avait interjeté appel puis cédé le bien litigieux à un tiers, devenu ainsi adjudicataire, postérieurement à l'appel. La Haute juridiction avait estimé que le tiers ne pouvait soutenir que ses conclusions tendaient à le faire admettre comme substitué au cédant qui, en ayant perdu la qualité de propriétaire avait perdu celle de partie ainsi que tout intérêt au procès. On ne pouvait non plus faire grief à la cour d'appel d'Amiens de n'avoir pas admis le tiers comme intervenant parce qu'il n'avait pas l'intention de défendre ses intérêts au côté de l'appelant mais de rester seul en procès en mettant le cédant hors de cause. Par ailleurs, l'opposition formée par la commune justifiait le refus de substitution du cessionnaire au cédant, celle-ci pouvant avoir intérêt au maintien en cause du cédant. Cette espèce confirme notre raisonnement : en appel, la qualité substantielle de propriétaire n'était pas de nature à procurer la qualité pour agir en justice, alors qu'elle l'avait été en première instance. L'attribution du droit d'agir n'était donc plus rattachée à la situation juridique mais au procès lui-même. La cession du bien ne pouvait emporter transmission

427 J. Héron et T. Le Bars, *op. cit.*, p. 71, n° 65

428 Y.-M. Serinet, *loc. cit.*

429 Cass. civ., 23 novembre 1898, DP 1899, I, 103

de la qualité pour agir, parce que cette qualité procédait non du bien litigieux mais de la participation à l'instance devant le premier juge, non de la qualité substantielle de propriétaire mais de la qualité procédurale de partie.

106. Monsieur Miguet relève trois courants jurisprudentiels relativement au problème du changement de titularité du droit par la cession du bien litigieux. Le premier⁴³⁰ autorise l'appelant à exciper contre l'intimé, pour l'empêcher de se prévaloir de la condamnation, de la cession qu'il a faite de sa créance à un tiers, si cette cession a été faite durant l'instance d'appel, sans toutefois qu'il y ait lieu d'infirmer le jugement dont le bénéfice est simplement transmis au tiers cessionnaire. Le deuxième⁴³¹ admet la validité de l'appel interjeté par le cédant après la cession conjugué à l'intervention du cessionnaire. Le troisième courant jurisprudentiel⁴³² considère que la cession emporte une substitution totale de plaideur. Le cédant perd donc toute qualité processuelle au profit du cessionnaire. La cession aurait en effet pour résultat de « *substituer, par voie d'incident, le cessionnaire au cédant* »⁴³³. La deuxième Chambre civile maintient cette position en affirmant que l'action tend « *à la reconnaissance d'un droit ayant eu des titulaires successifs dont le dernier a seul intérêt et qualité pour agir* »⁴³⁴. Monsieur Miguet commente « *qu'il n'y a pas contradiction dans cette jurisprudence qui aboutit toujours à consacrer les solutions les plus larges c'est-à-dire soit à considérer que le cédant peut continuer l'action seul ou avec le cessionnaire soit à admettre le cessionnaire à la place du cédant* »⁴³⁵.

Ces exemples sont néanmoins révélateurs du fait que la qualité, si elle n'est pas une traduction exacte des mécanismes de droit privé au sein du procès, n'en demeure pas moins liée au fond du droit et de ce fait épouse ses variations lorsqu'elle peut être clairement identifiée du point de vue civiliste. Par exemple, lorsque le droit de propriété est démembré, il est admis avec une logique imparable que la qualité processuelle de l'usufruitier est attachée aux *jura utendi et fruendi* dont il est titulaire, et que les catégories processuelles et civilistes sont si intimement liées que la qualité se transmet nécessairement au nu-propriétaire lorsque le droit réel se reconstitue sur sa tête suite au décès de celui qui était usufruitier au regard du droit des biens et partie au regard du droit processuel⁴³⁶. Le raisonnement n'est pas toujours repris dans certains contentieux spécifiques. Il a

430 Cass. civ. 1, 1^{er} décembre 1856, DP 1856, I, 439

431 Cass. civ., 30 mars 1858, DP 1858, I, 164 – Poitiers, 7 janvier 1885, précit. – Chambéry, 15 juillet 1901, DP 1903, II, 341

432 Nîmes, 30 juin 1890, DP 1891, II, 35 – Cass. civ. 2, 29 mars 1971, Bull. civ. II, n° 136, p. 91 – Cass. civ., 15 mars 1847, DP 1847, I, 155 – Bourges, 6 mai 1851, DP 1852, V, 23 – Nîmes, 27 mai 1890, DP 1891, II, 38 – Pau, 7 décembre 1891, DP 1892, II, 587

433 Pau 7 décembre 1891, précit.

434 Cass. civ. 2, 29 mars 1971, précit.

435 J. Miguet, *op. cit.*, p. 331, n° 271

436 Paris, 27 avril 1960, JCP 1960, II, 11782, note Desiry

ainsi été jugé⁴³⁷ de façon assez contradictoire par la Chambre commerciale qu'une société absorbante n'a pas qualité (procédurale) pour faire appel dans une procédure engagée par la société absorbée parce qu'elle n'était pas partie à la première instance, mais que l'autorité de chose jugée pouvait être opposée à la société absorbante qui, en recueillant par l'effet de la fusion l'intégralité du patrimoine de la société absorbée, avait qualité (substantielle) d'ayant cause universelle, laquelle était insusceptible de lui conférer la qualité (processuelle) pour agir. Cela se justifie difficilement. Soit la qualité pour agir appartient à la personnalité juridique de la première société, personnalité qui a disparu par suite de sa radiation du Registre du commerce et des sociétés ; soit la qualité pour agir se rattache aux droits dont on est titulaire, qui sont passés dans le patrimoine de la société absorbante. Cette solution est contradictoire puisque la qualité est utilisée sur le terrain de l'appel pour empêcher cette voie de recours tandis qu'elle est admise sur celui de la chose jugée pour interdire toute action. Il eût été plus logique et plus juste de considérer que la transmission d'une créance emportait la transmission de l'action en justice y attachée. La qualité substantielle de propriétaire aurait servi de qualité processuelle pour appeler même en l'absence de la qualité procédurale de partie. Cette lecture souple de l'article 546 du Code de procédure civile se justifiait largement par l'utilité d'assurer le respect du double degré de juridiction. Il semble que cette règle prétorienne n'ait même pas duré un lustre, un revirement de la même Chambre ayant finalement admis l'acquisition *de plano* par la société absorbante à la date de l'effet de la fusion, de la qualité de partie aux instances antérieurement engagées par la société absorbée⁴³⁸. La Chambre commerciale est allée jusqu'à admettre la recevabilité de l'action en justice introduite par la société absorbée avant la publication de sa dissolution au Registre du commerce et des sociétés, action se transmettant bien évidemment à la société absorbante⁴³⁹. Il faut approuver ces solutions, en effet « *les procédures ont été engagées par des demandeurs dont l'intérêt et la qualité n'étaient pas discutables. Les droits dont ils étaient titulaires ont ensuite été transmis régulièrement. Rien ne justifie qu'ils se perdent on ne sait où...* »⁴⁴⁰

107. Il n'est pourtant pas toujours aisé de distinguer clairement la qualité du fond du droit et de déterminer si l'on est face à un changement de qualité substantielle lorsqu'une règle de droit nouvelle est invoquée devant le juge d'appel. Il est évident qu'un tel changement n'est pas admissible, dans la mesure où il équivaut à substituer, en cause d'appel, un plaideur à un autre : la personne physique aura beau être identique *de facto* ; il s'agira *de jure* de deux personnes

437 Cass. com., 18 février 2004, n° 02-11.453, JCP G 2004, IV, 1763 ; Bull. Joly Sociétés 2004, p. 671, note Constantin

438 Cass. com., 21 octobre 2008, RTD civ. 2009, p. 362, obs. Théry ; Rev. sociétés 2009, n° 2, p. 351, obs. Thomas – V. aussi en matière d'apports d'actif : Cass. civ. 2, 7 janvier 2010, n° 08-18.619

439 Cass. com., 24 mai 2011, n° 10-19.222

440 Ph. They, « Transmission de créance et procès en cours : variations sur la notion de partie », RTD civ. 2009, p. 362

différentes, étant entendu que n'est pas déterminante la personnalité physique de celui qui plaide mais la qualité en laquelle il plaide. Ainsi donc, la Chambre commerciale a censuré la cour d'appel ayant admis dans une action en règlement d'un solde de créance que le demandeur puisse se fonder en première instance sur sa qualité de porteur de lettres de change impayées en vue du remboursement de la créance et invoquer en appel la cession de créance pour le remboursement de laquelle la lettre de change avait été créée⁴⁴¹. De même, la Cour de cassation voit – sans s'en expliquer en termes clairs – dans le passage de la responsabilité civile délictuelle à la gestion d'affaires un changement non seulement d'objet mais encore de qualité⁴⁴². On comprend dans ces espèces que si seule la qualité procédurale conditionne la qualité processuelle pour faire appel, il n'est pas loisible aux plaideurs d'invoquer tantôt une qualité substantielle tantôt une autre, la qualité substantielle étant inhérente au fond du droit et, par voie de conséquence, déterminante de la décision de justice, du fait qu'elle ne naît pas dans l'espace processuel mais dans la vie juridique non-contentieuse. Changer de qualité substantielle en appel revient donc à présenter une demande nouvelle au juge du second degré, ce qui est interdit⁴⁴³.

108. Dans un arrêt du 11 juillet 1960, la première Chambre civile censure la cour d'appel de Basse-Terre pour avoir déclaré recevable l'action oblique par laquelle le demandeur prétend exercer en cause d'appel contre le défendeur les droits et actions d'une personne dont il déclare être le créancier, alors qu'il avait agi en son nom personnel devant les premiers juges en soutenant vainement qu'il était subrogé aux droits de la même personne contre le même défendeur⁴⁴⁴. Il peut être utile ici de se demander si la qualité de subrogé et celle de créancier invoquées successivement devant les juridictions du fond constituent un changement de qualité processuelle ou s'il ne s'agit que d'une question de fond devant être traitée dans le procès mais n'ayant pas d'incidence sur la procédure. Autrement dit, peut-on invoquer l'une après l'autre des qualités du droit civil et prétendre ne pas en changer au sens de la procédure civile ? La réponse doit être nuancée. Ici c'est l'action exercée elle-même qui change d'une instance à l'autre. Il ne s'agit même plus d'une variation de la qualité mais bien d'une demande nouvelle relativement à l'objet, demande par nature irrecevable en appel. L'arrêt retient également que par l'action oblique, le plaideur exerce les droits et actions de son débiteur. En d'autres termes, il emprunte ici l'action et la qualité attachées à un autre que lui. Ce n'est pas le cas de la subrogation – alléguée utilement ou non – dans laquelle la

441 Cass. com., 29 juin 1965, Bull. civ. III, 1965, n° 373

442 Cass. civ., 24 janvier 1939, S. 1939, I, 110 – Cass. civ. 2, 27 mai 1964, Bull. civ. II, p. 306 – V. aussi Lyon, 8 janvier 1962, Gaz. Pal. 1962, I, 264

443 V. Cass. com., 15 juillet 1970, Bull. civ. I, n° 241, p. 210 – Pour l'intimé : Cass. civ., 24 janvier 1939, S. 1939, I, 110 – Cass. civ. 2, 31 octobre 1958, Bull. civ. II, n° 680

444 Cass. civ. 1, 11 juillet 1960, Bull. civ. I, n° 380

qualité est attachée au subrogé et non au subrogeant. *De facto* c'est la même personne qui plaide devant chaque juridiction ; *de jure* ce sont deux personnes distinctes.

Cette solution prétorienne doit être comparée à un arrêt de la Chambre commerciale du 15 juillet 1970⁴⁴⁵, dans lequel l'utilisation de la subrogation conduit à une solution différente. Un acheteur n'avait pas reçu les marchandises commandées, après paiement par la remise de lettre de changes. Il avait assigné le vendeur sur le fondement de l'enrichissement sans cause puis invoqué en appel la subrogation dans les droits des tiers porteurs d'effets de commerce. Le premier moyen du pourvoi reprochait à la cour d'appel d'avoir écarté l'exception d'irrecevabilité tirée du changement de qualité des parties. Cette solution a été approuvée par la Haute juridiction en considération du fait que la subrogation confère au subrogé des droits qu'il exerce en son nom personnel et en sa qualité. Invoquer la subrogation en appel revenait donc à fonder sa demande sur une cause nouvelle – changement admis depuis le décret-loi du 30 octobre 1935 – mais en aucun cas ne constituait une prise de qualité autre que celle utilisée en première instance. Il faut comprendre avec cet arrêt que les *qualités* du Code civil peuvent tour à tour être invoquées au fil des instances sans que la *qualité* du Code de procédure civile en soit altérée *ipso facto*.

109. Une lecture attentive des textes de loi confirme cette analyse. L'article 1341-1 du Code civil dispose que « *lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne* ». L'*accipiens* exerce donc l'action en lieu et place du *solvens* et, pour ce faire, a besoin de lui emprunter sa qualité processuelle. La jurisprudence a tendance à résoudre le problème de façon beaucoup plus simple et à contourner la difficulté en partant du principe que toute partie en première instance peut faire appel si elle n'y a pas renoncé⁴⁴⁶. Elle distingue donc, encore une fois, la qualité civiliste de la qualité processuelle⁴⁴⁷.

Monsieur Miguet cite cependant un exemple dans lequel la jurisprudence estime que le demandeur ne peut en appel demander la nullité d'un gage en tant que créancier après avoir demandé en première instance la nullité de ce même gage en tant que propriétaire⁴⁴⁸. Pour critiquer la solution retenue par la Chambre civile il remarque « *qu'il n'y a pas changement véritable de qualité. Bien qu'il y ait changement de droit, le lien entre le plaideur et le litige reste direct et*

445 Cass. com., 15 juillet 1970, précit.

446 Cass. civ. 1, 28 février 1995, n° 93-11.310, Justices 1996, n° 3, p. 375, obs. Wiederkehr

447 V. par ex. Cass. civ. 1, 28 février 1995, n° 93-11.310, Justices 1996, n° 3, p. 375, note Héron – Cass. civ. 1, 4 février 2003, n° 99-15.717, RTD civ. 2003, p. 298, obs. Mestre et Fages ; Procédures 2003, comm. 117, note Croze et Fradin ; RCA 2003, comm. 154, note Groutel

448 Cass. civ., 4 novembre 1874, DP 1878, I, 73

immédiat, le demandeur se prévalant dans les deux cas d'un droit qui lui est personnel et qu'il cherche à faire valoir sans intermédiaire »⁴⁴⁹. En d'autres termes, la prohibition du changement de qualité porte-t-elle sur le titre invoqué ou sur le droit litigieux ? Faut-il considérer le demandeur comme une seule personne disposant à la fois d'une créance et d'un droit de propriété, ou comme une personne agissant successivement sous les deux qualités découlant des droits dont elle est titulaire ? Sans doute, sous couvert de sanctionner le changement de qualité, la jurisprudence estime qu'il n'est pas licite de se contredire d'une instance à l'autre en se prétendant tantôt propriétaire, tantôt possesseur de bonne foi⁴⁵⁰. Figurer dans une instance revient à jouer un rôle judiciaire, qui doit correspondre autant que faire se peut à la réalité, et qu'on ne doit pas changer, au risque de faire perdre au débat sa cohérence interne.

B. Le changement de qualité

110. Puisque le droit d'appel n'est pas conditionné par la personne du plaideur mais par sa qualité, il n'est pas permis de modifier cette dernière d'une instance à l'autre. La qualité doit demeurer la même, bien que les personnes physiques qui s'en prévalent puissent se succéder indéfiniment derrière un masque procédural unique, de même qu'une personne peut être partie en première instance et ne plus l'être en appel si elle vient à invoquer une qualité nouvelle. « *L'appel interjeté par une personne en une qualité différente de celle qu'elle avait en première instance a pour conséquence d'imprimer à la demande formulée le caractère de demande nouvelle, en principe prohibée en appel, par rapport à celle qui a fait l'objet du jugement de première instance.* »⁴⁵¹ L'exemple topique est celui du représentant d'une personne morale plaidant successivement ès qualités puis à titre personnel⁴⁵². Il va de soi que la jurisprudence n'accepte pas ce comportement procédural, assimilable à une demande nouvelle n'ayant pas subi l'épreuve du premier degré de juridiction. La Cour de cassation se montre malgré tout tolérante puisqu'elle invite les juges du fond à rechercher, au-delà des erreurs matérielles et des omissions, la qualité exacte du plaideur de nature à permettre ou faire échec à l'exercice de l'appel⁴⁵³.

De façon plus surprenante, la Chambre commerciale a jugé que l'appel était recevable dès lors que le changement de qualité n'avait pas pour effet de substituer une autre question à celle qui a

449 J. Miguet, *op. cit.*, p. 83, n° 73

450 Cass. civ., 23 décembre 1959, Bull. civ. I, 1959, p. 459

451 Y. Abou-Zeid, *op. cit.*, p. 32, n° 34

452 Cass. civ. 1, 8 janvier 1957, Bull. civ. I, n° 10 – Cass. com., 13 février 1957, Bull. civ. III, n° 52 – Cass. civ. 2, 23 février 1961, Bull. civ. II, n° 153

453 Cass. com., 29 janvier 1980, Bull. civ. IV, n° 46 – Cass. civ. 2, 10 juillet 2003, n° 01-13.179, Procédures 2003, n° 233, obs. Perrot – Cass. civ. 2, 16 octobre 2003, n° 01-15.354 – V. aussi Paris, 11 avril 1962, Bull. avoués 1962, p. 7, n° 17

déjà été jugée en première instance⁴⁵⁴. Cette approche peut paraître libérale et ouvrir démesurément l'appel à des personnes n'ayant pas qualité pour agir, au regard de l'article 546 du Code de procédure civile. Une lecture attentive de l'arrêt révèle cependant une volonté de ne pas laisser en souffrance des intérêts qui, en définitive, pourraient recevoir un règlement judiciaire adapté, quelle que soit la qualité substantielle invoquée par la personne intéressée. Dans cette affaire le tribunal de commerce avait prononcé la faillite d'une société anonyme, décision à laquelle l'article 4 alinéa 3 de la loi du 16 novembre 1940 attachait *de plano* la déchéance à l'encontre du dirigeant. Ce dernier avait fait appel en qualité de dirigeant de la personne morale. La cour d'appel avait admis la recevabilité du recours relativement à la faillite de la société mais pas en ce qui concernait la déchéance qui le frappait personnellement. La Chambre commerciale de la Cour de cassation avait censuré cette solution en partant du principe qu'une sanction n'était que le corollaire de l'autre. Il était donc logique de solliciter l'infirmité d'une disposition du jugement qui, tout en atteignant une personne physique, n'était que l'accessoire de la condamnation à l'encontre de la personne morale.

111. La jurisprudence de la Cour de cassation et des juridictions du fond offre une multitude d'exemples et d'illustrations de la notion de qualité en droit français, qui, en formant un panorama nuancé, nous permettent de voir qu'il ne s'agit pas d'un concept figé mais bien d'une réalité devant faire l'objet d'une correcte interprétation. On s'aperçoit que bien souvent, les juges – d'appel ou de cassation – s'évertuent à « sauver » une situation compromise par une appréciation *in favorem* des faits et une application téléologique des règles de droit.

Un exemple digne d'intérêt nous est offert par une affaire de la première moitié du siècle dernier⁴⁵⁵. Dans une action en recherche de paternité naturelle, la demanderesse de nationalité roumaine avait acquis la nationalité française à l'issue de la première instance. L'acquisition de la nationalité française par naturalisation n'étant pas rétroactive⁴⁵⁶, il était tentant de voir dans cette modification de l'état un changement de qualité. L'enjeu résidait dans le succès, ou au moins la recevabilité de l'action puisque le statut personnel de la demanderesse commandait, par le jeu de la règle de conflit de lois, l'application de législations différentes et dont les solutions étaient contradictoires. L'article 307 du Code civil roumain de 1865 faisait échec à l'action en recherche de paternité naturelle tandis que l'article 340 ancien du Code Napoléon l'autorisait. La cour d'appel de Toulouse avait estimé qu'il n'y avait pas de changement de qualité parce que la demanderesse

454 Cass. com., 31 mars 1965, JCP A 1965, IV, 4667, note J. A. – V. aussi Paris, 20 juin 1962, Bull. avoués 1962, p. 7, n° 17

455 Toulouse, 15 juillet 1918, S. 1920, II, 65 – Cass. req., 8 juin 1921, S. 1922, I, 107, note Audinet

456 C. civ., art. 27-1

n'avait pas plaidé en qualité de citoyenne roumaine devant le premier juge et en qualité de citoyenne française devant le second, mais tout au long du procès en qualité de fille prétendue du défendeur. L'application de la *lex fori* ou d'une loi étrangère n'était donc pas une demande nouvelle mais un nouveau moyen de droit recevable en appel. On peut faire remarquer qu'il ne s'agissait que de la conséquence évidente du changement de nationalité doublée d'une bonne application des règles de droit international privé, application au demeurant inévitable puisque les droits indisponibles appellent inéluctablement le mécanisme de la règle de conflit de lois⁴⁵⁷. À cela il faut ajouter que la nationalité française n'est pas une condition de l'action en justice devant les juridictions françaises et que sa titularité ou son absence déterminent seulement le droit applicable par le jeu des règles de conflit de lois.

Dans une affaire semblable⁴⁵⁸, la Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence, quoique le problème fût abordé sous un angle différent. La mère de nationalité espagnole avait été déboutée par les premiers juges sur le fondement de la législation de cet État qui n'admettait pas alors la recherche en paternité naturelle sur le fondement du concubinage notoire. Ayant invoqué devant la cour d'appel la qualité de Français acquise par l'enfant en vertu d'un décret de naturalisation, la juridiction de second degré avait rejeté ce moyen de droit en se fondant sur la non-rétroactivité de la naturalisation, solution censurée par la Chambre civile de la Cour de cassation. Le raisonnement des juges d'appel est, lui aussi, révélateur d'une mentalité qui exige une identité exacte des éléments de fait et de droit devant les juridictions du fond, quitte à ne pas prendre acte de la réalité juridique que constitue un changement du statut personnel et de l'applicabilité d'une législation – la *lex fori* ou une loi étrangère – qui en découle.

112. Lorsque la qualité évolue en raison d'un nouveau moyen de droit en appel, cette évolution

⁴⁵⁷ Cass. civ. 1, 14 juin 2005, Bull. civ. I, n° 243 : il incombe au juge français, pour les droits indisponibles, de mettre en œuvre la règle de conflit de lois et de rechercher le droit étranger applicable. – V. aussi Cass. civ. 1, 22 novembre 2005, Bull. civ. I, n° 202, Dr. et patr. octobre 2006, p. 75 ; AJ fam. 2006, p. 30, note David – Cass. civ. 1, 20 juin 2006, AJ fam. 2006, p. 376, note Boiché – Cass. civ. 1, 7 juin 2006, AJ fam. 2006, p. 376, note Boiché – Cass. civ. 1, 19 novembre 2008, Bull. civ. I, n° 264, AJ fam. 2009, p. 34, note Boiché ; RJPf 02/2009, p. 18, note Garé – Cass. civ. 1, 11 février 2009, Bull. civ. I, n° 27, BICC 15 juin 2009, n° 817 ; D. 2009, p. 564, obs. Egéa ; D. 2010, p. 1243, obs. Serra et Williatte-Pellitteri ; JCP 2009, actu. 105, obs. Cornut ; JCP 2009, II, 10065, note Mahinga ; Dr. fam. 2009, comm. 81, note Farge – Cass. civ. 1, 11 mars 2009, D. 2010, p. 1243, obs. Serra et Williatte-Pellitteri ; AJ fam. 2009, p. 220, note Boiché ; Procédures 2009, n° 157, note Douchy-Oudot ; Dr. fam. 2009, n° 81, note Farge ; Defr. 2009, p. 1857, obs. Massip ; RJPf 06/2009, p. 27, obs. Garé – Cass. civ. 1, 4 juin 2009, Bull. civ. I, n° 112, D. 2009, p. 1695, obs. Egéa ; Rev. crit. DIP 2010, p. 353, note Muir-Watt ; Defr. 2009, p. 39033, obs. Massip ; RJPf 10/2009, p. 21, obs. Garé ; Gaz. Pal. 7 novembre 2009, p. 23, note Eppler ; JDI 2010, p. 485, note Fohrer-Dedeuwaerder – Cass. civ. 1, 28 octobre 2009, RJPf 201-1, p. 30, obs. Garé – Cass. civ. 1, 3 mars 2010, D. 2010, p. 709, obs. Gallmeister ; D. 2011, p. 1374, obs. Jault-Seseke ; AJ fam. 2010, p. 232 ; RJPf 06/2010, p. 20, obs. Garé – Cass. civ. 1, 20 octobre 2010, Gaz. Pal. 4-5 février 2011, p. 24, obs. Eppler – Cass. civ. 1, 12 janvier 2011, D. 2011, p. 1374, obs. Jault-Seseke – Cass. civ. 1, 1^{er} juin 2011, AJ fam. 2011, p. 381, obs. Boiché ; RJPf 12/2011, p. 20, note Leborgne

⁴⁵⁸ Cass. civ., 27 mai 1937, S. 1937, I, 246 ; DH 1937, p. 406 ; Rev. crit. DIP 1938, p. 82, obs. H.B.

est recevable, dès lors qu'elle procède de la demande originaire et tend aux mêmes fins. Ainsi une caisse primaire de sécurité sociale peut demander en première instance le remboursement de frais d'enquête entraînés par un accident du travail en qualité de subrogée aux droits de la victime et invoquer sa qualité personnelle en appel sur le fondement de l'article 1240 du Code civil. « *Un assouplissement est possible si l'on met l'accent non plus sur le changement de qualité, mais sur le fait de savoir si malgré ce changement la demande procède toujours directement de la même cause et tend aux mêmes fins.* »⁴⁵⁹

Le problème est intéressant en particulier dans le cadre du contentieux familial. Lorsqu'une mère naturelle intente une action en déclaration judiciaire de paternité puis reconnaît l'enfant après le jugement, elle se borne à justifier légalement de cette qualité, si bien que l'irrecevabilité ne peut lui être opposée⁴⁶⁰. La première Chambre civile estime à ce propos que « *la reconnaissance d'un enfant naturel, étant déclarative de filiation et remontant au jour de sa naissance, a pour effet de valider, si la mère y procède en cours d'instance, la demande en déclaration judiciaire formée par elle au nom de l'enfant* »⁴⁶¹. Le caractère déclaratif de la reconnaissance implique sa rétroactivité⁴⁶². Il faut donc considérer que si la demanderesse invoque pour la première fois en appel le lien de filiation de l'enfant envers elle, il ne s'agit pas d'une prise de qualité nouvelle, la mère étant réputée s'être présentée *ab initio* comme telle. On pourrait faire grief à cette solution de mettre la fiction juridique de la rétroactivité au service de la stratégie procédurale, au cas où la demanderesse aurait plus d'espoirs d'obtenir gain de cause en appel en invoquant sa maternité qu'en la passant sous silence. Pour autant, la femme qui agit en déclaration de paternité est présumée de ce seul chef avoir voulu agir au nom de son enfant, la filiation ne fût-elle pas encore établie⁴⁶³. La jurisprudence procède à une interprétation extensive – *in favorem* plus que téléologique – de la notion de qualité par le jeu d'une présomption⁴⁶⁴.

459 J. Miguet, *op. cit.*, p. 91, n° 80

460 Paris, 9 novembre 1893, DP 1895, II, 498 – V. dans le même sens Limoges 17 mars 1924, Gaz. Pal. 1924, II, 31

461 Cass. civ. 1, 29 avril 1960, JCP 1960, II, 11690, note Nerson ; D. 1960, p. 381, note Holleaux ; RTD civ. 1960, p. 704, obs. Hébraud

462 Cass. civ. 1, 29 juin 1977, Bull. civ. I, n° 305, D. 1977, inf. rap., p. 436, obs. Huet-Weiller – 17 juillet 1980, Bull. civ. I, n° 224, D. 1981, inf. rap., p. 298, obs. Huet-Weiller – 12 décembre 2000, Bull. civ. I, n° 318, D. 2001, p. 1496, note Garé ; D. 2002, somm., p. 1879, obs. Autem ; JCP 2001, II, 10478, note Casey ; Defr. 2001, p. 604, obs. Massip ; Dr. fam. 2001, n° 32, note Beignier ; LPA 13 avril 2001, note Cornut ; RTD civ. 2001, p. 120, obs. Hauser ; RTD civ. 2001, p. 425, obs. Vareille

463 Cass. civ., 22 octobre 1935, Gaz. Pal. 1935, II, 795 – V. contra Paris, 28 janvier 1946, Gaz. Pal. 1946, I, 186 : jeune fille séduite qui avait agi en première instance pour son compte en demandant des dommages et intérêts et en appel au nom de l'enfant en réclamant des aliments sur la base d'un engagement du prétendu père.

464 La jurisprudence est souvent moins indulgente à l'égard des grands-parents. V. par ex. Paris, 7 mai 1943, Gaz. Pal. 1943, II, 29 : la grand mère d'un enfant naturel déboutée en première instance de la demande qu'elle formait au nom de sa fille ou de l'enfant en participation du père à l'entretien de cet enfant ne peut pas en appel agir en son nom en se présentant comme la nourrice à qui l'enfant aurait été confié en vertu d'un contrat de gardiennage.

113. L'exigence d'une identité de titre d'une instance à l'autre peut conduire à des solutions pour le moins étranges, sinon bancales. Tel est le cas notamment lorsqu'une personne plaide à la fois ès qualités et en son nom propre, par exemple en tant qu'administrateur légal des biens de ses enfants mineurs et à titre personnel⁴⁶⁵. Si cette personne interjette appel à titre personnel seulement, l'effet dévolutif ne s'est produit qu'au regard des chefs du jugement attachés à cette qualité. Par conséquent, l'intimé n'est pas recevable à former un appel incident des autres chefs, ceux rendus sur la qualité d'administrateur légal. Bien plus, le colitigant n'a même pas la qualité d'intimé face à l'appelant en sa qualité d'administrateur légal. Il devra de ce fait éviter de former un appel incident, partant irrecevable, au profit d'un appel provoqué contre le plaideur en sa qualité d'administrateur. Une telle division de la qualité ou des qualités de l'appelant est au demeurant choquante : on ne voit pas en quoi elle se justifie puisqu'en tant que personne juridique, il a été partie en première instance, même si en droit pur il s'est dédoublé en deux litisconsorts.

L'appel ne peut donc être dirigé que contre ceux qui ont été parties en première instance⁴⁶⁶, mais au même titre juridique que devant les premiers juges⁴⁶⁷. La Cour de cassation⁴⁶⁸ adopte une position très souple, invitant les juges du fond à rechercher si la désignation de l'intimé dans l'acte d'appel ès qualités plutôt qu'en son nom propre procède d'une véritable volonté de l'attirer en tant que tel devant le second degré de juridiction ou ne relève que d'une simple erreur matérielle. Certains titres, notamment professionnels, sont parfois innocemment accolés au patronyme d'une personne sans intention de conférer à la désignation une quelconque coloration juridique. Cette recherche doit se faire à la lumière de l'objet du litige, de ce qui est demandé au fond. « *On peut comprendre que la Cour de cassation ne veuille pas faire payer à l'appelant des divagations de la plume purement factices et qu'elle invite les juges du fond à percer la réalité derrière le mirage des formules.* »⁴⁶⁹ Il est vrai, comme le fait remarquer Roger Perrot dans sa note sous l'arrêt, qu'il aura fallu en arriver jusque devant l'Assemblée plénière pour s'entendre dire que le fond l'emporte sur la forme...

114. La situation est différente lorsque la personne intimée n'a pas été partie en première instance et que la grossièreté de l'erreur commise ne saurait la rendre excusable en lui permettant d'intégrer la catégorie d'erreur matérielle⁴⁷⁰. Ainsi donc l'appelant n'est pas recevable à changer la qualité de

465 Cass. civ. 2, 13 janvier 1993, Gaz. Pal. 1993, II, pan. jur., p.146 ; JCP G 1993, IV, 626

466 Cass. civ. 2, 15 avril 2010, n° 09-16.132 – Cass. civ. 2, 14 octobre 2010, n° 09-15.879, inédit

467 Cass. com, 20 mars 1979, Gaz. Pal. 1979, II, somm., p. 303

468 Cass. plén., 6 décembre 2004, Bull. Ass. Plén. 2004, n° 13, p.29 ; D. 2005, inf. rap., p.11, obs. Avena-Robardet ; JCP 2005, IV, 1145 ; RTD civ. 2005, p. 185, note Perrot

469 R. Perrot, « Appel : déclaration d'appel : erreur manifeste sur la qualité de l'intimé », RTD civ. 2005, p. 185

470 Cass. civ. 2, 17 février 2011, n° 10-30.182, inédit : la victime d'une agression dont l'auteur avait été condamné pénalement et civilement avait assigné en première instance le Fonds et garantie des victimes d'actes de terrorisme

l'intimé : on ne saurait admettre l'assignation en première instance d'un conducteur de véhicule préposé du propriétaire et en appel du seul propriétaire de la voiture⁴⁷¹. On serait tenté cependant de considérer qu'il existe une différence de traitement dans l'application de cette règle de droit selon que le plaideur occupe la place d'appelant ou d'intimé. S'il est admis que l'appelant ne peut changer la qualité de l'intimé, l'inverse n'est pas toujours vrai. Ce serait sans compter sur le respect des droits de la défense en général et sur le principe de liberté de la défense en particulier. La jurisprudence a dégagé des articles 18 à 20 du Code de procédure civile que cette liberté ne concerne pas uniquement le choix de son conseil mais encore les arguments avancés dans le prétoire. La règle s'applique à toutes les parties, parce que « *la liberté de la défense, facteur important d'évolution du litige, doit s'entendre non pas de la liberté du défendeur originaire, mais de la liberté de celui qui se trouve en position de défendeur par rapport aux conclusions de son adversaire* »⁴⁷².

Le fait d'invoquer une qualité différente peut être perçu comme un moyen de défense. De longue date, la jurisprudence estime que « *le principe des deux degrés de juridiction, établi pour les demandes, n'est pas applicable aux moyens de défense, et, par suite, il appartient au défendeur, en vue d'écarter l'action principale, d'invoquer, pour la première fois en appel, une qualité dont il ne s'était pas prévalu en première instance* »⁴⁷³. Un arrêt de la cour d'appel d'Orléans illustre cette réalité : le mari avait défendu en première instance en son nom personnel à une action en revendication. Après avoir reconnu que le terrain appartenait à sa femme, il avait été admis à plaider en qualité de chef de la communauté au cours de l'instance d'appel⁴⁷⁴. Peut-on faire grief à la cour d'avoir admis ce changement ? En d'autres termes, si le défendeur reconnaît, ou est forcé de reconnaître, un élément de fait ou de droit déterminant dans la solution du litige, n'est-il pas normal de l'autoriser à reconsidérer la qualité en laquelle il souhaite défendre afin de l'adapter au

et d'autres infractions et en appel le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages. – Cass. civ. 2, 31 mars 2011, n° 10-11.730, inédit : la société déboutée de sa demande en première instance avait intimé non pas la société défenderesse mais sa filiale et associée unique. – V. aussi Cass. com., 28 novembre 1961, Bull. civ. III, 1961, p. 385

471 Cass. civ. 2, 21 juillet 1969, Bull. civ. II, 186 – V. aussi Paris 1^{er} août 1884, DP 1895, II, 84 : le créancier de la communauté ne peut assigner d'abord la veuve en qualité de commune en biens et de tutrice des enfants mineurs, et en appel demander sa condamnation comme usufruitière de la succession de son mari décédé. – Paris, 5 juin 1959, D. 1959, somm., p. 76 : impossibilité d'assigner le père d'un enfant en tant que représentant légal de l'enfant puis en appel demander sa condamnation personnelle. – Cass. civ., 16 février 1887, DP 1888, I, 28 : le défendeur poursuivi en première instance en qualité de garant ne peut pas en appel être condamné comme débiteur direct. – V. contra Cass. civ., 27 décembre 1899, DP 1900, I, 238 : à l'inverse on peut assigner un défendeur en son nom personnel et en appel invoquer sa qualité de tuteur. – Cass. civ., 9 janvier 1860, DP 1860, I, 83 : l'héritier avait été assigné en son nom personnel et la cour d'appel avait refusé de le condamner en tant qu'héritier. La Cour de cassation a censuré l'arrêt d'appel en se référant à la saisine et à la confusion des biens du défunt et de l'héritier légitime « *sans qu'il y ait lieu à distinguer entre sa qualité d'héritier et celle de débiteur personnel* ».

472 Y. Abou-Zeid, *op. cit.*, p. 388, n° 448

473 Cass. civ., 30 juin 1884, S. 1886, I, 174 ; D. 1885, I, 302 – Cass. civ., 30 avril 1897, S. 1897, I, 344 ; D. 1897, I, 515

474 Orléans, 31 janvier 1896, DP 1896, II, 237

changement admis par le juge et les parties ?

L'écueil de cette largesse faite à des défendeurs aux abois consiste dans le détournement de la notion de défense. Il n'est pas rare qu'une partie prétende fallacieusement agir en défense pour présenter une demande nouvelle. Pour autant, toute stratégie de victimisation a ses limites. Aussi la Cour de cassation n'impose-t-elle pas aux juridictions du fond d'accueillir systématiquement ces prétendus moyens de défense. Après tout, il ne suffit pas de parer une prétention du vernis processuel qui plaît pour que sa substance en soit modifiée, et l'on ne saurait imposer au juge du second degré de faire droit à une demande nouvelle travestie en moyen de défense. La Haute juridiction exige seulement que les cours d'appel recherchent si les demandes ont véritablement le caractère d'une défense à l'action principale⁴⁷⁵.

115. Autre est la situation de la partie qui refuse la qualité qui lui est conférée par son adversaire dès la première instance. D'une part, il est évidemment admis que l'on ne peut pas attirer n'importe qui devant un juge. Il faut un rapport de droit entre les personnes appelées à devenir parties au procès. Ce droit litigieux, s'il n'existe pas, prive le procès d'objet, et un procès sans litige est une coquille vide. Le défendeur doit donc être titulaire lui aussi du droit d'agir en justice. Telle est la seule qualité – qui est ici une qualité processuelle – exigée par l'article 31 du Code de procédure civile. Bien que la rédaction de l'article 122 contienne un risque de méprise, la jurisprudence de la Chambre commerciale considère que la fin de non-recevoir tirée du défaut de droit d'agir peut être soulevée par le défendeur lorsque celui-ci se considère dépourvu de qualité⁴⁷⁶. Il va de soi que l'inverse n'est ni acceptable ni accepté par le droit positif. On ne peut pas assigner une personne puis prétendre en appel qu'elle est dépourvue de qualité. « *Il y aurait en effet une tactique trop habile pour le demandeur, après avoir trouvé le défendeur assez qualifié pour perdre le procès, à soutenir qu'il est inapte à le gagner parce qu'il sent l'affaire lui échapper.* »⁴⁷⁷ De la même façon, on ne peut, en vertu de la règle de l'*estoppel*, soulever en appel l'incompétence de la juridiction d'appel du tribunal qu'on a soi-même saisi et devant lequel on a plaidé⁴⁷⁸.

Par ailleurs, s'il est admis que le demandeur puisse assigner le défendeur contre son gré, la

475 Cass. civ. 3, 5 mai 1970, Bull. civ. III, n° 303, p. 221 : ne donne pas une base légale à sa décision la cour d'appel qui, saisie d'une action principale engagée par une société contre les héritiers d'un de ses cogérants en paiement du solde débiteur de ce dernier, déclare irrecevable, comme nouvelle, la demande reconventionnelle pour indemnité de gérance au motif que devant les premiers juges elle avait été formée contre le gérant personnellement et non contre la société, sans rechercher si cette demande avait le caractère d'une défense à l'action principale.

476 Cass. com., 16 juin 1998, Bull. civ. IV, n° 199

477 Y.-M. Serinet, *loc. cit.*

478 Cass. civ. 1, 6 juillet 2005, n° 01-15.912 : « *Attendu que l'arrêt, sans encourir le grief de dénaturation, a justement décidé que M. X..., qui a lui-même formé la demande d'arbitrage devant le Tribunal des différends irano-américains et qui a participé sans aucune réserve pendant plus de neuf ans à la procédure arbitrale, est irrecevable, en vertu de la règle de l'estoppel, à soutenir, par un moyen contraire, que cette juridiction aurait statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle, faute de convention qui lui soit applicable.* »

détermination de la qualité – cette fois au sens du droit substantiel – du défendeur n'est pas l'apanage du seul demandeur. Le défendeur ayant fait le choix de comparaître peut très bien contester la qualité en laquelle il est assigné. Ce n'est donc pas l'assignation qui fixe la qualité du défendeur, qui peut en changer en vertu du principe de liberté de la défense, mais l'ordonnance de clôture⁴⁷⁹. Lorsque le juge a malgré tout suivi le demandeur sur le terrain de la qualité du défendeur, ce dernier est recevable à contester derechef la qualité qu'on veut lui imposer pour défendre au procès. La partie insatisfaite par la qualité que le premier juge lui aura attribuée pourra donc soutenir devant le second que cette qualité est erronée. La qualité en appel ne sera pas nouvelle puisqu'elle aura déjà été examinée en première instance. Ce n'est donc pas l'assignation qui détermine le respect du double degré de juridiction mais bien le débat de première instance sur lequel repose le jugement.

116. La jurisprudence est toujours plus libérale à l'égard du défendeur, puisqu'elle l'autorise assez largement à changer de qualité en appel. Il s'agit là d'une conséquence du principe de liberté de la défense, dont il résulte que « *le principe des deux degrés de juridiction établi pour les demandes n'est pas applicable aux moyens de défense* »⁴⁸⁰. Le changement de qualité peut en effet se justifier moins par une tactique que par une réelle évolution du litige. D'autres fois, l'application de ce principe conduit rapidement « *à ériger la stratégie procédurale à la hauteur d'une institution, la ruse au rang des règles de procédure et à transformer l'habileté en un moyen de défense* »⁴⁸¹. C'est le cas d'un arrêt déjà ancien⁴⁸² dans lequel le défendeur, après avoir soutenu qu'il avait le droit de procéder à des enchères publiques en qualité de courtier, excipe en appel de la délégation spéciale du consul des États-Unis d'Amérique et des immunités concédées à ce dernier sur ce point. La Chambre civile justifie l'admission de ce comportement par le respect de la liberté de la défense : « *le principe des deux degrés de juridiction, établi pour les demandes, n'est pas applicable aux moyens de défense, et, par suite, il appartient au défendeur, en vue d'écartier l'action principale, d'invoquer, pour la première fois en appel, une qualité dont il ne s'était pas prévalu en première instance* ». Néanmoins, s'il était loisible au défendeur d'invoquer une

479 V. contra Cass. req., 23 décembre 1943, S. 1944, I, 90 ; RTD civ. 1945, pp. 50-51, obs. Vizios : « *L'acte introductif d'instance établit la qualité des parties pour toute la durée de la procédure même de la procédure d'appel* ».

480 Cass. req., 21 décembre 1846, DP 1846, IV, 150 : « *La partie qui sur l'action en revendication d'objets dont elle s'est illégalement emparée a opposé en première instance que ces objets appartenaient à un autre qu'au demandeur et a été condamnée à les restituer comme mal fondée à exciper du droit d'un tiers, peut soutenir pour la première fois en appel qu'elle est devenue personnellement propriétaire des valeurs litigieuses en qualité de légataire de ce même tiers, décédé depuis le jugement (...), que le principe des deux degrés de juridiction établi pour les demandes n'est pas applicable aux moyens de défense.* »

481 R. Perrot, « L'effet de l'appel quant aux personnes », in Chambre nationale des avoués, Journées des 29 et 30 octobre 1973, Dijon, Gaz. Pal. 1974, I, doct. 393, spéc. p. 414

482 Cass. civ., 30 juin 1884, DP 1885, p. 13302 – Cass. civ., 30 juin 1884, S. 1886, I, 174 ; D. 1885, I, 302 – Cass. civ., 30 avril 1897, S. 1897, I, 344 ; D. 1897, I, 515

immunité, que ne l'a-t-il pas fait *in limine litis* et devant le premier juge ?

Faut-il alors voir dans la position de la jurisprudence une nouvelle adaptation en droit processuel de l'idée de protection de la partie faible chère au droit de la consommation ? Cette partie faible ne serait autre que le défendeur, faible parce qu'il est contraint d'entrer dans l'arène du procès, ce qui justifierait un certain nombre de dérogations, à l'instar des options de compétence dérogeant à la règle *Actor sequitur forum rei*. Au rang des dérogations, on trouverait donc une exception à la règle de l'interdiction de ne pas se contredire qui, en tout état de cause, n'est pas un dogme. Comme l'enseignait le doyen Carbonnier, « *si les coups bas sont interdits, les simples ruses de guerre ne le sont pas : il y a dans le procès un combat, à tout le moins un match (...) Un minimum de loyauté est assuré par la déontologie qui gouverne les rapports entre avocats, ainsi que le contrôle du juge (article 3 du code de procédure civile). Mais à condition de respecter ce minimum, chaque partie peut se sentir invitée par l'article 9 du code de procédure civile à travailler pour le succès de sa prétention, à laisser un instant la vérité unique pour sa propre vérité* »⁴⁸³.

SECTION III : L'APPEL DU MINISTÈRE PUBLIC

117. Les articles 421 et suivants du Code de procédure civile envisagent l'action du ministère public dans le procès civil comme partie principale et son intervention comme partie jointe, que la doctrine a parfois respectivement appelées voie d'action et voie de réquisition⁴⁸⁴. Les attributions du parquet diffèrent essentiellement selon que l'on plaide devant une juridiction civile ou devant une juridiction répressive. Ainsi, le ministère public ne prend-t-il pas de réquisitions *stricto sensu* en matière civile⁴⁸⁵, contrairement à la matière pénale⁴⁸⁶.

La doctrine classique de droit judiciaire privé ne semble pas avoir accordé une place importante au ministère public au sein de la théorie générale de la juridiction, sans doute en raison de la rareté de ses apparitions dans les instances civiles. Cet effacement procède de la mentalité

483 J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction.*, 25^{ème} éd., PUF, 1997, n° 109-188

484 Y. Abou-Zeid, *op. cit.*, p. 80 – V. aussi *Dictionnaire du notariat*, Paris, 1832, 3^{ème} éd., t. 6, p. 1162

485 Toutefois, en matière commerciale, la Circulaire relative à l'action du ministère public dans les procédures du Livre IV du Code de commerce en conséquence de la loi de sauvegarde des entreprises du 18 avril 2006 vient préciser : « *Si l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif et l'obligation aux dettes sociales relèvent essentiellement de l'initiative des mandataires de justice, lesquelles ont une connaissance approfondie de l'état actif et passif de la procédure, l'action aux fins du prononcé de la faillite personnelle et de l'interdiction de gérer relève tant de leur initiative que de celle du ministère public. L'exercice de cette action procède en effet de la défense de l'ordre public économique.* »

486 C.P.P., art. 33, art. 313 al. 1^{er}, art. 458 al. 1^{er}, art. 460 al. 1^{er}, art. 461-1 al. 1^{er}

non-interventionniste de magistrats du parquet qui estiment que leur office n'est pas nécessaire, ni même souhaitable, dans des litiges ne mettant en jeu que des intérêts privés. La question se pose de la « *mutation du système judiciaire contemporain vers le contractualisme* »⁴⁸⁷. Certains auteurs contemporains vont jusqu'à voir dans les règles de procédure civile ouvrant au ministère public l'accès au prétoire, une menace aux droits des justiciables⁴⁸⁸, voire à souhaiter la suppression de ces dispositions⁴⁸⁹, arguant que ce qui va de soi en procédure pénale ne se conçoit pas avec la même évidence en procédure civile et en contentieux administratif. Parmi eux, Monsieur Martin estime que « *le système repose sur une présupposition du jurisconsulte idéal* »⁴⁹⁰ et qu' « *aucune justification théorique ne peut expliquer que le juge soit ainsi flanqué d'un mentor* »⁴⁹¹. Ajoutons à cela la condamnation de la France en 2003⁴⁹² par la Cour européenne des droits de l'Homme, qui voit dans la simple présence de l'avocat général de la Cour de cassation au délibéré de sa juridiction une violation de l'article 6 § 1 de la Convention⁴⁹³.

118. Nous n'avons pas pour ambition d'évaluer la légitimité du ministère public au sein du procès civil, mais de déterminer les caractéristiques essentielles de son activité, notamment en ce qui concerne les voies de recours. Fondamentalement, cette mission peut se définir comme celle de veiller à une saine application de la loi. En témoigne le mécanisme du pourvoi dans l'intérêt de la loi⁴⁹⁴, dont l'illustration la plus célèbre est sans doute l'arrêt du 31 mai 1991 dans lequel l'Assemblée plénière pose en principe la contrariété à l'ordre public international français de la pratique de la maternité pour autrui⁴⁹⁵. Sans verser dans la théorie des idées politiques, il convient de préciser que si, aux termes de l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958⁴⁹⁶, « *les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la justice* », ils n'en deviennent pas pour autant les

487 G. Canivet, « De l'intelligence en procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, op. cit., p. XIV, spéc. p. XXXVIII

488 M. Henry, « Civil : la défense muselée face au parquet », *Les Échos*, n° 21060 du 17 novembre 2011, p. 12 ; dans cet article, l'auteur estime que viole les principes à valeur constitutionnelle de droits de la défense et d'égalité des armes, l'art. 443 al. 1^{er} du Code de procédure civile, lequel donne au ministère public, partie jointe, la parole en dernier, texte qu'il qualifie d'obsolète et dans lequel il voit une « *réminiscence du pouvoir impérial* ».

489 R. Martin, « Faut-il supprimer le ministère public (devant les juridictions civiles et administratives) ? », *RTD civ.* 1998, p. 873

490 *Ibid.*

491 *Ibid.*

492 CEDH, 27 novembre 2003, *Slimane Kaïd 2 c/ France*, n° 48943/99, D. 2003, inf. rap., p. 32 : il s'agissait d'un pourvoi sur lequel était appelé à statuer la Chambre criminelle de la Cour de cassation. La solution semble-t-il, est transposable aux juridictions non-répressives.

493 V. à ce propos J. Andriantsimbazovina, « Bien lus, bien compris, mais est-ce bien raisonnable ? », D. 2004, p. 866 – J.-F. Burgelin, « La paille et la poutre », D. 2004, p. 1249

494 C.P.C., art. 618-1 – Loi n° 67-523 du 3 juillet 1967 relative à la Cour de cassation, art. 17

495 Cass. plén., 31 mai 1991, D. 1991, p.417, rapp. Chartier et note Thouvenin ; JCP 1991, II, 21752, note Terré et communication Bernard ; *RTD civ.* 1991, p. 517, note Huet-Weiller

496 Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature

représentants de l'État – exception faite de certains cas d'action en recherche de paternité⁴⁹⁷ – ce dernier agissant en justice par l'intermédiaire de ses administrations et, le cas échéant, des ministres qui en sont responsables⁴⁹⁸, ainsi que par l'agent judiciaire de l'État⁴⁹⁹, autrefois appelé agent judiciaire du Trésor⁵⁰⁰.

Le ministère public peut être considéré comme « *le représentant de la société et le commissaire de la loi qui en est l'expression* »⁵⁰¹. Cela est incontestable quand on considère que la terre d'élection de l'action ou de l'intervention du ministère public est le droit des personnes et de la famille et, dans une moindre mesure, le droit des entreprises en difficulté, disciplines lourdes d'enjeux. Dans les cas spécifiés par la loi ou sur demande la chancellerie⁵⁰², le ministère public agit d'office en qualité de partie principale, bien qu'il soit libre d'apprécier l'opportunité de son intervention, sauf lorsque la loi l'institue partie nécessaire au procès. Ainsi en est-il de l'action déclaratoire de nationalité⁵⁰³, de la nullité du mariage⁵⁰⁴, ou de la demande d'*exequatur* d'un jugement d'adoption en l'absence de défendeur⁵⁰⁵. Les cas spécifiés par la loi que vise l'article 422 du Code de procédure civile sont, notamment, l'action en contestation de l'enregistrement de la déclaration de nationalité⁵⁰⁶, la saisine du juge aux affaires familiales en matière de prénom⁵⁰⁷ ou l'opposition à mariage⁵⁰⁸. En dehors de ces hypothèses d'actions réservées à lui seul ou concurremment à d'autres titulaires, il a la faculté d'agir pour la défense de l'ordre public lorsque ce dernier est en jeu⁵⁰⁹. En revanche, le ministère public intervient en qualité de partie jointe lorsqu'il estime devoir porter à la connaissance de la juridiction son avis sur l'application de la loi dans les affaires communicables en vertu des articles 425 et suivants du Code de procédure civile⁵¹⁰.

497 C.P.C., art. 1151

498 V. par ex. C. com., art. L. 442-6, III qui ouvre une action en justice en matière de pratiques restrictives de concurrence au ministre de l'économie

499 Décret n° 2012-985 du 23 août 2012, JCP G 2012, p. 1254, n° 4, obs. Cadiet – C. Bergeal, « Longue vie à l'agent judiciaire de l'Etat ! », JCP G 2012, act., p. 1058

500 Institué par le décret du 21 juillet 1790, l'article 38 de la loi n° 55-366 du 3 avril 1955 lui a conféré un monopole légal de représentation de l'État devant les tribunaux de l'ordre judiciaire pour toute créance ou dette de l'État.

501 L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, p. 293, n° 365

502 Circ. min. justice, 11 octobre 1909, portant application L. 9 avril 1898 sur les accidents du travail, BO min. just. 1909, p. 197 – Circ. 23 avril 1949 à propos des lois sur les loyers des 28 février 1941 et 1^{er} septembre 1948

503 C. civ., art. 29-3 – C.P.C., art. 1040

504 C. civ., art. 190. On notera l'obsolescence et l'inapplicabilité de la sanction de l'article 190 *in fine*.

505 Cette règle a été posée par la jurisprudence : Cass. civ. 1, 6 mars 2013, n° 12-30.134, Procédures 2013, n° 155, obs. Douchy-Oudot

506 C. civ., art. 26-4

507 C. civ., art. 57 al. 3

508 C. civ., art. 175-1 et 175-2

509 C.P.C., art. 423

510 Aux termes de l'article 425 du Code de procédure civile, la communication est obligatoire en matière de filiation, de tutelle des mineurs, de protection juridique des majeurs, de déplacement illicite international d'enfants et de procédures collectives. L'article 83 du Code de procédure civile de 1806 y ajoutait, entre autres hypothèses, les déclinatoires sur incompétence.

119. Les règles de droit applicables à l'action ou à l'intervention du ministère public en matière civile déterminent, dans une large mesure, le régime des voies de recours à lui ouvertes. Il est à noter que le Code de procédure civile ne contient pas de droit commun de l'appel du ministère public, qui n'est réglementé que par des textes épars⁵¹¹, auxquels s'ajoutent les dispositions du Code de commerce dans le cadre des entreprises en difficulté⁵¹². Lorsqu'aucun texte spécial n'ouvre la voie de l'appel au ministère public, l'action de ce dernier est régie par les articles 422 et suivants. Son rôle au sein de l'instance d'appel sera donc calqué sur celui de la première instance, mais la transposition d'une instance à l'autre ne se réalise pas à l'identique. En effet, le rôle procédural du ministère public n'existe en appel qu'à l'état d'action, alors qu'il pouvait prendre la forme en première instance tant de l'action que de l'intervention. Cela s'explique par le fait que « *le ministère public, en faisant appel alors qu'il était partie jointe, devient logiquement partie principale car il abandonne son rôle de partie jointe avec toutes les conséquences qui s'y attachent* »⁵¹³.

En d'autres termes, l'appel est ouvert au ministère public lorsque ce dernier est partie principale, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il n'est que partie jointe. Lorsqu'il agit en tant que partie principale, le ministère public occupe véritablement dans l'instance la place d'une partie, bien que le régime procédural prévu par les textes et la jurisprudence ne permette pas de l'assimiler indistinctement aux autres plaideurs⁵¹⁴. Il présentera donc au juge du siège des demandes, relativement à la nationalité ou à l'état civil par exemple, auxquelles la juridiction fera ou ne fera pas droit. Il n'agira pas en tant que personne physique mais comme incarnation de la société.

120. Aux termes de l'article 421 du Code de procédure civile, le ministère public peut aussi « *intervenir comme partie jointe* ». La doctrine a pu déplorer l'emploi d'une telle formule par les rédacteurs du Code de 1976, en effet « *cette dernière expression est malheureuse car le ministère public ne se joint pas vraiment à l'une des parties, il se contente de donner son avis sur la solution du litige, et ce au nom de l'intérêt général* »⁵¹⁵. D'une part, il est inapproprié de parler d'intervention. Si l'on s'en tient à la lettre de l'article 66 du Code de procédure civile, l'intervention du ministère public a certes pour objet de le rendre partie au procès engagé entre les parties originaires, mais il n'en devient pas pour autant l'auteur d'une prétention au sens de l'article 4 du même Code. Quant aux dispositions des articles 325 et suivants, on conçoit aisément qu'elles ne

511 C.P.C., art. 679, art. 746 al. 2, art. 1055 al. 3, art. 1176, art. 1191 al. 4, art. 1240

512 C. com., art. L. 661-6-I

513 Ph. Gerbay et N. Gerbay, *Guide du procès civil en appel*, LexisNexis 2013, 2^{ème} éd., p. 177, n° 492

514 Par ex., la jurisprudence le dispense de déposer des conclusions écrites avant de prendre la parole à l'audience :
Cass. civ. 1, 3 mars 1993, Bull. civ. I, n° 94

515 Ph. Gerbay et N. Gerbay, *op. cit.*, p. 175, n° 483

sauraient concerner le ministère public : il n'y a pas d'intervention accessoire⁵¹⁶ parce qu'il ne vient pas appuyer les prétentions d'une partie, il n'y a pas non plus d'intervention principale⁵¹⁷ puisqu'il n'élève pas de prétention à son profit. Au mieux pourrait-on ranger sa participation à l'instance dans la catégorie résiduelle des interventions ne conférant pas à leur auteur la qualité de partie, tels le cas où le juge demande « à certains tiers d'intervenir pour l'éclairer »⁵¹⁸ dans la procédure d'homologation judiciaire de changement de régime matrimonial⁵¹⁹, ou dans l'audition du mineur capable de discernement dans les procédures le concernant⁵²⁰, ou encore, jusqu'en 2000, dans le dépôt de conclusions par le ministre de l'économie devant les juridictions civiles et pénales en matière de liberté des prix et de la concurrence⁵²¹. Cette impossibilité de classer l'intervention du ministère public dans l'une des *summae divisiones* de la procédure civile est un aveu d'échec.

D'autre part, il est maladroit de donner le nom de partie au ministère public dans ce cas de figure, eu égard à l'absence de prétention adressée au juge du siège. « *Quand il procède par voie de réquisition, il est simplement partie jointe, il n'est l'adversaire de personne. Il requiert seulement la meilleure application, selon lui, de la loi.* »⁵²² Sa participation à l'instance se limitera à donner à la juridiction un éclairage sur les règles de droit applicables à la cause. Il n'y a donc pas de prétention autonome, ni même de prétention venant soutenir celles d'une partie au procès. Le ministère public indiquera donc quelle doit être, selon lui, la solution du litige. Ce n'est que de façon accidentelle que sa demande – au sens non-juridique du terme – coïncidera avec celle du demandeur ou du défendeur, puisqu'il invitera la juridiction à statuer comme la loi le veut, peu importe que cette volonté du législateur rejoigne celle d'un des plaideurs. Pour le formuler autrement, lorsque les arguments du ministère public épousent ceux d'une partie, il dit comme elle mais certainement pas avec elle, car « *pour un simple particulier, la règle de droit n'est qu'une béquille au service d'un résultat ; pour le ministère public, le résultat importe peu, pourvu que la règle de droit soit sauve* »⁵²³.

121. De cette non-assimilation du ministère public aux parties, va dépendre l'exercice de la voie d'appel. Le droit commun de l'article 546 pose comme conditions pour appeler, la qualité et

516 C.P.C., art. 330 al. 1^{er}

517 C.P.C., art. 329 al. 1^{er}

518 C. Lemaire-Péciaux, « Le changement de régime matrimonial et les tiers », *Gaz. Pal.* 2000, II, doct., p. 1963

519 C. civ., art. 1397 et s.

520 C. civ., art. 388-1 ; l'alinéa 3 dispose expressément que « *l'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure* ».

521 Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, art. 56 (abrogée par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du Code de commerce).

522 Y. Abou-Zeid, *op. cit.*, pp. 81-82, n° 92

523 R. Perrot, « Ministère public, partie principale : peut-il former appel contre un jugement rendu conformément à ses réquisitions ? », *RTD civ.* 1999, p. 204

l'intérêt, ce dernier étant à la mesure de la succombance. Or, « *le Ministère public qui s'est porté partie jointe, n'étant pas un plaideur, ne peut juridiquement être considéré comme ayant succombé même si le tribunal s'est prononcé dans le sens contraire aux conclusions qu'il avait prises* »⁵²⁴. Une jurisprudence *praeter legem* a cependant créé un appel prétorien en vertu duquel la voie de recours ordinaire lui est ouverte à chaque fois qu'il a été partie jointe ou qu'il n'a pas été partie, mais qu'il aurait pu être partie principale en raison du caractère d'ordre public des faits de la cause⁵²⁵. Cette solution est difficile à comprendre : l'arrêt de la première Chambre civile de 1990 ayant rappelé cette règle ne précise même pas en quoi l'ordre public est concerné⁵²⁶. Quant au ministère public aurait-il pu ou dû se porter partie principale ? La jurisprudence, parfois encline à édicter des sanctions draconiennes à l'inaccomplissement de formalités procédurales, se montre débonnaire à l'égard du ministère public. Ainsi ne devrait-on pas être surpris que les cours d'appel s'évertuent à valider un appel qui aurait été déclaré irrecevable. La critique ne résiste pourtant pas à une analyse sérieuse : l'ordre public n'est pas défini par l'article 6 du Code civil⁵²⁷ et, à côté de dispositions textuelles nombreuses mais dispersées⁵²⁸, le contenu de son champ est largement régi par la jurisprudence de la Cour de cassation, laquelle évolue au gré des mentalités. On peut donc comprendre cette souplesse quant à la recevabilité de l'appel du parquet, souplesse qui vient compenser les difficultés d'appréciation de certaines situations dont, à première vue, il ne ressort pas avec une nette évidence qu'elles intéressent l'ordre public.

122. La très médiatique affaire jugée en 2008 par le tribunal de grande instance de Lille⁵²⁹ puis par la cour d'appel de Douai⁵³⁰ nous en offre une illustration. Il s'agissait d'une demande d'annulation du mariage sur le fondement des articles 146 et 180 du Code civil. Rien de plus

524 Y. Abou-Zeid, *op. cit.*, p. 83, n° 93

525 Cass. civ., 22 janvier 1862, DP 1862, I, 5 – Cass. req., 28 novembre 1877, DP 1878, I, 210 – Cass. civ., 25 octobre 1905, DP 1906, I, 337 – Cass. civ. 1, 29 mai 1990, n° 88-45.425 – En revanche, dans les cas où le ministère public est intervenu comme partie jointe dans les causes où il n'aurait pas pu intervenir comme partie principale, il ne peut pas relever seul appel : Paris, 8 juillet 1961, D. 1962, p. 367

526 Il s'agissait dans cette espèce du licenciement d'un agent de sécurité de l'ambassade des États-Unis en France. Plusieurs réponses sont alors possibles : droit du travail, conflit de juridiction, immunité diplomatique...

527 Dans sa thèse consacrée à *L'ordre public et le contrat* (Paris, 1953), Monsieur Malaurie en recense plus de vingt définitions.

528 C. civ., art. 16-9, art. 763 al. 4, art. 2013, art. 2372-5 al. 4, art. 2422 al. 7, art. 2488-5 al. 4 – À ces textes il faut ajouter ceux qui ont trouvé place dans d'autres codes que le Code civil, et ceux qui n'emploient pas le terme d'ordre public mais les expressions « *nonobstant toutes conventions contraires* », « *les conventions contraires à la présente loi sont nulles* », « *sont réputées non écrites* », ce qui revient au même.

529 TGI Lille, 1^{er} avril 2008, n° 07-08458, F. Terré, « Le libre choix du conjoint », JCP 2008, p. 439 ; Ph. Malaurie, « Mensonge sur la virginité et nullité de mariage », JCP 2008, p. 440 ; P. Labbé, « La mariée n'était pas vierge », D. 2008, p. 1389 ; F. Rome, « La mariée avait un vice caché... », D. 2008, p. 1465

530 Douai, 17 novembre 2008, n° 07-08458, J. Hauser, « Le mariage n'est pas un simple montage », RTD civ. 2008, p. 98 ; F. Chénéde, « La virginité n'est pas une qualité essentielle », AJ fam. 2008, p. 479 ; F. Terré, « Le libre choix du conjoint », JCP 2008, p. 439 ; F. Dekeuwer-Défossez, « Les sept voiles de la mariée », RJPF 2008-7-8/10 ; P. Murat, « Les époux sont dans de beaux draps », Dr. fam. 2008, repères 7

classique, même si cette procédure devrait demeurer exceptionnelle, alors qu'elle est en augmentation⁵³¹. Le recours à la justice était cependant largement motivé par l'absence de virginité de l'épouse qui s'était pourtant présentée avant les noces comme « célibataire et chaste ». La juridiction de première instance avait fait droit à cette demande et prononcé la nullité du mariage assortie de l'exécution provisoire. « *Ce jugement était venu garnir le rang des décisions de justice qui, en matière civile, suscitent des réactions approbatrices ou indignées hors les murs des seules revues juridiques.* »⁵³² Ce fait divers ayant provoqué un vif débat de société, le ministre de la justice avait demandé au procureur général de Douai que le parquet interjette appel du jugement, la chancellerie ayant expliqué que « *cette affaire privée dépasse la relation entre deux personnes et concerne l'ensemble des citoyens de notre pays, et notamment les femmes* »⁵³³.

Les époux soutenaient tous deux que l'appel du ministère public était irrecevable, arguant notamment de sa position procédurale de partie jointe et de l'absence d'atteinte à l'ordre public. La question se révélait fort délicate et méritait en tout cas d'être posée. Le ministère public n'avait pas estimé *prima facie* que l'ordre public se trouvât en cause puisque, le dossier lui ayant été communiqué, il s'était contenté d'y apposer la mention « vu et s'en rapporte », n'intervenant que comme partie jointe, alors que l'article 423 du Code de procédure civile (voire l'article 422 par référence à l'article 184 du Code civil opérant un renvoi à l'article 146 du même code) lui ouvrait l'action comme partie principale, à supposer que l'ordre public fût concerné. La gravité du débat ayant amené le Garde des Sceaux à demander au parquet qu'il relève appel du jugement, un réexamen des données de fait et de droit se révélait éminemment souhaitable. Pour ce faire, il était non seulement nécessaire de trouver dans les règles de procédure civile un argument de nature à permettre cet appel, mais encore, en droit des personnes et de la famille, de reconsidérer la présence ou l'absence de l'ordre public dans le litige.

Il fallait d'abord résoudre la question de l'ordre public, de laquelle jaillirait tout naturellement la solution au problème de l'appel. La cour d'appel a considéré que l'ordre public était effectivement concerné, puisque les questions discutées dans le procès se rapportaient de façon générale au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes et, plus précisément, aux principes de respect de la vie privée, de liberté du mariage, de prohibition de toute discrimination entre les hommes et les femmes. Ces principes sont protégés par la Convention européenne de 1950 et, parce qu'ils constituent des droits dont les parties ne pouvaient avoir la libre disposition, sont d'ordre public. Dès lors qu'ils se trouvaient compromis, l'appel du ministère public devenait recevable. À partir de cet exemple, on comprend bien que le changement de qualité procédurale – partie jointe

531 D. de Mallevoüe, « De plus en plus de mariages sont annulés par les juges », Le Figaro, 30 mai 2008

532 V. Egéa, « La non-virginité de l'épouse n'est pas une qualité essentielle », D. 2008, p. 2938

533 AFP, « Mariage annulé pour non-virginité : le parquet général va faire appel », 2 juin 2008

puis partie principale – d’une instance à l’autre, n’a rien d’arbitraire. De façon plus pragmatique, peut-être est-ce aussi l’occasion d’exiger devant la juridiction de second degré une meilleure application des règles de droit, *a fortiori* si elles sont d’ordre public.

123. La qualité ne pose pas de difficultés de compréhension. On peut facilement voir dans l’appel du ministère public une action attitrée, puisqu’elle concerne un cas précis organisé par un texte de loi ou en lien avec l’ordre public. L’intérêt est bien plus difficile à cerner, en effet le ministère public n’agit pas pour son propre compte mais pour assurer le respect de la loi, il n’agit pas pour la reconnaissance *d’un* droit mais pour le respect *du* droit. Pour cette raison, l’intérêt du ministère public à interjeter appel n’est pas une imitation *ne varietur* de l’intérêt des autres parties. Cet intérêt est seulement celui de la loi. Il doit être évalué à l’aune de la règle de droit et non du débouté. On peut même affirmer qu’il est à l’opposé de l’intérêt des parties, la jurisprudence considérant la partie privée sans intérêt à demander le respect de la loi lorsque la violation de celle-ci ne porte aucune atteinte à ses droits⁵³⁴. Par exception à une jurisprudence⁵³⁵ constante, « *la notion de succombance, condition d’ouverture de l’appel, cède devant le respect de la loi* »⁵³⁶. Il n’y a donc pas de surprise lorsque la Cour de cassation déclare recevable l’appel du ministère public partie principale alors même que le jugement était conforme à ses réquisitions. L’arrêt auquel nous faisons allusion a pourtant suscité l’émotion de certains auteurs⁵³⁷.

Dans cette affaire, une personne d’origine sénégalaise s’était vu reconnaître la conservation de la nationalité française lors de l’accession du Sénégal à l’indépendance, du fait qu’elle se trouvait à cette époque engagée dans l’armée française, cette circonstance devant être assimilée à la résidence en France en vertu de l’article 78 du Code de la nationalité française dans l’interprétation qui en était alors donnée. Le jugement avait été rendu sur la demande et les réquisitions conformes du ministère public. Peu de temps après, le ministère public s’était aperçu que cette solution était juridiquement infondée. Il est probable qu’il n’ait pas pris connaissance en temps utile d’une des dispositions de la loi du 22 juillet 1993 promulguée deux mois avant le jugement. Cette loi abrogeait totalement le Code de la nationalité française, corrélativement à une importante refonte du droit de la nationalité. Pour compliquer davantage la situation, ladite loi était applicable aux instances en cours. L’article 43 de la loi du 22 juillet 1993 modifiait l’article 22 de la loi du 9 janvier 1973, dont l’alinéa 2 venait désormais préciser le sens et la portée de l’article 78 du Code de

534 Cass. civ. 2, 23 septembre 1998, Bull. civ. II, n° 246, D. 1998, inf. rap., p. 236 : il s’agissait de la tierce-opposition, mais il semble que la solution soit transposable à l’appel.

535 Cass. civ. 1, 16 janvier 1979, D. 1979, inf. rap., p. 289, obs. Julien – Cass. civ. 1, 17 juin 1981, D. 1983, inf. rap., p. 141, obs. Julien – Cass. civ. 2, 11 juillet 1990, Bull. civ. II, n° 170 – Cass. civ. 2, 20 mars 1991, Bull. civ. II, n° 88

536 Ph. Gerbay et N. Gerbay, *op. cit.*, p. 176, n° 487

537 Cass. civ. 1, 10 mars 1998, n° 96-13.497, RTD civ. 1999, p. 204, obs. Perrot ; RGDP 1998, p. 653, obs. Wiederkehr

la nationalité française abrogé, notamment par l'indication que « *l'assimilation de résidence prévue par ces dispositions n'est applicable qu'aux cas d'acquisition de la nationalité française ou de réintégration dans cette nationalité* ». L'appel du ministère public reprochait au jugement d'avoir étendu l'assimilation de résidence à un cas de conservation de la nationalité française, tandis que la législation ne concernait que les cas d'acquisition ou de réintégration. À l'évidence, le ministère public se contredisait d'une instance à l'autre. De plus, le défaut de succombance eût été propice à déclarer son appel irrecevable pour défaut d'intérêt. La cour d'appel ne s'est pas engagée dans cette voie. Elle s'est contentée de réformer le jugement en déclarant que l'intéressé avait perdu la nationalité française par suite de l'indépendance du Sénégal le 20 juin 1960.

D'un point de vue strictement juridique, et sans parti pris, la recevabilité de l'appel se justifiait. Il n'y avait pas défaut d'intérêt mais plutôt un intérêt différent de celui qu'ont les parties privées au procès. L'intérêt du ministère public, gardien de la légalité, se trouve dans la bonne application du droit. « *Ainsi dans le cas d'espèce, la préoccupation majeure du ministère public n'était pas que l'intéressé dont la nationalité était controversée fut français ou sénégalais. À l'extrême, on pourrait presque dire que ce résultat lui était indifférent. Ce qui comptait pour lui, c'était de faire en sorte que la loi sur la nationalité française ne soit pas transgressée.* »⁵³⁸ L'arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation énonce comme une évidence « *que le ministère public est recevable à agir pour faire appel d'un jugement conforme à ses réquisitions, dès lors que son recours tend à l'exacte application de la loi* ». D'aucuns seront peut-être choqués qu'une aussi importante dérogation lui soit accordée alors qu'elle est tout simplement refusée aux justiciables auxquels on impose l'*estoppel* comme un principe majeur du droit processuel. Si l'on conçoit facilement que l'intérêt du ministère public ne soit pas consubstantiel à l'intérêt des autres parties, on comprend mal cette autorisation de se contredire pour réparer ses oublis. Il faut alors considérer que l'application correcte de la règle de droit est une finalité qui dépasse certains principes. En outre, ne pas admettre que le ministère public puisse se tromper avant de rectifier revient à faire passer au second plan l'intérêt de la loi et, de ce fait, à mettre en doute la légitimité même de la présence de ce magistrat dans le procès civil.

538 R. Perrot, « Ministère public, partie principale : peut-il former appel contre un jugement rendu conformément à ses réquisitions ? », *loc. cit.*

CONCLUSION DU TITRE I

124. Pour déterminer ce qu'est l'instance d'appel, il était nécessaire de préciser la notion d'instance. Pendant un temps, la jurisprudence s'est montrée hésitante quant à ses contours, jusqu'à ce qu'un arrêt d'Assemblée plénière vienne affirmer que l'instance correspond à l'étape du procès conduite devant une juridiction donnée. La doctrine s'est moins intéressée à sa délimitation temporelle qu'à sa qualification juridique. Longtemps influencée par le droit romain, elle y a vu un lien de nature contractuelle, avant de renoncer à cette analyse au profit d'un lien de nature légale.

Pour que l'instance d'appel puisse avoir lieu, elle doit suivre une première instance close par un jugement susceptible d'appel. La loi et la jurisprudence choisissent en effet d'ouvrir ou de fermer des voies de recours en fonction de l'intérêt présenté par l'affaire en jeu. Plus rarement, c'est la volonté des parties qui imprime au jugement un caractère insusceptible d'appel. Il n'est toutefois pas permis de contester n'importe quelle décision : seules celles revêtues de l'autorité de la chose jugée peuvent être remises en question. Les mesures d'administration judiciaire n'ont pas droit à cette qualification, pas plus que les mesures utiles à la solution du litige, tant que cette solution n'a pas été donnée. Une fois ces conditions remplies, la dévolution permet de transférer la connaissance du litige à la cour d'appel. Son aspect négatif correspond au dessaisissement du premier juge et son aspect positif à la saisine du second.

125. La doctrine a cherché à déterminer de quelle façon l'instance d'appel devait s'intégrer à la théorie générale de l'action en justice. Cette dernière présente des conditions qui font l'objet d'une mise en œuvre spécifique s'agissant de la saisine de la cour d'appel. L'intérêt, d'une part, est diversement apprécié selon l'étape du procès. En première instance, il consiste dans la reconnaissance de la titularité du droit litigieux. En appel, il se mesure à la succombance, et serait inexistant si l'appelant avait obtenu l'entier bénéfice de ses conclusions.

Tout droit peut dégénérer en abus, et le droit d'agir n'en est pas exempt. Une de ses déclinaisons est l'abus du droit d'appel. Il a pu être caractérisé dans ses éléments matériels mais aussi dans les mobiles qui animaient ceux qui s'en rendent coupables. Cet abus est plus délicat à isoler en appel, puisqu'en principe un recours est toujours offert à celui qui s'estime lésé par une décision erronée ou injuste.

La qualité, d'autre part, a pu être discutée dans son existence même pour les actions dites banales. Nous considérons qu'elle y est également présente et qu'elle consiste dans l'aptitude à être destinataire de la règle de droit invoquée. Devant la cour, la qualité n'est plus sujette à controverse,

qu'il s'agisse d'actions banales ou d'actions attitrées. Elle n'y est pas évaluée à l'aune du litige mais seulement du procès et n'est reconnue qu'aux personnes ayant été parties à la première instance.

Partie mais non plaideur, le ministère public reçoit communication de certaines causes. Son seul intérêt réside dans la bonne application de la loi. Ses facultés d'appeler sont conditionnées par les dangers pouvant menacer l'ordre public.

126. L'instance d'appel se présente comme un prolongement de la première instance et, à ce titre, emprunte certains de ses attributs. Leurs points communs pourraient faire oublier leurs distinctions, notamment dans leurs conditions respectives d'introduction et de saisine des juges appelés à y mettre fin. Ces conditions sont identiques mais leurs contenus ne le sont pas. Celles de la première instance sont exclusivement tournées vers la situation litigieuse, tandis que celles de l'instance d'appel participent à la fois du règlement du litige et de l'évaluation du procès au premier degré. Le souvenir d'une instance préexistant à l'instance d'appel enrichit ainsi les conditions de cette dernière d'un contenu propre, qui permet de réaliser leur rattachement. Ainsi, la vérification de chaque condition préalable à l'exercice de l'appel opère par renvoi et comme par délégation à la vérification effectuée en première instance pour ce qui concerne le litige, la juridiction supérieure ne se chargeant de vérifier que les conditions afférentes au procès.

L'instance devant la cour n'apparaît donc pas *ex nihilo*. Elle est une suite logique et, pour cette raison, est largement déterminée par la phase qui l'a précédée. Leur rattachement est essentiel, sans quoi l'appel risquerait de devenir un nouveau premier degré de juridiction, ce qui n'est en aucun cas son rôle.

TITRE II : LES EFFETS DE L'INSTANCE D'APPEL

127. L'instance d'appel se caractérise en matière civile par un effet suspensif auquel est traditionnellement associé un effet dévolutif⁵³⁹. Bien que souvent perçus comme des corollaires de la voie de recours ordinaire, leur association se justifie moins par un souci pédagogique que par une proximité essentielle véritable. Il suffit d'observer la structure du Code de procédure civile qui ne permet guère d'établir un lien, même ténu, entre les deux effets. La section intitulée « *Les effets de l'appel* » contient les dispositions relatives à l'effet dévolutif mais ne dit rien de l'effet suspensif⁵⁴⁰ qui apparaît en amont, dans les règles qui régissent les voies ordinaires de recours⁵⁴¹.

L'effet suspensif de l'appel et du délai d'appel introduit une pause dans le procès et laisse aux plaideurs un certain répit avant de s'engager dans l'instance devant la cour. C'est une trêve dans la situation matérielle ayant généré le litige au profit du déroulement judiciaire appelé à vider ce même litige. Le *statu quo* qu'il installe momentanément permet aux parties de choisir quels chefs du jugement elles devront attaquer, lesquels seront déférés à la juridiction supérieure par l'effet dévolutif. L'effet suspensif de l'appel (Chapitre I) est ainsi au service de l'effet dévolutif (Chapitre II), d'où leur association qui, sans être absolument nécessaire, obéit à une logique d'économie procédurale.

539 A. Loysel, *Institutes coutumières*, Paris, 1846, livre VI, titre IV, p. 239, n° 885 : « *Toutes appellations ont effet suspensif et dévolutif.* »

540 C.P.C., art. 561 et s.

541 C.P.C., art. 539

CHAPITRE I : L'EFFET SUSPENSIF, GARANTIE DE LA RÉPÉTITION

128. Les dernières réformes et la jurisprudence récente ont imprimé à la voie d'appel une physionomie nouvelle ; mais tout en élargissant l'effet dévolutif, elle ont peu modifié l'effet suspensif, en dépit d'exceptions et atténuations de plus en plus nombreuses. Toutes proportions gardées, si le principe de l'effet dévolutif est tourné vers une instance d'appel conçue comme une voie d'achèvement, celui de l'effet suspensif protège les garanties qui font de l'instance d'appel une voie de réformation. Cette dernière conception, bien que battue en brèche, doit dans une certaine mesure être conservée. L'équilibre est subtil et, sans doute, indispensable. L'effet suspensif et l'effet dévolutif se tempèrent mutuellement. Leur appariement naturel révèle que la réformation et l'achèvement préviennent chacun efficacement les excès de l'autre.

L'article 539 du Code de procédure civile dispose que « *le délai de recours par une voie ordinaire suspend l'exécution du jugement. Le recours exercé dans le délai est également suspensif* ». L'effet suspensif concourt à assurer l'effectivité et l'efficacité de l'appel puisqu'il offre à la juridiction du second degré la faculté d'infirmer le jugement sans qu'il soit nécessaire d'avoir à en réparer les conséquences, « *de telle sorte que cet effet suspensif apparaît consubstantiel au double degré de juridiction, dont il est le prolongement naturel* »⁵⁴². Cet effet a plusieurs conséquences sur la force du jugement (Section I) mais il peut être neutralisé par le recours à l'exécution provisoire (Section II).

SECTION I : LES CONSÉQUENCES DE L'EFFET SUSPENSIF SUR L'EFFICACITÉ DU JUGEMENT

129. L'effet suspensif permet à la partie condamnée en première instance de ne pas exécuter immédiatement le jugement mais d'attendre la solution de la cour d'appel. Ce bénéfice, s'il prive la décision de toute force exécutoire, est cependant sans conséquences sur l'autorité de la chose jugée dont elle est revêtue par l'article 1355 du Code civil, anciennement 1351. Il convient donc de bien distinguer les attributs du jugements atteints par l'effet suspensif de ceux qui lui sont inaccessibles (§ 1). Si l'arrêt confirmatif ne restitue pas au jugement son autorité dans la mesure où l'appel ne

⁵⁴² J. Moury, « De la règle de l'effet suspensif de l'appel en matière civile », in *Justice et droits fondamentaux : études offertes à Jacques Normand*, op. cit., p. 353, n° 14

l'en avait pas privé, il restaure sa force exécutoire mais de façon rétroactive (§ 2).

§ 1. Le maintien de l'autorité de la chose jugée

130. En théorie, l'effet suspensif ajourne la force de chose jugée mais n'affecte pas l'autorité de la chose jugée, attachée *de plano* au jugement dès son prononcé. Il s'ensuit qu'aucune demande ne pourra être présentée à un juge autre que le juge d'appel si elle se heurte à la triple identité de l'article 1355 du Code civil⁵⁴³ : lui serait opposée une fin de non-recevoir tirée de l'exception de chose jugée, indépendamment de l'effet suspensif du recours. Une partie de la doctrine⁵⁴⁴ désigne ce phénomène sous le terme d'*autorité négative* de la chose jugée par opposition à l'*autorité positive* qui réside, entre autres, dans la force probante de la décision de justice. À titre d'illustration, cette force probante s'impose au juge des référés nonobstant appel et autorise une partie à l'instance d'appel à tirer un moyen de preuve du jugement querellé, ce à quoi la jurisprudence de la Cour de cassation ne voit pas d'inconvénient, estimant « *que si une décision frappée d'appel ne peut servir de base à une demande en justice tendant à la réalisation des effets qu'elle comporte, elle n'en subsiste pas moins et ne peut être remise en cause tant qu'elle n'a pas été réformée* »⁵⁴⁵.

Ces constatations révèlent que l'effet suspensif ne fait que ménager un temps de pause dans le procès sans pour autant séparer de façon radicale les deux instances au fond. L'exercice de la voie de recours remet en question sans toutefois suspendre la présomption légale qu'est l'autorité de chose jugée, qui a dès lors vocation à être approuvée ou démentie par l'arrêt d'appel. Par conséquent, si le jugement conserve une efficacité juridique, il est privé de son efficacité matérielle par l'effet suspensif qui, en neutralisant la force de chose jugée, lui ôte sa force exécutoire. La césure entre les deux instances apparaît ici plus accusée : le jugement demeure tant qu'il n'aura pas été anéanti. En empruntant au vocabulaire civiliste, on dira que les droits et obligations nés du jugement dépendent d'une condition suspensive, c'est-à-dire l'arrêt confirmatif.

131. « *On enseigne traditionnellement que l'appel suspend tout à la fois la chose jugée et la force exécutoire du jugement et, par l'effet d'une systématisation excessive, on s'imagine qu'il devient instantanément lettre morte. La vérité est plus nuancée.* »⁵⁴⁶ La Cour de cassation elle-même

543 Cass. civ. 1, 16 octobre 1961, Bull. civ. I, n° 457 – Cass. com., 23 février 1970, Bull. civ. IV, n° 68 – Cass. com., 2 mars 1976, Bull. civ. IV, n° 75, Gaz. Pal. 1976, I, pan. jur., p. 165. – Cass. civ. 1, 21 février 1978, Bull. civ. I, n° 67

544 J. Foyer, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile ; essai d'une définition*, thèse Paris, 1954 – T. Le Bars, « Autorité positive et autorité négative de chose jugée », *Procédures* 2007, étude n° 12

545 Cass. civ. 1, 11 juin 1991, n° 88-18.130, RTD civ. 1992, p. 187, obs. Perrot

546 R. Perrot, note sous Cass. civ. 2, 18 février 1981, n° 78-10.799, RTD civ. 1981, p. 703

a pu se fourvoyer : une ancienne jurisprudence voyait à tort dans la voie de recours une suspension de l'autorité de la chose jugée⁵⁴⁷. C'était confondre l'autorité de la chose jugée avec la force de la chose jugée, respectivement attribuées aux décisions de justice par les articles 480 et 500 du Code de procédure civile. Il s'agit de « *deux notions sœurs dont la gémellité est discutée* »⁵⁴⁸, l'une pouvant se passer de l'autre. La force exécutoire est encore une notion distincte. C'est pourquoi il est nécessaire d'opérer nettement « *la distinction entre différentes notions qui ont paru parfois pouvoir se confondre* »⁵⁴⁹.

L'autorité de chose jugée est la présomption irréfragable de vérité⁵⁵⁰ dont la loi revêt l'acte juridictionnel⁵⁵¹ (même si la suppression de la liste des présomptions légales contenue dans l'ancien article 1350 du Code civil peut faire débat⁵⁵²). La force de chose jugée appartient à la décision qui n'est pas ou plus susceptible d'un recours suspensif⁵⁵³. La force exécutoire s'attache à la décision passée en force de chose jugée ou assortie de l'exécution provisoire⁵⁵⁴. Ainsi, un jugement frappé d'appel n'a pas force de chose jugée mais conserve l'autorité de la chose jugée, de même qu'une

547 Cass. civ., 4 novembre 1913, DP 1917, I, 178 – Cass. civ., 26 octobre 1931, DH 1931, p. 569. – Cass. civ. 3, 26 octobre 1976, Bull. civ. III, n° 373 – Cass. civ., 17 juin 1922, S. 1923, I, p. 116

548 M. Douchy-Oudot, « Contentieux familial – juillet 2006 - juillet 2007 », D. 2007, p. 2960

549 V. Vigneau, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation. Deuxième Chambre civile », D. 2007, p. 896

550 Cass. civ. 1, 22 juillet 1986, Bull. civ. I, n° 225, p. 214 : « *le principe de l'autorité de la chose jugée est général et absolu et s'attache même aux décisions erronées* ». – Cass. com., 14 novembre 1989, Bull. civ. IV, n° 289, p. 195 : « *l'autorité de la chose jugée s'attache aux jugements qui n'ont fait l'objet d'aucun recours, quels que soient les vices dont ils sont affectés* ». – R.-J. Pothier, *op. cit.*, partie IV, chap. III, n° 886 : « *L'autorité de la chose jugée fait présumer vrai et équitable tout ce qui est contenu dans le jugement ; et cette présomption étant juris et de jure, exclut toute preuve contraire.* » – B. Delaporte, « L'autorité de la chose jugée des jugements civils », BICC n° 676, 15 février 2008 : « *C'est exclusivement sous l'angle d'une présomption légale irréfragable de vérité que les articles 1350 et 1351 [anciens] du Code civil traitent de la question de l'autorité de la chose jugée.* » – Ph. Théry, « Rapport de synthèse du colloque “Regards croisés sur l'autorité de chose jugée” », Procédures 2007, étude 22 : « *L'autorité de chose jugée a partie liée avec la politique. Pensons seulement aux fondements de l'autorité de chose jugée : la présomption de vérité est une sacralisation du jugement ; le souci de terminer les contestations tend à la paix civile ; la conception plus ou moins large de la chose jugée peut être un mode de gestion de l'institution judiciaire. (...) On parle en effet d'autorité de chose jugée à propos de deux décisions différentes : le jugement qui ouvre le procès – celui de première instance qui a “autorité de chose jugée dès son prononcé” – et celui qui le clôt – la décision irrévocable. Si l'on y tient, c'est à ce dernier seul que peut s'attacher une présomption de vérité.* » – B. Delaporte, « L'étendue de la chose jugée au regard de l'objet et de la cause de la demande », rapport aux deuxièmes rencontres de procédure civile. Université - Cour de cassation, BICC 2005, hors série, n° 3, p. 23 : « *L'autorité de la chose jugée est classée parmi les présomptions légales. Le jugement ne prétend pas être une vérité absolue : c'est une vérité par déclaration de la loi.* » – Pour une critique de cette conception, V. M.-A.-K. Omar, *op. cit.*, p. 201, n° 407 et s., qui estime que la notion de présomption irréfragable est étrangère au droit romain et a été inventée par les glossateurs. – V. aussi A. Posez, « Le principe de concentration des moyens, ou l'autorité retrouvée de la chose jugée », RTD civ. 2015, p. 283, spéc. n° 75

551 Pour une critique de cette conception, V. C. Bléry, « Qu'est-ce que l'autorité de la chose jugée ? Une question d'école ? », Procédures 2007, étude 11 : « *De la même manière, conserver l'idée d'autorité-présomption légale de vérité me semble critiquable. Certes, je l'ai dit, l'article 1350 [ancien] du Code civil n'a pas été abrogé. Cependant, fruit d'une curieuse histoire, il devrait être considéré comme faisant partie de celle-ci – comme une relique nostalgique dépourvue de toute incidence pratique et même théorique.* »

552 V. en ce sens C. Renault-Brahinsky, *L'essentiel de la réforme du droit des obligations*, LGDJ, 2016, p. 182

553 C.P.C., art. 500 – Cass. civ. 2, 25 octobre 1995, Bull. II, n° 254 – Cass. com., 27 mai 1997, Bull. IV, n° 158

554 De même, la doctrine distingue le caractère exécutoire de la force exécutoire du jugement : N. Cayrol, « Ne pas confondre caractère exécutoire et force exécutoire d'un jugement », RTD civ. 2016, p. 933 – V. aussi Cass. civ. 2, 25 mai 2016, n° 15-10.788, AJ fam. 2016, p. 386, obs. Thouret ; RTD civ. 2016, p. 594, obs. J. Hauser

ordonnance de référé a force exécutoire à titre provisoire sans avoir autorité de chose jugée⁵⁵⁵. La décision de justice est revêtue de l'autorité de chose jugée dès son prononcé avant même d'avoir été signifiée⁵⁵⁶ tandis que la décision passée en force de chose jugée n'est revêtue de la force exécutoire qu'à compter de sa notification⁵⁵⁷. En droit social, les décisions du bureau de conciliation du conseil de prud'hommes n'ont pas autorité de chose jugée au principal mais sont exécutoires par provision⁵⁵⁸. L'article 539 du Code de procédure civile prend soin de préciser que c'est l'exécution du jugement – et non la chose jugée – qui est suspendue tandis que l'article 561 dispose que la chose jugée est remise en question – et non pas suspendue – par l'appel.

La Haute juridiction est aujourd'hui souvent appelée à réaffirmer que si l'appel met temporairement en échec la force exécutoire, il n'a pas d'incidence sur l'autorité de la chose jugée. Ainsi ne peut que s'imposer la cassation d'un arrêt qui affirme que le jugement n'a pas autorité de chose jugée « *en raison des incertitudes subsistant sur l'issue du procès pendant devant la cour d'appel à la suite de l'appel interjeté* »⁵⁵⁹, car cette autorité n'est pas soumise à la régularité du jugement⁵⁶⁰. Seule la force de chose jugée est détachée du jugement pour être différée, tandis que l'autorité de la chose jugée dont elle est le corollaire subsiste. La solution est heureuse : la suspension de la force exécutoire prive les parties de porter atteinte au litige dont aura à connaître la cour d'appel tandis que le maintien de l'autorité de la chose jugée leur fait défense d'agir comme si le premier jugement n'avait jamais été rendu. Ces précisions devraient « *dissiper les illusions de ceux qui s'imaginent qu'il suffit d'interjeter appel pour oublier le jugement et rejeter le cadavre dans les ténèbres extérieures* »⁵⁶¹. En somme, la suspension de la force exécutoire se rattache plus directement au côté matériel de la situation alors que le maintien de l'autorité de la chose jugée est plus fortement lié au domaine procédural. Les conséquences de la distinction méritent d'être développées.

555 C.P.C., art. 488, 489, 501

556 Cass. civ. 2, 3 janvier 1979, Bull. civ. II, n° 3, p. 2, D. 1979, inf. rap., p. 510, obs. Julien – Cass. civ. 2, 25 mars 1985, JCP 1987, II, 20823, note Blaisse ; Gaz. Pal. 1985, II, 199

557 Cass. mixte, 16 décembre 2005, n° 03-12.206, JCP 2006, IV, 1083 – V. aussi Cass. civ. 3, 15 février 2006, n° 04-19.864, D. 2006, inf. rap., p. 673 ; JCP 2006, IV, 1513 – Cass. plén., 24 février 2006, *Alain Martinez c/. Henri Revel et autres*, n° 05-12.679, D. 2006, inf. rap., p. 747, obs. Avena-Robardet ; D. 2006, p. 1085, note Perrot ; JCP 2006, IV, 1598 ; Gaz. Pal. 26-28 février 2006, concl. de Gouttes – Cass. civ. 2, 14 septembre 2006, RTD civ. 2006, p. 824, obs. Perrot ; D. 2007, p. 901, obs. Vigneau ; D. 2007, p. 2690, obs. Douchy-Oudot

558 C. trav., art. R. 1454-16

559 Cass. com., 5 avril 2011, n° 10-14.080, Procédures 2011, comm. 219, obs. Perrot – V. aussi Cass. civ. 2, 13 juillet 2005, JCP G 2005, IV, 3078 – Cass. civ. 2, 10 mars 2005, D. 2005, p. 1053. – Cass. com., 5 octobre 2010, n° 09-70.218

560 Cass. civ. 3, 4 mars 1998, n° 96-11.399 – Cass. soc., 19 mars 1998, Bull. civ. V, n° 158 – Cass. com., 14 novembre 1989, Bull. civ. IV, n° 289 – Cass. civ., 18 décembre 2003, n° 02-17.069

561 R. Perrot, « Appel. Effet suspensif : son incidence sur la chose jugée », RTD civ. 1992, p. 187

§ 2. La confirmation rétroactive du jugement

132. Le jugement qui reconnaît à une partie la titularité d'un droit litigieux ne lui permet pas pour autant de prendre immédiatement les mesures nécessaires pour contraindre son adversaire au respect de ce droit. L'autorité de la chose jugée attachée à cette reconnaissance n'étant cependant pas détruite par l'effet suspensif, elle se verra confirmée par l'arrêt d'appel de façon rétroactive (A). Si cette solution est théoriquement satisfaisante, elle peut se révéler moins compréhensible dans la pratique, par exemple en matière d'astreinte ou d'intérêts moratoires (B).

A. La confirmation rétroactive des droits de l'intimé

133. L'autorité de la chose jugée, avons-nous dit, n'est pas suspendue par l'appel mais seulement remise en question, la juridiction de second degré étant invitée à la confirmer ou à l'infirmer. Il en résulte que, bien que ne pouvant être mis à exécution, le jugement est réputé vrai en ce qu'il a reconnu la titularité du droit litigieux à une partie. Tel est le sens de l'adage *Res judicata pro veritate habetur*. Partant, il n'est pas défendu de prendre les mesures nécessaires à la réalisation éventuelle du jugement, tant que le droit litigieux fait seulement l'objet d'une sauvegarde et n'est pas directement exercé par le gagnant. Il en est ainsi des mesures conservatoires qui ont vocation à protéger le droit litigieux de possibles immixtions. Elles se limitent à permettre, en son temps, l'exercice du droit litigieux, sans pour autant que cet exercice soit réalisé par leur mise en œuvre. De longue date, la jurisprudence a validé ces démarches⁵⁶², solution entérinée par le législateur. En effet, aux termes de l'article 68 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution⁵⁶³, « une autorisation préalable du juge n'est pas nécessaire lorsque le créancier se prévaut d'un titre exécutoire ou d'une décision de justice qui n'a pas encore force exécutoire ». L'ordonnance du 19 décembre 2011⁵⁶⁴ instituant le Code des procédures d'exécution y a inséré cette disposition devenue l'article 511-2.

Il faut comprendre la portée de ce texte : le titre ou la décision de justice n'ont pas encore force exécutoire mais ont déjà autorité de chose jugée. C'est le cas, par exemple, de la saisie conservatoire sur une prestation compensatoire attribuée par le jugement de divorce dont est appel⁵⁶⁵, étant précisé que la mise en œuvre d'une mesure conservatoire n'est pas subordonnée à

562 Cass. req., 31 décembre 1867, D. 1968, p. 219 – Chambéry, 22 décembre 1879, S. 1880, II, 241 : pour l'inscription d'une hypothèque judiciaire – Cass. civ., 22 février 1932, DH 1932, p. 201 ; Gaz. Pal. 1932, I, 779 – Cass. civ. 2, 18 février 1981, D. 1982, p. 24, note Joly ; Gaz. Pal. 1981, I, 317, note Viatte ; RTD civ. 1981, p. 703, obs. Perrot : pour une saisie-arrêt avant la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution

563 Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution

564 Ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2011 relative à la partie législative du Code des procédures civiles d'exécution

565 Cass. civ. 2, 17 octobre 2002, Bull. civ. II, n° 230, JCP G 2002, IV, 2897 ; RTD civ. 2003, p. 70, obs. Hauser ; Defr.

l'exigibilité de la créance, de toute façon rendue impossible par le jeu de l'effet suspensif, ni même à sa liquidité et à sa certitude⁵⁶⁶. L'article L. 511-1 alinéa 1^{er} du Code des procédures civiles d'exécution n'exige qu'une créance paraissant fondée en son principe mais entourée de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement. Cela constitue « *pour le créancier une protection rapide et efficace contre la lenteur des procédures au fond et, par là même, contre les risques d'une aliénation de la constitution de nouvelles sûretés ou de la survenance d'une saisie immobilière* »⁵⁶⁷.

Ces dispositions du droit positif n'ont rien de critiquable dans la mesure où elles permettent une protection égale du gagnant et du perdant : le premier est en mesure de mettre à l'abri les droits que lui a reconnus le jugement dont il escompte la confirmation, le second dispose d'un sursis en attendant le prononcé de l'arrêt qu'il espère infirmatif. Néanmoins, la situation du perdant est loin d'être aussi confortable qu'il n'y paraît de prime abord.

134. Selon une formule ressassée à l'envi par une multitude d'arrêts de la Cour de cassation, « *l'effet suspensif de l'appel ne prive pas l'intimé des droits qui résultent pour lui des condamnations prononcées par le jugement lorsque celui-ci est confirmé* »⁵⁶⁸. Cette formule malheureuse « *entretient toutes les confusions, dans la double mesure où elle n'est pas d'une clarté évidente et où surtout elle accrédite l'idée que l'arrêt confirmatif serait comparable à une décision de rejet ayant pour effet de rétablir le jugement attaqué dans sa majesté initiale. Il faut se garder d'oublier que l'effet dévolutif est passé par là, et que l'arrêt confirmatif n'est pas un jugement rénové* »⁵⁶⁹. La jurisprudence semble pourtant avoir consacré la thèse inverse. Une lecture attentive des arrêts rendus par la Cour de cassation révèle que la confirmation du jugement, lorsqu'elle a lieu, est rétroactive. La cour d'appel ne *réaffirme* pas mais *confirme* le jugement qui « *renaît de ses cendres et produit tous ses effets dans les mêmes conditions que s'il n'avait jamais été frappé*

2003, p. 123, obs. Massip

566 Lyon, 20 octobre 2011, RG n° 11/04263 : l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire n'exige pas une créance certaine liquide et exigible mais une apparence de créance fondée en son principe. – TGI Bobigny, 27 septembre 1993, Gaz. Pal. 1994, somm., p. 22 : il suffit que la créance paraisse fondée en son principe et qu'il existe des circonstances de nature à en menacer le recouvrement.

567 M. Donnier et J.-B. Donnier, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Litec, 8^{ème} éd., p. 193, n° 571

568 Cass. com., 27 juillet 1949, JCP G 1949, IV, p. 149 – Cass. com., 16 février 1967, JCP G 1967, II, 15079, note J.A – Cass. civ. 2, 3 mars 1967, Bull. civ. II, n° 105 ; RTD civ. 1967, p. 704, obs. Raynaud – Cass. civ. 2, 3 décembre 1969, JCP A 1970, IV, 5666 ; RTD civ. 1970, p. 415, obs. Raynaud – Cass. civ. 2, 5 avril 1994, Bull. civ. II, n° 114, JCP G 1995, II, 22381, note du Rusquec ; RTD civ. 1995, p. 190 – Cass. civ. 1, 20 février 1996, n° 93-19.681 – Cass. civ. 2, 9 décembre 1997, n° 96-11.452 – Cass. civ., 3 novembre 1941, DC 1943, p. 101, note Carbone – Cass. req., 2 juin 1947, Gaz. Pal. 1947, II, 96 – Cass. com., 3 juillet 1950, D. 1951, p. 96 – Cass. civ. 2, 3 mars 1967, Bull. civ. II, n° 105 ; RTD civ. 1967, p. 704, obs. Raynaud. – Cass. civ. 2, 3 décembre 1969, JCP A 1970, IV, 5666 ; RTD civ. 1970, p. 415, obs. Raynaud. – Cass. com., 3 juin 1981, Bull. civ. IV, n° 262 – Cass. civ. 2, 5 avril 1994, n° 92-19.808, Bull. civ. II, n° 114, JCP 1995, II, 22381, note du Rusquec ; RTD civ. 1995, p. 190 – Cass. civ. 1, 20 février 1996, n° 93-19.681 – Cass. civ. 2, 9 décembre 1997, Gaz. Pal. 1998, I, pan. 145

569 R. Perrot, « *Astreinte. Point de départ : jugement confirmé en appel.* », RTD civ. 2001, p. 661

d'appel »⁵⁷⁰.

L'effet suspensif, comme son nom l'indique, suspend l'efficacité substantielle du jugement mais ne l'anéantit pas. Au vrai, la question n'a pas été assez explorée. Tel est le constat de Madame Fricero qui relève que « *la doctrine désigne cette efficacité par les termes d'autorité de la chose jugée, mais cette autorité est un attribut procédural du jugement qui interdit de contester les effets de ce jugement, sauf en usant d'un recours, elle ne permet pas d'expliquer le maintien des effets substantiels du jugement* »⁵⁷¹. Un raisonnement *a contrario* serait peut-être en mesure d'expliquer ce phénomène : lorsque l'appel est conçu comme une voie de *réformation* il doit l'être également comme une voie de *confirmation*, tant il est évident que l'arrêt peut être aussi bien infirmatif que confirmatif. Dès lors, puisque la réformation est rétroactive, la confirmation ne peut que l'être elle aussi.

Ce raisonnement n'a rien d'illogique mais il faut garder présent à l'esprit que la rétroactivité est une fiction⁵⁷², et il ne va pas de soi qu'une fiction soit un outil adapté à une discipline telle que la procédure, qui se doit de respecter les principes tout en faisant preuve d'un certain pragmatisme. La confirmation rétroactive du jugement et la disparition rétroactive de l'effet suspensif qu'elle emporte peuvent avoir des conséquences d'une certaine gravité allant jusqu'à remettre en question l'intérêt même de l'effet suspensif et porter un coup fatal au droit d'appel. Paradoxalement, la possibilité de l'effet suspensif est élargie du fait que l'exercice de l'appel – et non plus le simple délai qui entraîne *de lege* la suspension – produit cet effet dès lors qu'il est constaté, avant toute assignation, par un certificat⁵⁷³ remis par le secrétariat-greffe sans qu'il soit possible de contrôler la régularité ou la recevabilité de l'appel, ce qui semble pouvoir s'expliquer par la nature administrative et non-juridictionnelle de ce service⁵⁷⁴. Le délai pourrait même n'avoir pas commencé à courir puisque l'article 528 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile le fait débiter à compter de la notification du jugement.

135. Les conséquences néfastes auxquelles nous faisons allusion tiennent, la plupart du temps, à la computation des délais pour exécuter les obligations résultant du jugement confirmé, notamment à la fixation de leur point de départ. La question s'est posée à de nombreuses reprises en jurisprudence et se présente ainsi : le jugement a imparti au perdant un délai pour accomplir une

570 R. Perrot, « Appel : effet suspensif et confirmation du jugement frappé d'appel », RTD civ. 1995, p. 190

571 N. Fricero, « Appel. Effet suspensif du délai d'appel et de l'appel. », *Juriscl. proc. civ.*, Fasc. 716, n° 18

572 P. Roubier, *op. cit.*, p. 10, n° 3

573 Curieusement, les articles 504 et 505 du Code de procédure civile réglementent le certificat de non-appel mais sont silencieux quant au certificat d'appel. Un tel certificat peut cependant être délivré, comme le précise un document de la Chancellerie : Formulaire Cerfa n° 12821*01, « Demande d'un certificat de non-appel », p. 4

574 Cass. ch. réunies, 12 juin 1909, S. 1910, I, 545 : la jurisprudence considérait déjà que l'effet suspensif se produisait même si l'appel était nul ou irrecevable.

obligation envers le gagnant. Le premier a relevé appel et, au bénéfice de l'effet suspensif, n'a, en toute bonne foi, pas exécuté la condamnation. Le jugement est confirmé et l'appelant, ayant retrouvé sa place initiale de perdant, consent naturellement à s'acquitter de ses obligations envers son colitigant. Ce dernier soulève alors la tardiveté de l'exécution, arguant de l'expiration du délai accordé par le premier juge et de son absence de report à la date de l'arrêt confirmatif. Ainsi donc, « le point de départ du délai, est-ce le jour de l'obtention de la décision sur le fond ? Ou bien le jour où cette décision est passée en force de chose jugée ? L'intérêt pratique du choix n'est pas négligeable puisque les deux dates peuvent être très éloignées l'une de l'autre »⁵⁷⁵. Soit l'on doit prendre acte de ce que l'effet suspensif a neutralisé la force exécutoire du jugement au moment où l'appel a été interjeté, soit l'on considère que la disparition rétroactive de l'effet suspensif a rendu au jugement sa force exécutoire dès son prononcé. La seconde proposition est séduisante mais spéculative. En théorie, elle apparaît conforme à la logique juridique mais il ne faut pas se méprendre : la confirmation du jugement a beau être rétroactive, c'est oublier que l'appel fait peser un aléa sur le jugement et que rien n'est censé indiquer *a priori* s'il sera ou non réformé.

Une telle prévision est certes raisonnable dans certaines affaires particulières ; elle ne l'est pas lorsqu'elle s'inscrit dans la règle de droit, par définition générale et impersonnelle. Au lieu de considérer que l'aléa chasse la rétroactivité, la démarche jurisprudentielle nie l'aléa, comme s'il n'avait jamais existé. L'effet suspensif n'aurait pourtant aucun intérêt si l'issue du procès était soumise à la fatalité, tandis qu'il en trouve un dans l'incertitude de l'issue du combat. Bien pire, il se retrouve ainsi vidé de sa substance, et la partie condamnée se croira contrainte d'exécuter en dépit de l'appel qu'elle a formé. L'appel de certaines décisions, telles celles du juge de l'exécution, n'est pas suspensif d'exécution⁵⁷⁶, mais les textes le précisent clairement, et s'il apparaît logique de faire confiance aux choix du magistrat spécialisé dans l'exécution, la règle n'a pas vocation à être étendue à l'ensemble des jugements frappés d'appel.

136. Par ailleurs, on pourrait, toutes proportions gardées, transposer à la situation l'adage *Contra non valentem agere non currit praescriptio*. Certes, le perdant ne souffre d'aucune impossibilité d'exécuter. Néanmoins, la prescription devrait ne pas courir non plus si l'on admet le raisonnement suivant : le jugement a condamné à faire quelque chose ; il n'est pas demandé, pour l'instant, de faire cette chose-là ; et puisqu'un répit est admis, on comprend mal comment le délai peut s'écouler inexorablement. Il y a là une contradiction insurmontable, car le délai est ce « *laps de temps fixé par la loi, le juge ou la convention soit pour interdire, soit pour imposer d'agir avant l'expiration*

575 E. Frank, note sous Cass. civ. 3, 15 mai 1974, D. 1975, p. 147

576 C. pr. civ. ex., art. R. 121-21

de ce temps »⁵⁷⁷. Il est donc donné pour faire ce qui a été commandé ; mais si ce qui a été commandé a, par le vœu de la loi, été différé, le délai doit simultanément être suspendu, voire interrompu⁵⁷⁸.

Il convient aussi de clarifier les liens qui unissent les délais pour faire⁵⁷⁹ aux jugements qui imposent de faire. René Japiot écrivait en 1929 que la forclusion n'est souhaitable que si « *la règle qui fixe une date ou un délai, étant édictée dans un intérêt essentiel, est assez importante pour mériter une sanction aussi grave ; tel est le cas pour les délais de voies de recours, essentiels pour l'utilité sociale de la chose jugée* »⁵⁸⁰. Quelles considérations peut-on retirer de cette analyse ?

D'une part, la méconnaissance du délai appelle une sanction, mais la sanction en l'occurrence heurte les sentiments de justice les plus instinctifs quand on sait qu'elle se fonde habituellement sur une action ou une inaction, sinon fautive, du moins anormale. L'inaction du perdant qui a interjeté appel n'a cependant rien d'anormal et encore moins de fautif. « *Il n'a fait que rester dans les limites de son droit.* »⁵⁸¹ Cette inaction est permise – et favorisée – par la loi, défense étant faite au gagnant de contraindre son adversaire à exécuter. La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a ainsi censuré une cour d'appel qui avait reproché au débiteur de n'avoir pas profité du délai accordé par le premier juge pour se libérer d'une dette, la force exécutoire étant entravée par l'effet suspensif de l'appel⁵⁸². Il faut ajouter que le délai, en règle générale, est conçu pour freiner ou pour stimuler le zèle d'une personne, et que la sanction assortie au délai ne se justifie que par la violation d'une obligation dont elle est destinée à assurer le respect. L'obligation consisterait alors dans l'exécution de la condamnation avant l'expiration du délai. Pourtant, cette obligation n'existe simplement pas ou, du moins, est différée par le jeu de l'effet suspensif. En définitive, reprocher à quelqu'un de n'avoir pas respecté le délai posé par le jugement dont la confirmation est rétroactive, revient à lui reprocher purement et simplement de n'avoir pas exécuté, toute exécution devant avoir lieu dans le délai imparti. Pour aller jusqu'au bout du raisonnement, c'est lui reprocher de n'avoir pas accompli à temps une obligation qui n'existait pas ou qui n'existait pas encore, et lui interdire de se prévaloir de l'effet suspensif de l'appel. En exagérant, c'est lui reprocher d'avoir interjeté appel. Comment mieux dire que « *la fiction juridique ne peut être assimilée à la fictivité* »⁵⁸³ ?

577 G. Cornu (dir.), *op. cit.*, p. 315, « délai »

578 Si l'on veut donner tout son sens à l'effet suspensif de l'appel, l'interruption est préférable à la suspension.

579 Le langage est inélégant, mais l'expression « délai pour agir » eût semé la confusion.

580 R. Japiot, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 2^{ème} éd., Paris, 1929, p. 32, n° 43

581 R. Perrot, « Astreinte : son point de départ en cas d'arrêt confirmatif », RTD civ. 1997, p. 509

582 Cass. civ. 2, 27 juin 1979, n° 78-11.061

583 X. Lagarde, « L'adieu à la cause. Relire Motulsky », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, *op. cit.*, p. 307, spéc. p. 337, n° 19

137. Il est déplorable que le délai, qui est une facilité concédée au perdant, se retourne ainsi contre lui. À tout prendre, plutôt qu'un tel cadeau empoisonné, il vaudrait mieux que tout délai disparaisse. Cela permettrait au gagnant de procéder, si cela est nécessaire, à une mesure d'exécution dès l'arrêt confirmatif sans qu'il soit possible de faire grief au perdant d'avoir exécuté hors délai. Le jugement ne serait exécutoire qu'à partir du moment où il passe en force de chose jugée⁵⁸⁴. La solution est, pour le moins, radicale. Elle est diamétralement opposée à celle, plus équilibrée, qui préconise l'interruption ou la suspension du délai. Il n'y a pas de moyen terme, car il est, en pratique, impossible que la loi ou le juge de premier degré prévoient une prescription suffisamment longue pour qu'elle puisse encore s'écouler au jour de l'arrêt confirmatif. Pour qu'une telle solution fût envisageable, il faudrait pouvoir évaluer de façon précise la durée de la procédure et être en mesure de prévoir à l'avance la date de l'arrêt confirmatif. Or, d'appel en cassation et de cassation en renvoi, les procès peuvent s'étaler sur plusieurs années, ce à quoi il faut ajouter qu'ils sont largement tributaires des flux judiciaires qui engloutissent les prétoires. En outre, le gagnant malintentionné pourrait très bien se réserver de rendre tardivement la décision exécutoire en prenant soin de ne notifier qu'après l'expiration du délai si ce dernier a commencé à courir au jour du jugement.

D'autre part, le délai a, en droit, une fonction protectrice qui laisse aux débiteurs un certain temps pour s'organiser afin de satisfaire à leurs obligations tout en les empêchant de différer éternellement cette satisfaction. En y regardant de plus près, on est forcé d'admettre que le délai pour exécuter la condamnation ne revêt aucune fonction judiciaire, contrairement aux délais dits de procédure, mais qu'il se rapporte au fond. Son existence se justifie par la nécessité de mettre fin à la situation litigieuse qui vient d'être tranchée par le juge, et non de permettre un bon déroulement du procès. Par conséquent, on ne saurait le rattacher à l'autorité de la chose jugée (attribut procédural) mais à la seule force exécutoire (attribut substantiel). L'interruption du délai d'exécution n'appelle aucune modification à ce qui a été dit sur l'autorité de la chose jugée, tandis qu'elle invite le gagnant reconnu créancier à patienter avant de faire respecter par une mesure d'exécution le droit dont la titularité lui a été reconnue. Dès lors, si l'on admet que le délai sert d'appui à la force exécutoire, la disparition momentanée de cette force rend sans objet la sanction tirée de l'inobservation du délai.

On soulignera aussi à nouveau que la disparition rétroactive de l'effet suspensif est une fiction qui sied mal à la réalité judiciaire. Pour se croire tenu d'accomplir une obligation qui, *de jure*, est réputée être née à un moment donné mais qui, *de facto*, naîtra dans un avenir hypothétique, il faudrait connaître ce que l'on ignore encore. Guidée par la prudence ou mue par crainte, « *la*

584 C.P.C., art. 500 et 501

partie condamnée dans ces conditions n'a pas d'autre moyen d'éviter la sanction dont elle est menacée que d'exécuter nonobstant appel »⁵⁸⁵.

138. La jurisprudence civile offre plusieurs exemples qui font ressortir l'injustice d'une application par trop rigide et trop théorique de ce qui n'est – nous insistons à dessein – qu'une fiction. Un arrêt de la deuxième Chambre civile en date du 3 mars 1967 est à cet égard révélateur⁵⁸⁶. Un tribunal de commerce avait, sur demande du syndic de faillite, condamné une partie à restituer des marchandises et, à défaut de restitution dans le délai d'un mois à compter de la signification du jugement, à en verser la valeur. Une fois le jugement confirmé en appel dans toutes ses dispositions, le syndic avait refusé la restitution des marchandises – ce qui fermait toute alternative à la partie condamnée, cette dernière ne pouvant plus que restituer en valeur – en excipant de l'expiration du délai. Saisie de l'interprétation de sa propre décision, la cour d'appel de Nancy avait précisé que le délai commençait à courir à compter de la signification de l'arrêt et non pas de celle du jugement. Cette solution avait été censurée par la Cour de cassation qui considérait que les juges du fond avaient commis une violation de la loi par fausse application, « *en attribuant ainsi au délai d'appel un effet suspensif qu'il avait perdu par la confirmation du jugement qui conférait au syndic un droit acquis* »⁵⁸⁷. Il y aurait trois remarques à formuler sur cette motivation.

D'abord, la confirmation rétroactive du jugement n'exige pas nécessairement la disparition rétroactive de l'effet suspensif. Il est permis de s'interroger sur l'utilité de l'effet suspensif, et même de se questionner sur son existence même : si cet effet disparaît *toujours* rétroactivement au moment où statue la cour d'appel, il faudrait logiquement en tirer la conclusion qu'il n'a *jamais* eu lieu et qu'il n'existe pas. Faut-il y voir une abrogation jurisprudentielle tacite de l'article 539 du Code de procédure civile ?

Ensuite, il n'est pas dit que le report du délai à la date de la signification de l'arrêt confirmatif eût soulevé des difficultés majeures ou altéré les droits de l'intimé. Il faut, en tout état de cause, trouver un juste équilibre entre les droits des parties adverses. Le droit reconnu au gagnant dans le domaine substantiel ne devrait pas entamer le droit à l'effet suspensif accordé au perdant dans la procédure où il est engagé. Au surplus, il ne va pas de soi que le respect des droits de l'intimé ne puisse pas emprunter d'autres voies. « *Le louable désir de sauvegarder les intérêts de*

585 P. Raynaud, note sous Cass. civ. 2, 3 décembre 1969, RTD civ. 1970, p. 415

586 Cass. civ. 2, 3 mars 1967, Bull. civ. II, n° 105

587 V. Cass. civ. 2, 9 décembre 1997, n° 96-11.452 : « *Mais attendu que l'effet suspensif de l'appel ne pouvant porter aucune atteinte aux droits résultant pour l'intimé des condamnations prononcées par le jugement frappé d'appel lorsqu'il est confirmé, la cour d'appel qui a constaté que les AGF n'avaient pas fait leur déclaration affirmative dans le délai imparti par le jugement du 10 novembre 1993, a retenu à bon droit que la déclaration du 3 novembre 1994 qui était tardive équivalait à une absence de déclaration, les rendant débitrices des causes de la saisie-arrêt.* »

l'intimé aboutit à contraindre pratiquement la partie adverse à exécuter une décision dont l'effet est pourtant en principe suspendu. Certes, elle est à l'abri d'une voie d'exécution, mais elle subit une contrainte qui prive d'une grande part de sa signification l'effet suspensif de l'appel. »⁵⁸⁸ Une plus grande souplesse serait donc de mise, car « *un délai de forclusion court peut-être normalement, mais non point nécessairement à compter du jour où la formalité qu'il vise peut être effectuée* »⁵⁸⁹. Le droit positif fourmille de délais à respecter tout autant que d'exceptions motivées par un souci de cohérence ou de justice. La suspension – ou plutôt l'interruption – du délai corrélative à la suspension de la force exécutoire trouverait opportunément sa place dans ce cas de figure.

Enfin, l'arrêt de 1967 a le mérite de parler clairement de droit acquis, ce qui n'était pas le cas de l'attendu répété à discrétion aux termes duquel « *l'effet suspensif de l'appel ne prive pas l'intimé des droits qui résultent pour lui des condamnations prononcées par le jugement lorsque celui-ci est confirmé* ». Parmi les nombreuses voix qui s'étaient élevées dans la doctrine pour critiquer cet attendu, l'une d'elles – particulièrement autorisée, puisqu'il s'agissait de Roger Perrot – avait dénoncé une « *formule savante, qui traîne dans son sillage un relent de droit acquis* »⁵⁹⁰. Dès lors que la Cour de cassation fait explicitement appel aux droits acquis, nous savons à quoi nous en tenir et ne pouvons que nous réjouir de cette clarification.

139. Malgré cela, il est plus que douteux de parler de droit acquis au profit de la partie gagnante à l'issue du jugement, quand on sait que l'appel remet en question la chose jugée et, par conséquent, pose à nouveau la question de savoir si cette partie est bien titulaire du droit litigieux. Certes, l'acquisition est rétroactive – encore et toujours – mais c'est alors la rétroactivité elle-même dont il faudrait contester la légitimité : la titularité du droit litigieux, si elle est établie, n'existe pas en principe à compter du jour où le juge la reconnaît mais à une date antérieure. Partant, il est pour le moins arbitraire de considérer qu'elle naît avec le jugement plutôt qu'avec l'arrêt d'appel, de cassation ou de renvoi, auxquels il faut reconnaître une valeur déclarative et non constitutive. Peut-être est-ce alors la reconnaissance même du droit par un juge qui constitue un droit acquis. Il s'agirait donc du droit acquis à un jugement qui reconnaît la titularité du droit litigieux, mais la démarche intellectuelle est identique, et les mêmes critiques peuvent lui être adressées. La solution jurisprudentielle qui nous occupe signifie donc que « *si le jugement est confirmé en appel, l'intimé doit être replacé dans la même situation que si son droit avait été définitivement reconnu par le juge de première instance* »⁵⁹¹. Il y a là une méprise notoire qui assimile à tort l'arrêt confirmatif des

588 P. Raynaud, note sous Cass. civ. 2, 3 mars 1967, RTD civ. 1967, p. 704

589 H. Thuillier, note sous Cass. civ. 3, 15 mai 1974, JCP 1975, II, 18156

590 R. Perrot, *loc. cit.*

591 *Ibid.*

juges du fond à l'arrêt de cassation avec renvoi des juges du droit. Seul ce dernier remet la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient au moment du prononcé du jugement de première instance. Cela a pu faire dire que « *l'on se méprend souvent sur la portée des arrêts confirmatifs, cette bête curieuse qui mériterait une solide réflexion* »⁵⁹².

L'étude de la théorie des droits acquis serait susceptible de nous fournir quelques éléments supplémentaires d'évaluation de l'arrêt du 3 mars 1967. Cette notion est peu appropriée à la situation qui nous intéresse. En effet, le droit est dit acquis lorsqu'il doit être protégé contre des évolutions législatives qui pourraient indûment lui porter atteinte. En l'espèce, le droit acquis n'est pas menacé par l'activité du législateur et, s'il est menacé par l'activité du juge, c'est qu'il ne s'agit pas d'un droit acquis. Autrement, on ne pourrait jamais exercer aucune voie de recours puisqu'il est de principe que la reconnaissance de la titularité du droit reconnue par le jugement n'est pas à l'abri d'une censure par la cour d'appel ou par la Cour de cassation.

140. La doctrine civiliste distingue les *droits acquis (jus quaesitum firmum)* des *simples expectatives (jus existens in spe non autem firmiter quaesitum)*⁵⁹³. La situation de l'intimé relève de cette seconde catégorie : il lui est loisible d'espérer la confirmation du jugement mais il ne possède, au moment de l'appel, aucun droit à voir confirmer ce jugement. Il s'agit évidemment d'une simple expectative, qui ne devrait faire l'objet d'aucune protection juridique. Le renfort que pourrait lui prêter la rétroactivité se révèle artificiel, si ce n'est irrationnel. D'aucuns ne manqueront pas d'invoquer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui procède à une interprétation extensive et virtuelle de la notion de bien⁵⁹⁴. Malgré tout, cette juridiction elle-même ne voit un bien, au sens de l'article 1^{er} du protocole additionnel du 20 mars 1952, que dans la créance constatée et liquidée par une décision judiciaire ayant force de chose jugée⁵⁹⁵.

La rétroactivité laisse encore irrésolues de nombreuses autres questions, au nombre desquelles celle de savoir si l'arrêt confirmatif est de nature à régulariser la mesure d'exécution nulle et de nul effet pratiquée par le créancier sans que l'exécution provisoire résultât du jugement ou de la loi. Mais surtout, l'idée d'une confirmation rétroactive contredit clairement la conception d'un appel voie d'achèvement. En un sens, elle est obsolète et inadaptée au procès moderne. Elle

592 R. Perrot, « Astreinte. Point de départ : jugement confirmé en appel », note sous Cass. civ. 2, 22 mars 2001, RTD civ. 2001, p. 661

593 P. Roubier, *op. cit.*, p. 49, n° 14

594 CEDH, 18 juin 2002 et 30 novembre 2004, *Önerıldiz c/. Turquie*, n° 48939/99 – CEDH, 7 juillet 1989, *Tre Traktörer AB c/. Suède*, série A, n° 159, p. 21, § 53 – CEDH, 26 juin 1986, *Van Marle et autres c/. Pays-Bas*, série A, n° 101, p. 13, § 40 – CEDH, 19 octobre 2000, *Iatridis c/. Grèce*, n° 31107/96, § 54 – CEDH, 5 janvier 2000 et 28 mai 2002, *Beyeler c/. Italie*, n° 33202/96, § 100

595 CEDH, 8 octobre 2002, *Fernández-Molina González et autres c/. Espagne*, n° 64359/01 – CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/. Grèce*, n° 13427/87 – CEDH, 30 septembre 2004 et 10 novembre 2005, *Glykantzi c/. Grèce*, n° 17367/03

s'inscrit dans l'optique de la voie de réformation la plus austère. S'il faut tout rejuger à l'identique, il faut tout suspendre, et l'on se contentera, après avoir vérifié la véracité du jugement querellé, de le confirmer purement et simplement. La réalité n'est pas aussi simpliste : le litige et le procès évoluent de concert, de nouveaux éléments apparaissent, si bien qu'il est difficile de faire remonter à la date du jugement ce qu'aura décidé la cour d'appel, l'écoulement du temps ayant peut-être profondément modifié le paysage juridique.

B. La rétroactivité de l'astreinte et des intérêts moratoires

141. La solution que nous avons proposée – celle d'une non-rétroactivité – a été consacrée par le législateur dans un autre contexte, et il serait facile de la transposer à celui qui vient d'être évoqué. Une jurisprudence jadis solidement établie faisait remonter rétroactivement les intérêts moratoires et les astreintes à la date du jugement confirmé ou, ce qui n'apportait guère d'adoucissement, à la date de sa signification⁵⁹⁶. En cas de confirmation d'un jugement condamnant avec astreinte pour chaque jour de retard dans l'exécution, l'astreinte était due à partir du jugement et non de sa confirmation⁵⁹⁷. Cela avait pour effet de mettre à la charge du débiteur des sommes parfois colossales, surtout quand on sait que le taux de l'astreinte peut être exprimé par heure de retard⁵⁹⁸, même si la liquidation doit tenir compte des capacités de paiement du débiteur et des éventuelles causes l'ayant empêché d'exécuter⁵⁹⁹.

La jurisprudence s'est fait souvent le porte-parole malheureux et inexorable d'une conception archaïque de l'appel voie de réformation en matière d'astreinte. Pour ne donner qu'un exemple⁶⁰⁰, un tribunal de grande instance avait condamné une partie sous astreinte à rétablir un chemin. Cette personne avait formé un pourvoi en cassation dans lequel elle reprochait à la cour d'appel d'Amiens d'avoir retenu comme point de départ de l'astreinte le jugement frappé d'appel. Le pourvoi faisait remarquer « *que, l'appel étant suspensif et l'astreinte, distincte des dommages-intérêts étant un procédé de contrainte destiné à provoquer l'exécution des jugements, elle n'aurait pu commencer à courir qu'au jour où l'arrêt confirmatif serait devenu exécutoire* ». Parmi les textes sur lesquels il se fondait, se trouvait l'article 5 de la loi du 5 juillet 1972 portant création du juge de l'exécution⁶⁰¹, aux termes duquel « *les tribunaux peuvent, même d'office, ordonner une*

596 Cass. civ., 26 janvier 1870, S. 1870, I, 160 – Bordeaux, 31 mars 1935, S. 1935, I, 127 – Cass. civ. 1, 17 juillet 1951, Bull. civ. I, n° 224 – Cass. civ. 2, 15 décembre 1955, Bull. civ. II, n° 590 – Cass. civ. 2, 23 avril 1986, D. 1986, inf. rap., p. 221, obs. Julien

597 Cass. req., 27 juin 1939, DH 1939, p. 478

598 TGI Paris, 25 mars 1982, Rev. huiss. 1982, p. 843

599 Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, art. 36 devenu art. L. 131-4 du Code des procédures civiles d'exécution

600 Cass. civ. 2, 23 avril 1986, n° 84-14.442

601 Loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile

astreinte pour assurer l'exécution de leurs décisions ». En dépit de la solidité et de la cohérence de l'argumentation juridique, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation avait, le 23 avril 1986, rejeté le pourvoi aux motifs « *que l'effet suspensif de l'appel ne portant aucune atteinte aux droits résultant pour l'intimé des condamnations prononcées par le jugement frappé d'appel lorsqu'il est confirmé, c'est hors de toute violation des textes visés au moyen que la cour d'appel a décidé qu'un arrêt ayant confirmé le jugement prononçant l'astreinte, celle-ci aurait pour point de départ la date fixée par ce jugement* ».

142. Il est possible de trouver des éléments d'explication de ces solutions dans la nature *sui generis* de l'astreinte qui, curieusement, « *ne se glisse dans aucune catégorie juridique connue* »⁶⁰² et dont les contours imprécis ont pu polluer le raisonnement juridique mis en œuvre pour résoudre les problèmes afférents à la seule procédure. On peut en effet pointer du doigt la nature quelque peu bancal de l'astreinte, fabriquée de toutes pièces par une pratique des prétoires⁶⁰³ qui avait tenté tant bien que mal de l'asseoir sur un texte peu usité⁶⁰⁴ « *que l'on avait complaisamment exhumé pour la circonstance. C'est ainsi que, pendant près d'un demi-siècle, l'astreinte s'est développée de façon prétorienne, à la manière d'une plante sauvage qui ne parvenait pas à se découvrir un tuteur pour faire germer ses premières pousses* »⁶⁰⁵. Aujourd'hui, il est clairement acquis, comme l'explique Madame Fabre-Magnan, que « *l'esprit de l'institution est non pas tant de réparer le dommage subi par le créancier du fait du retard dans l'exécution que d'inciter le débiteur à exécuter rapidement sous peine d'être écrasé par l'accumulation des nouvelles sommes dues. L'astreinte a donc un fondement comminatoire (du latin *comminari*, adresser des menaces) et non pas indemnitaire* »⁶⁰⁶. Mais autrefois, cette analyse ne tombait pas sous le sens.

Dans un premier temps, et bien que sa fonction comminatoire ait toujours été au premier plan, l'astreinte apparaissait comme une émanation de la responsabilité civile, un *alter ego* des dommages et intérêt. À partir des hésitations du législateur, la jurisprudence avait cru pouvoir tirer cette conclusion. Elle lui reconnaissait simultanément le caractère comminatoire désormais seul

602 R. Perrot, « L'astreinte, ses aspects nouveaux », *Gaz. Pal.* 1991, IV, p. 801

603 Trib. civ. de Gray, 25 mars 1811 – Cass. req., 29 janvier 1834, DP 1834, I, 81 ; S. 1834, I, 129 ; *GAJC*, *op. cit.*, t. 2, n° 249-250 – Cass. req., 22 novembre 1841, S. 1842, I, 170 – Cass. civ., 26 juillet 1854, S. 1855, I, 33 – Cass. civ., 28 décembre 1824, S. 1825, I, 166 – Cass. civ., 4 juin 1834, S. 1835, I, 39 – Cass. civ., 26 juillet 1854, DP 1854, I, 297 – Cass. civ. 1, 20 octobre 1959, D. 1959, p. 537, note Holleaux ; S. 1959, p. 225 ; JCP 1960, II, 1449, note Mazeaud ; *GAJC*, *loc. cit.*

604 Il s'agissait de l'article 1036 du Code de procédure civile de 1806, qui disposait : « *Les tribunaux, suivant la gravité des circonstances, pourront, dans les causes dont ils seront saisis, prononcer, même d'office, des injonctions, supprimer des écrits, les déclarer calomnieux, et ordonner l'impression et l'affiche de leurs jugements.* » Une interprétation plus qu'extensive du mot « injonction » avait donné naissance à l'astreinte, faisant dégénérer une règle de police de l'audience en norme de droit substantiel.

605 R. Perrot, *loc. cit.*

606 M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, Thémis droit, PUF, 2016, 4^{ème} éd., p. 731, n° 681

admis et le caractère indemnitaire depuis longtemps répudié par le droit positif. Le manque de lisibilité des dispositions législatives avait fait émerger « *deux conceptions possibles de l’astreinte dont la conciliation fait un peu penser à la quadrature du cercle* »⁶⁰⁷. Au surplus, de nombreux textes et arrêts établissaient un lien à la légitimité discutable entre la fixation du montant de l’astreinte et l’évaluation du préjudice. Ainsi, en matière d’expulsion, l’article 2 de la loi du 22 juillet 1949⁶⁰⁸ prévoyait que « *le montant de l’astreinte une fois liquidée ne pourra excéder la somme compensatrice du préjudice effectivement causé. Il devra être tenu compte, lors de sa fixation, des difficultés que le débiteur a rencontrées pour satisfaire à l’exécution de la décision* ».

Ce mélange des genres n’a pas totalement disparu des textes, ce qui montre que le législateur peine encore à dissocier indemnisation et coercition en consacrant pleinement leur autonomie. Pour preuve, l’article 2 de la loi de 1949 a été transposé sans aucune modification à l’article L. 421-2 du Code des procédures civiles d’exécution. En matière d’expulsion, l’opération d’évaluation du montant de l’astreinte intègre donc toujours le préjudice du créancier comme élément de calcul. C’est faire d’une pierre deux coups, car on conçoit aisément que le maintien du preneur dans les lieux ait été cause de manque à gagner pour le bailleur. Pour autant, cela revient à utiliser l’astreinte à la place des dommages-intérêts moratoires, seul instrument adéquat en l’occurrence. Il s’agit certes d’une exception à l’article L. 131-2 alinéa 1^{er} du même Code qui proclame que « *l’astreinte est indépendante des dommages-intérêts* », mais cette particularité du droit spécial de l’expulsion dérogeant au régime général de l’astreinte aurait pu être économisée : il suffisait d’avoir recours aux mécanismes du droit commun que nous venons d’évoquer, ce qui aurait dissipé toute ambiguïté.

143. À partir du milieu du siècle dernier, cette conception de l’astreinte a connu un certain recul. Un arrêt de la cour d’appel de Bourges avait retenu l’attention de la doctrine⁶⁰⁹. À l’occasion d’un litige opposant, à la Libération, deux sociétés qui se disputaient des locaux occupés par l’armée allemande pendant la guerre, la personne morale titulaire du droit de propriété avait demandé pour la première fois en appel qu’une astreinte de 5 000 francs par jour soit prononcée en plus de la condamnation à évacuer les lieux. La juridiction d’appel avait fait droit à cette prétention en relevant « *que cette demande présentée pour la première fois devant la cour ne constitue pas une demande nouvelle, puisqu’elle n’ajoute rien à la nature, à l’étendue ni au fond de la demande portée en première instance et qu’elle n’est que l’invocation d’une sanction coercitive virtuellement*

607 R. Perrot, *loc. cit.*

608 Loi n° 49-972 du 21 juillet 1949 donnant caractère comminatoire aux astreintes fixées par les tribunaux en matière d’expulsion, et en limitant le montant

609 Bourges, 16 mars 1948, *Sté François Huet c/. Sté Marseillaise du Berri*, Gaz. Pal. 1948, I, 240 ; S. 1948, I, 118 ; JCP 1948, II, 4277, obs. Vizios

inhérente à cette demande elle-même dont elle n'est que le développement ou la conséquence » et « *que l'astreinte sollicitée ne tend pas à la réparation d'un préjudice et n'a pas le caractère de dommages-intérêts, mais d'une simple injonction assortie d'une sanction pécuniaire devant constituer une menace destinée à garantir l'exécution de la décision* ». Sans remettre en cause la légitimité de la solution, le doyen Vizioz avait relevé l'erreur qui consistait à voir dans la demande d'astreinte une demande virtuellement comprise dans la demande de première instance. Selon lui, l'article 1036 du Code de procédure civile (ancien) permettait au juge de prononcer d'office cette injonction. Ne s'agissant que d'un moyen de pression détachable de la décision judiciaire qu'il est appelé à faire respecter, « *il peut donc n'y avoir aucune demande. En réalité, on se trouve ici hors du domaine de la véritable demande en justice, à laquelle s'applique la prohibition* »⁶¹⁰ des prétentions nouvelles en appel.

La Cour de cassation s'en tenait à sa position habituelle, affirmant encore en 1957 que la demande d'astreinte présentée pour la première fois en appel est une demande nouvelle puisqu'elle repose sur l'évaluation du préjudice⁶¹¹. Il est probable que cette solution fût de pure opportunité. Telle était l'opinion d'Hébraud, pour qui « *cette décision s'insère dans une politique plus large de la Cour de cassation, et rejoint, par exemple, la jurisprudence relative aux actions en révision des pensions alimentaires* »⁶¹². Malgré cette analyse, d'autres arrêts rappelaient que la condamnation définitive devait être mesurée à l'aune du préjudice⁶¹³.

144. Un revirement de jurisprudence remarqué en son temps⁶¹⁴ n'avait pas tardé à consacrer clairement l'analyse proposée par la cour d'appel de Bourges, revirement qui intervenait huit mois seulement après un arrêt réaffirmant la position traditionnelle de la Cour de cassation⁶¹⁵. La faculté de se dédire dans un laps de temps aussi succinct ne pouvait qu'émerveiller les commentateurs, qui relevaient que « *dans l'équilibre mouvant qui s'établit entre les deux pôles de la notion d'astreinte, dommages-intérêts et mesure de coercition, la Cour de cassation vient d'accomplir un pas important en ce dernier sens* »⁶¹⁶. Dans cette affaire, la cour d'appel de Riom n'avait pas appliqué la méthode classique consistant à prendre en compte l'ampleur du préjudice lors de la liquidation de

610 H. Vizioz, note sous Bourges, 16 mars 1948, JCP 1948, II, 4277

611 Cass. civ. 2, 1^{er} février 1957, RTD civ. 1959, p. 146, note Hébraud

612 P. Hébraud, « La demande de liquidation d'une astreinte constitue une demande principale et nouvelle », note sous Cass. civ. 2, 1^{er} février 1957, RTD civ. 1959, p. 146

613 Cass. civ. 2, 27 février 1953, Bull. civ. II, n° 63, p. 41 – Cass. civ. 2, 27 octobre 1955, Bull. civ. II, n° 463, p. 286 – Cass. civ. 2, 25 février 1959, Bull. civ. II, n° 186, p. 121, Rec. Gén. Lois 1959, p. 516, obs. Boyer – P. Kayser, « L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile », RTD civ. 1953, p. 209, spéc. n° 18

614 Cass. civ. 1, 20 octobre 1959, n° 57-10.110, D. 1959, p. 537, note Holleaux ; RTD civ. 1959, p. 778, obs. Hébraud ; RTD civ. 1960, p. 116, obs. Mazeaud ; JCP 1960, II, 11449, note Mazeaud

615 Cass. civ. 2, 25 février 1959, Bull. civ. II, n° 186, p. 121, Rec. gén. lois 1959, p. 516, obs. Boyer

616 P. Hébraud, « L'astreinte comme injonction judiciaire », note sous Cass. civ. 1, 20 octobre 1959, RTD civ. 1959, p. 778

l'astreinte. Le demandeur en cassation s'était empressé de rappeler dans son pourvoi la doctrine classique de la Haute juridiction. Contre toute attente, le procès s'était soldé par un arrêt de rejet, dans lequel la première Chambre civile énonçait « *qu'en décidant que l'astreinte provisoire, mesure de contrainte entièrement distincte des dommages-intérêts, et qui n'est en définitive qu'un moyen de vaincre la résistance opposée à l'exécution d'une condamnation, n'a pas pour objet de compenser le dommage né du retard, et est normalement liquidée en fonction de la gravité de la faute du débiteur récalcitrant et de ses facultés, la cour d'appel, dont l'arrêt est motivé, a légalement justifié sa décision* ». Cette solution désavouait toute la jurisprudence antérieure pour laquelle le montant de l'astreinte liquidée ne devait jamais excéder le préjudice subi.

Si l'on excepte le cas de l'expulsion, le caractère indemnitaire de l'astreinte semble avoir disparu du droit positif. De nombreuses sources, textuelles ou jurisprudentielles, l'excluent implicitement ou explicitement⁶¹⁷, et c'est heureux, car l'astreinte recouvre sa véritable fonction de « *mesure de contrainte à caractère personnel* »⁶¹⁸ sans rencontrer d'obstacle. C'est en effet sur le seul comportement du débiteur que le juge pourra fixer son attention sans que le préjudice du créancier ne joue un rôle de gêneur : si le taux n'est pas assez élevé, il ne saurait être prohibitif. Par conséquent, « *ce taux n'est, pas plus que celui de sa liquidation, fonction du préjudice subi par le créancier, mais uniquement relatif à la résistance du débiteur de l'obligation. En d'autres termes, le taux de l'astreinte doit être tel qu'il coûterait plus cher au débiteur de résister que de s'exécuter* »⁶¹⁹.

145. Une équivoque demeure cependant qui n'est pas des moindres car elle est de nature à semer la confusion dans des esprits non avertis, et « *il y a loin d'un raisonnement scientifique comme le raisonnement juridique à celui de la personne profane que son ignorance expose à toutes les manipulations* »⁶²⁰. Il s'agit du créancier de l'astreinte, qui n'est autre que le créancier de l'obligation à laquelle rechigne le débiteur⁶²¹. « *Il est tout de même surprenant qu'une offense faite*

617 C.O.J., art L. 213-6 – Cass. civ. 2, 3 avril 2002, n° 00-10.893 et Cass. civ. 2, 30 avril 2002, n° 00-13.815, RTD civ. 2002, p. 812 : seul le débiteur peut s'acquitter de l'astreinte. – Cass. civ. 1, 20 mars 1989, n° 87-13.774 et Cass. civ. 2, 17 avril 2008, n° 07-10.065 : les assurances peuvent garantir la condamnation à des dommages et intérêts mais pas à celle de l'astreinte. – Cass. soc., 7 novembre 1990, n° 88-44.098 et 89-43.895, D. 1990, p. 285 : même solution en droit du travail car l'astreinte n'est pas une indemnité.

618 Cass. civ. 2, 14 septembre 2006, n° 05-17.118 – V. aussi P. Julien, « Procédure civile et voies d'exécution. Juin 2006 – décembre 2006 » D. 2007, p. 1380

619 T. Fossier, « Phase provisoire », in *Droit et pratique des voies d'exécution*, (dir.) S. Guinchard et T. Moussa, Dalloz action, 2015, 8^{ème} éd., chap. 411, pp. 404-405, n° 91 – V. aussi J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 2000, n° 144 : « *L'astreinte est arbitraire : son taux est délibérément excessif, sans rapport avec le préjudice subi par le créancier ; c'est sur les ressources du débiteur et sa capacité de résistance que son quantum doit être mesuré.* »

620 B. Louvel, « Une préposition qui change tout : on ne condamne pas “à” une astreinte mais “sous” astreinte », *Gaz. Pal.* 1999, IV, 1263

621 L'astreinte légale, qui est une pénalité légale constitutive d'une amende civile ou fiscale, revient au Trésor public. –

au juge se traduise par une prime offerte au créancier » et que « le pauvre juge ne peut se faire respecter qu'en arrondissant la tirelire de l'une des parties ! Il faut bien avouer que le remède est cocasse »⁶²². Si la distinction de l'astreinte et des dommages et intérêts permet de les cumuler, la réunion des créanciers de ces deux types de sommes sur une seule tête s'accordait mal avec l'article 1142 ancien du Code civil. *De facto*, cela revient à « indemniser » deux fois. L'arsenal législatif met par ailleurs à la disposition du juge assez d'instruments aux fins de faire respecter sa décision, sans qu'il soit besoin de recourir à mauvais escient à l'un d'eux : au lieu de l'astreinte, pourquoi ne pas utiliser plus souvent l'amende civile réprimant l'abus d'agir en justice ?

Cet éclaircissement progressif de la nature juridique de l'astreinte – ou plutôt ce qu'elle n'est pas – n'a pas eu d'incidence sur la fixation du délai à partir duquel elle devait courir. La jurisprudence civile ne semblait pas avoir tiré toutes les conséquences de ses propres clarifications, contrairement à la jurisprudence pénale. Prenant acte de ce que l'astreinte n'était pas une réparation civile au profit de la victime, la Chambre criminelle avait fait jouer à plein l'effet suspensif de l'appel et du pourvoi en cassation – propre à la matière répressive⁶²³ – en décidant que le point de départ de l'astreinte ne pouvait être antérieur au jour où les voies de recours avaient été épuisées⁶²⁴. Il aurait été fort souhaitable d'importer en procédure civile le mécanisme de la procédure pénale, ce qui n'a pas eu lieu, puisque le point de départ de l'astreinte demeurait celui fixé par le jugement confirmé en appel.

Le point de vue n'est pas le même, il est vrai, selon que l'on observe la situation à partir du fond ou à partir de la procédure. Au fond, c'est peut-être la seule inexécution qui est fautive, et l'on admet que le débiteur inactif ait été en faute dès le début, mais alors parler de l'astreinte est hors de propos car on se situe en dehors de tout procès. Dans la procédure, il reste à savoir si la condamnation était exécutoire. Rien ne fait obstacle à ce que l'astreinte commence à courir dès le jugement ou dès sa signification, lorsque l'obligation n'a pas été ajournée par l'effet suspensif ou par la décision du premier président de la cour d'appel, « *mais dès lors que l'astreinte, mesure distincte des dommages-intérêts, a pour objet propre de sanctionner une résistance fautive, il semble difficile de lui donner effet à une époque où, sans faute de sa part, le plaideur condamné peut légitimement ignorer les obligations qui lui sont imposées par le juge* »⁶²⁵. On a pourtant pu

V. à ce sujet : loi n° 80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur, art. 26 – Loi n° 92-1444 du 31 décembre 1992 relative à la lutte contre le bruit, art. 24 – Loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement, art. 19 – C. conso., anc. art. L. 621-6 – C. com., art. R. 611-16 – C. civ., art. 10 – C. pén., art. 132-70

622 R. Perrot, *loc. cit.*

623 C.P.P., art. 506

624 Cass. crim., 16 octobre 1984, n° 83-94.574

625 R. Perrot, « Jugement. Exécution sous astreinte : le point de départ de l'astreinte ne peut pas être antérieur à la notification du jugement », RTD civ. 1980, p. 620

soutenir en même temps trois thèses inconciliables : l'astreinte sert à forcer la main du débiteur ; mais l'astreinte était suspendue ; or, la passivité du débiteur était quand même coupable. Une fois de plus, « *la fiction de rétroactivité ne résiste pas ici à la réalité* »⁶²⁶.

146. L'entêtement de la Haute juridiction relativement à la fixation du point de départ de l'astreinte a été contrarié par le décret du 31 juillet 1992⁶²⁷ qui, en son article 51, a mis fin à cet état de choses. Devenu l'article R. 131-1 du Code des procédures civiles d'exécution, ce texte dispose que « *l'astreinte prend effet à la date fixée par le juge, laquelle ne peut pas être antérieure au jour où la décision portant obligation est devenue exécutoire* ». Le deuxième alinéa de l'article R. 131-1 apporte à la règle une dérogation en même temps qu'il en précise la portée. Il dispose que « *toutefois, elle peut prendre effet dès le jour de son prononcé si elle assortit une décision qui est déjà exécutoire* ».

La lecture combinée des deux alinéas permet de déduire qu'il y a un principe et une exception : le principe est que l'arrêt d'appel marque le début de l'astreinte, l'exception est que l'astreinte trouve sa source dans le jugement. Il y a là un parallélisme avec ce qui existe déjà relativement à la force exécutoire : puisque l'astreinte sert à prévenir les difficultés d'exécution, elle n'est utile que si elle accompagne une décision exécutoire, c'est-à-dire un arrêt d'appel ou un jugement assorti de l'exécution provisoire. L'article R. 131-1 du Code des procédures civiles d'exécution, qui n'a pas repris le mécanisme contestable de la rétroactivité, associe l'astreinte à la seule force exécutoire. Il doit être approuvé, car l'astreinte rétroactive jointe à un jugement non exécutoire frappé d'appel puis confirmé est non moins inutile qu'illégitime. Inutile parce qu'il n'y a aucune force exécutoire qu'il faudrait appuyer, illégitime parce qu'il n'existe encore à la charge de la partie condamnée aucune obligation qu'il faudrait la pousser à respecter par une « *mesure de contrainte à caractère personnel* »⁶²⁸. Lorsque rien n'est encore exécutoire, rien non plus ne justifie l'astreinte, qui « *n'est qu'un moyen de pression destiné à assurer l'exécution d'une décision de justice* »⁶²⁹. S'il fallait citer d'autres sources pour s'en convaincre, l'article 33 de la loi du 9 juillet 1991⁶³⁰ dispose que « *tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision* ».

147. Dans un premier temps, la Cour de cassation a passé outre aux indications du législateur.

626 R. Perrot, « Astreinte : l'astreinte n'a lieu de courir que si l'obligation a force exécutoire », RTD civ. 2008, p. 552

627 Décret n° 92-755 du 31 juillet 1991 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution

628 Cass civ. 2, 14 septembre 2006, précit.

629 P. Julien, « Astreinte : un revirement de jurisprudence et quelques précisions », D. 1997, p. 536

630 Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution

S'en tenant à sa position de toujours et répétant machinalement l'éternel refrain des droits résultant pour l'intimé du jugement de première instance, elle est même allée jusqu'à affirmer – contre toute logique – que ne violait pas l'article 51 du décret du 31 juillet 1991 la cour d'appel qui avait liquidé l'astreinte pour une période fixée par le jugement au lieu de considérer qu'elle commençait à courir à la date de la signification de l'arrêt⁶³¹. En pointant du doigt une telle erreur on pouvait naturellement avoir le sentiment « *de plaider une cause perdue, tant la jurisprudence est impressionnante* »⁶³² et penser qu' « *en présence d'une jurisprudence aussi massive, il est sans doute vain d'espérer un changement* »⁶³³.

Puis, « *abandonnant une jurisprudence qui allait se répétant avec une régularité d'horloge depuis plus d'un siècle* »⁶³⁴, la Cour de cassation a heureusement fini par prendre acte des dispositions issues de la réforme du début de la décennie 1990 et a fait respecter ces nouveaux principes, par un arrêt du 11 juin 1997⁶³⁵ qui a pu surprendre au point d'être salué par la doctrine comme une « *divine surprise* »⁶³⁶. Dans cette affaire où un couple avait été condamné sous astreinte à ôter une vanne et des conduits sous la propriété de leur colitigant, la cour d'appel de Chambéry avait confirmé le jugement par lequel le juge de l'exécution avait liquidé l'astreinte à compter de la date fixée en première instance. L'arrêt confirmatif, fidèle à la doctrine de la Cour de cassation, prenait soin de rappeler que « *l'effet suspensif de l'appel ne [porte] pas atteinte au droit résultant pour l'intimé des condamnations prononcées par le jugement frappé d'appel lorsqu'il est confirmé* ». La censure de la deuxième Chambre civile se fondait sur la considération « *que l'astreinte est destinée à assurer l'exécution d'une décision de justice et est indépendante des dommages-intérêts* » ainsi que sur les dispositions de la loi de 1991 et du décret de 1992. En définitive, comme l'avait relevé le regretté professeur Perrot, « *grâce à cet arrêt, il est clair désormais que le débiteur récalcitrant qui prolonge les tourments de son adversaire par le jeu d'un appel mal fondé s'expose sans doute au risque de devoir l'en indemniser, mais ce sera sous la forme de dommages-intérêts qui prendront leur mesure dans le préjudice effectivement subi par ce dernier, et non point par le moyen d'une astreinte fixée discrétionnairement dont le seul but est de sauvegarder l'autorité du juge à travers le respect de sa décision dans la mesure où celle-ci est*

631 Cass. civ. 2, 20 juin 1996, n° 94-14.012, D. 1996, inf. rap., p. 179 ; JCP 1996, IV, 1837 ; RTD civ. 1997, p. 509, obs. Perrot

632 R. Perrot, « Astreinte : son point de départ en cas d'arrêt confirmatif », note sous Cass. civ. 2, 20 juin 1996, RTD civ. 1997, p. 509

633 R. Perrot, « Astreinte. Son point de départ. », note sous Cass. civ. 2, 20 juin 1996 et Cass. civ. 2, 18 décembre 1996, Procédures 1997, n° 51

634 R. Perrot, « Astreinte : son point de départ en cas d'arrêt confirmatif », note sous Cass. civ. 2, 20 juin 1996, RTD civ. 1997, p. 509

635 Cass. civ. 2, 11 juin 1997, n° 95-13.961, Bull. civ. II, n° 170, D. 1997, p. 536 ; JCP 1997, IV, 1621 ; RTD civ. 1997, p. 743 obs. Perrot

636 R. Perrot, « Astreinte : son point de départ en cas d'arrêt confirmatif », RTD civ. 1997, p. 743

*exécutoire. Et dans cette perspective, peut-être un jour le législateur voudra-t-il bien convenir que subsiste encore une ultime ambiguïté que lui seul peut dissiper : celle qui consiste à réprimer l'offense faite à l'autorité d'un juge au moyen d'une peine privée qui profite exclusivement au créancier. Mais c'est là une autre histoire ! »*⁶³⁷

148. La lecture des décisions jurisprudentielles⁶³⁸ révèle que l'astreinte suit désormais le sort de l'exécution à laquelle elle est censée prêter main forte⁶³⁹. L'astreinte est par conséquent suspendue en même temps que la force exécutoire pour réapparaître au moment où la décision sera passée en force de chose jugée. C'est le cas également en droit pénal de l'urbanisme où l'arrêt d'appel prononçant l'astreinte acquiert un caractère exécutoire à partir du jour où les prévenus ont connaissance du rejet de leur pourvoi en cassation⁶⁴⁰. Toute rétroactivité a donc disparu en matière d'astreinte au profit d'une rigoureuse instantanéité, puisque le point de départ peut n'être ni le jugement ni l'arrêt confirmatif mais le désistement de l'appel – c'est-à-dire le désistement de l'action et non de l'instance – qui produira un effet extinctif. À son tour, cette extinction de l'instance à titre accessoire provoquera de façon automatique mais non rétroactive la disparition de l'effet suspensif et la réapparition de la force exécutoire. Après tant de péripéties, le droit de l'astreinte est enfin parvenu à une solution qui ne heurte pas la logique.

Une intervention du législateur a été nécessaire pour parvenir à ce résultat, ce qui montre bien que la jurisprudence n'est pas prompte à changer d'avis. La nature indemnitaire de l'astreinte, à l'époque où elle était admise, expliquait en partie sa rétroactivité : si l'on avait causé du tort, on était réputé être fautif dès l'issue de la première instance. C'était faire une impasse gigantesque sur l'effet suspensif de l'appel. On retrouvait pourtant un raisonnement identique en matière d'intérêts moratoires. L'ancien article 1153-1 alinéa 2 du Code civil disposait en effet qu' « *en cas de confirmation pure et simple par le juge d'appel d'une décision allouant une indemnité en réparation d'un dommage, celle-ci porte de plein droit intérêt au taux légal à compter du jugement de première instance. Dans les autres cas, l'indemnité allouée en appel porte intérêt à compter de la décision d'appel. Le juge d'appel peut toujours déroger aux dispositions du présent alinéa* ». La structure de l'article est révélatrice : le premier alinéa affirme la règle de la rétroactive en cas d'arrêt confirmatif, le second donne au juge toute latitude pour y déroger et faire coïncider le début de

⁶³⁷ *Ibid.*

⁶³⁸ V. notamment Cass. civ. 2, 9 décembre 1997, n° 95-20.144, Bull. civ. II, n° 307 – Cass. civ. 2, 22 mars 2001, n° 98-21.560, Bull. civ. II, n° 58, Rev. huiss. 2001, p. 244, obs. Hoonakker – Cass. civ. 2, 4 octobre 2001, Juris-Data n° 011189 – Cass. soc., 12 mars 2002, Juris-Data n° 013668

⁶³⁹ Cass. civ. 2, 6 janvier 2005, n° 02-15.954 : l'astreinte dépend de l'obligation principale et disparaît avec elle.

⁶⁴⁰ Cass. crim., 8 novembre 2016, n° 15-86.889, AJ pénal 2017, p. 40, obs. Leost ; D. actu., 13 décembre 2016, obs. Lesergent ; RDI 2017, p. 33, obs. Roujou de Boubée

l'indemnisation et des intérêts moratoires avec la décision qui les prononce. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a donné de ce texte une interprétation très libérale en n'exerçant qu'un contrôle *a minima* sur l'office du juge, qui « *n'a fait qu'user de la faculté remise à sa discrétion par l'article 1153-1 du Code civil* »⁶⁴¹.

149. La combinaison de la disposition légale et de sa mise en œuvre jurisprudentielle conduit une fois de plus à la doctrine des droits acquis. La fixation du délai à compter du jugement de première instance ne s'explique que par l'idée que cette décision initiale a conféré un droit que l'appel et l'effet suspensif conséquent n'ont pu remettre en cause suffisamment pour générer un nouveau point de départ. Nous ne pouvons que réitérer l'analyse déjà proposée : cela est regrettable, car considérer que la partie gagnante à l'issue de l'instance d'appel l'a été dès l'issue de la première instance revient à vider de son contenu l'effet suspensif. On a pu se demander si « *la condamnation aux intérêts, pour autant que le point de départ en est antérieur au jugement, ou leur capitalisation ne sont-elles pas, d'ailleurs, le moyen le plus efficace de dissuader le débiteur de faire durer la procédure ?* »⁶⁴² C'est pourtant partir du présumé que la partie reconnue débitrice à l'issue de l'instance d'appel l'a été dès le début ou, plutôt, que la reconnaissance judiciaire de la créance l'était *ab initio*. C'est en effet la seule créance qui préexistait à toute saisine du juge, et non sa consolidation par un acte juridictionnel. De plus, on ajoutera que la décision judiciaire constatant la créance d'une somme ou d'une obligation a un caractère déclaratif tandis que celle qui alloue une indemnité a un caractère constitutif, argument supplémentaire en défaveur d'une rétroactivité opérée par l'arrêt confirmatif d'appel. Peut-être la jurisprudence a-t-elle considéré que les intérêts moratoires ne faisaient que suivre le sort de la créance dont ils naissent⁶⁴³, mais c'est accorder une trop grande prééminence aux règles substantielles par rapport aux règles procédurales qui finissent par être éclipsées. En définitive, personne n'a songé à concilier l'ancien article 1153-1 alinéa 2 du Code civil avec l'article 539 du Code de procédure civile, et la doctrine elle-même a peu développé cette problématique. Le débat reste ouvert.

641 Cass. plén., 3 juillet 1992, n° 90-83.430, JCP G 1992, II, 21898, concl. Dontenwille, note Perdriau ; D. 1992, somm., p. 404, obs. Penneau ; Defr. 1992, p. 1453, obs. Aubert

642 M. Lombard, « Les intérêts des condamnations prononcées en matière civile », Gaz. Pal. 1995, I, doct., p. 562

643 Cass. civ. 2, 8 janvier 1997, n° 94-21.576 : toute condamnation au paiement d'un somme d'argent produit nécessairement des intérêts. Dans cet arrêt, la Cour de cassation estime que la loi elle-même promulguant cette disposition est rétroactive.

SECTION II : L'EXÉCUTION PROVISOIRE

150. Il semble que l'effet suspensif des voies de recours ordinaires ne soit qu'une conséquence que leur attache le législateur pour des raisons d'opportunité, conséquence à laquelle, pour des raisons semblables, des exceptions peuvent être apportées. L'effet suspensif n'est donc qu'un élément du régime, sans doute propice à l'établissement d'une classification fonctionnelle mais inapte à fonder une classification rationnelle⁶⁴⁴. La doctrine n'a pas été particulièrement proluxe sur le sujet, et l'« *on considère souvent que l'effet suspensif n'appelle guère d'explications, en dehors des exceptions qui lui sont apportées* »⁶⁴⁵. La démarche peut, à bien des égards, surprendre : le principe ne pose aucune difficulté majeure en raison de la simplicité de son fonctionnement qui ne se traduira que par une attitude d'abstention, tandis que ses atténuations soulèvent de nombreux questionnements. On trouve ici un élément d'étude fort utile pour appréhender le lien qui unit les deux instances au fond. L'effet suspensif est un effet de l'appel bien qu'il se rattache plus volontiers à la première instance puisqu'il prive momentanément le jugement rendu de sa force exécutoire. Quant aux exceptions, dont on a dit qu'elles constituent presque la totalité des observations sur l'effet suspensif, elles concernent également le jugement de première instance, qu'elles rendent exécutoire par provision. Il a été proposé un temps de faire de cette exception une règle, mais ce projet a fini par être abandonné (§ 1). Le premier président de la cour d'appel a donc toujours la faculté d'arrêter cette exécution provisoire (§ 2) ou de lui laisser suivre son cours (§ 3).

§ 1. La tentative d'une généralisation de l'exécution provisoire

151. Le principe de l'effet suspensif peut s'enorgueillir du prestige de sa source puisqu'il est consacré par l'ordonnance de Colbert dans des conditions semblables à celles du droit positif⁶⁴⁶. On a bien vu cependant les difficultés juridiques et matérielles qu'il a pu susciter en jurisprudence. En outre, l'usage croissant par la pratique judiciaire de la faculté d'écarter l'effet suspensif n'a été qu'un argument supplémentaire en sa défaveur. C'est pourquoi il avait été un temps envisagé de le faire disparaître, ce qui s'inscrit dans un mouvement d'intégration dans un courant international ou, au bas mot, d'imitation du droit étranger : les *Principes ALI-Unidroit de procédure civile*

644 V. Héron et T. Le Bars, *op. cit.*, p. 549, n° 697 – V. aussi J.-L. Bergel, « Différence de nature égale différence de régime », RTD civ. 1984, p. 255

645 *Ibid.*, p. 588, n° 739

646 Ordonnance de 1667, titre XXVII

*transnationale*⁶⁴⁷ suggèrent, en s'appuyant sur la *common law*, de rendre le jugement de première instance immédiatement exécutoire⁶⁴⁸. De même, une proposition de règlement de la Commission européenne du 15 mars 2005 instituant une procédure communautaire pour les demandes de faible importance prévoyait le même mécanisme nonobstant appel.

On sait, grâce au professeur Guinchard⁶⁴⁹, qu'une table ronde avait eu lieu à la Chancellerie au printemps 1999 réunissant des professionnels de la justice et des professeurs de droit auxquels avait été demandé leur avis sur une éventuelle suppression de l'effet suspensif de l'appel. Le sujet semblait être tombé dans l'oubli jusqu'en 2002 où il avait resurgi sous la forme d'un projet de décret. Dans la perspective de cette réforme, les partisans et les opposants s'étaient affrontés dans un débat doctrinal d'une rare intensité et d'une particulière richesse, compte tenu de la qualité de ses protagonistes⁶⁵⁰. Un projet de loi adopté par le Sénat le 2 avril 2003 prévoyait en son article 51 bis que les jugements seraient exécutoires, sur proposition de Monsieur Pierre Fauchon et contre l'avis du gouvernement⁶⁵¹. Cet amendement n'avait pas été retenu par l'Assemblée nationale. Dans son rapport fait au nom de la Commission des lois, Madame Brigitte Barèges soulignait « *qu'une simple refonte de l'article 515 du nouveau Code de procédure civile ne saurait seule permettre d'atteindre l'objectif recherché par l'auteur de l'amendement, à savoir renforcer l'efficacité de la justice* »⁶⁵². Finalement, lors des *Entretiens du Palais* à Aix-en-Provence, le Garde des Sceaux avait déclaré qu'il n'en était plus question car il s'agissait « *d'une atteinte trop grave portée au double degré de juridiction* »⁶⁵³.

152. Il est remarquable que le projet de décret utilisait la terminologie d'*exécution immédiate des décisions de première instance* plutôt que celle de *suppression de l'effet suspensif de l'appel*,

647 Pour une étude critique de ce texte, V. F. Ferrand, « Les principes ALI-Unidroit de procédure civile transnationale : vers une harmonisation mondiale de la procédure civile ? », *Gaz. Pal.*, 28 mai 2005, n° 148

648 Principes ALI-Unidroit de procédure civile transnationale, n° 26.1

649 S. Guinchard, « Un bon exemple de la France d'en haut contre la France d'en bas : le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel », *LPA*, 5 juin 2002, n° 112, p. 4

650 Favorables à la réforme : G. Canivet, « Économie de la justice et procès équitable », *JCP* 2001, I, 361 – J.-M. Coulon, « Quelques remarques sur le projet de décret de procédure civile », *LPA*, 24 juin 2002, n° 4 – L. Cadiet, « Feu l'exécution immédiate des jugements ? Regrets de la France du milieu », *JCP* 2002, act. 346 – J.-C. Magendie, « L'exécution immédiate des décisions de justice : l'injuste critique d'une réforme nécessaire », *D.* 2002, p. 2411 – Ph. Hoonakker, « L'exécution immédiate ou de l'incohérence à la cohérence du droit à l'exécution », in *La justice civile au vingt-et-unième siècle : mélanges Pierre Julien*, (dir.) N. Fricero, G. Taormina et M. Zavaro, Edilaix, 2003, p. 209 – Hostiles à la réforme : J.-J. Fanet, « Faut-il supprimer l'effet suspensif de l'appel ? », *Gaz. Pal.*, 27 juillet 2002, p. 1201 – S. Guinchard, « Un bon exemple de la France d'en haut contre la France d'en bas », *LPA*, 5 juin 2002, p. 4, n° 112 – T. Le Bars, « Vers une suppression de l'effet suspensif de l'appel ? », *D.* 2002, p. 1987 – J. Villacèque, « Point de vue », *D.* 2002, p. 1989 – R. Martin, « Rendre au Parlement ce qui lui appartient », *D.* 2002, p. 3147 – J. Moury, « De la règle de l'effet suspensif de l'appel en matière civile », in *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, *op. cit.*, p. 353

651 Projet de loi adopté par le Sénat réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques, n° 97, 2 avril 2003

652 Commission des lois, Rapport n° 1250 déposé le 26 novembre 2003 par Madame Brigitte Barèges

653 *Gaz. Pal.*, 8 et 9 octobre 2003, p. 28 et s., n° 281-282

« comme si l'on avait honte de présenter le projet sous son véritable jour, comme s'il fallait passer en force et en catimini »⁶⁵⁴. De même, Monsieur Croze distingue l'« exécution provisoire généralisée » de la « force exécutoire définitive »⁶⁵⁵. Au-delà de considérations parfois polémiques, ce vocabulaire n'est pas neutre quant à la technique juridique adoptée : parler d'exécution immédiate plutôt que d'exécution provisoire laisse entendre que le jugement exécutoire n'a pas vocation à être réformé, paradoxe inconciliable avec l'institution d'une voie de recours. Il est difficile de se résoudre à cette conception quand on sait que tout acte juridictionnel est susceptible d'être contesté et éventuellement infirmé, au moyen des voies de recours ouvertes par la loi – et parfois par la jurisprudence⁶⁵⁶ – aux parties condamnées. De plus, « quand il est question de l'efficacité de la justice dont on se gausse assez volontiers, on oublie un peu vite que, par définition, tout procès oppose des intérêts antagonistes qui a priori sont également respectables, avec en fin de course un gagnant et un perdant. »⁶⁵⁷

Le lexique employé révèle que l'exception à l'effet suspensif dont on avait voulu un moment faire la règle rejoint bien plus, du moins dans la pensée des acteurs de la justice, la première instance que l'instance d'appel. Il ne s'agissait pas tant d'adresser des griefs au double degré de juridiction – ou à l'usage qui en était fait – que de revaloriser la première instance⁶⁵⁸, car « l'assise d'une première instance solide et bien organisée est indispensable même au fonctionnement satisfaisant de l'appel »⁶⁵⁹. Par un contraste saisissant, les dérogations à l'effet suspensif font cependant ressortir les raisons pour lesquelles ce principe participe de l'efficacité du double degré de juridiction. En même temps, les évolutions de l'exécution provisoire dénotent une approche de plus en plus restrictive de l'effet suspensif de l'appel. Il est difficile par conséquent d'avoir un avis véritablement tranché sur le maintien de l'effet suspensif « et il n'existe probablement pas d'argument décisif qui permette de déterminer précisément les jugements qui doivent être assortis de l'exécution provisoire ou immédiate »⁶⁶⁰. En l'absence d'un tel critère, l'appréciation du juge au cas par cas vaut sans doute mieux que la brutalité d'un automatisme légal qui éviterait difficilement

654 S. Guinchard, « Un bon exemple de la France d'en haut contre la France d'en bas : le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel », LPA, 5 juin 2002, p. 4, n° 112

655 H. Croze, « L'exécution provisoire, bilan et perspectives. L'arrêt et l'aménagement de l'exécution provisoire. », BICC, hors série, *Rencontre Université-Cour de cassation – « La procédure civile »*, 14 juin 2002

656 Il s'agit de l'appel-nullité et du pourvoi-nullité.

657 R. Perrot, « Les métamorphoses de l'exécution provisoire », in *De Code en Code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, (dir.) M. Puech, Dalloz, 2009, p. 611

658 J. Villacèque, « L'exécution provisoire : un bénéfice aléatoire », *Gaz. Pal.* 2008, p. 35, n° 278 : « La volonté d'endiguer les appels est sans nul doute l'argument essentiel. Mais sans doute est-il plus valorisant d'avancer la revalorisation des jugements que de militer contre la possibilité d'être jugé deux fois... Les théories liberticides ne sont jamais très glorieuses. (...) Le combat pour l'exécution de plein droit a pour but réel de décourager les appels. »

659 P. Hébraud, « Effet dévolutif et évocation, la règle du double degré de juridiction », in *La voie d'appel*, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 141, spéc. p. 175

660 J. Héron et T. Le Bars, *op. cit.*, p. 420, n° 528

que « *l'exécution provisoire ne finisse par s'engluer dans un systématisme routinier* »⁶⁶¹.

153. La question pourrait se poser de savoir si l'effet suspensif souligne mieux le caractère de voie de réformation ou de voie d'achèvement de l'appel. Il n'est pas certain que les conséquences pratiques qui en résulteraient soient d'une grande envergure. On observera toutefois que cet effet se situe à la croisée des deux conceptions : il se rattache à la voie de réformation dans la mesure où il est plus facile de réformer une décision de justice qui n'a pas été exécutée mais il se rapproche de la voie d'achèvement puisque la trêve qu'il impose permet d'intégrer à l'instance devant la cour les éventuelles évolutions du litige. Néanmoins, ce n'est pas cette analyse théorique qui a justifié la possibilité d'une exécution immédiate généralisée mais l'utilisation de la voie d'appel à des fins autres que celles pour lesquelles elle a été instituée.

Il s'agit évidemment des appels dilatoires qui font parfois figure de mal incurable⁶⁶². Il est facile d'interjeter appel quand on a été condamné et qu'on sait pouvoir ainsi gagner du temps et en faire perdre – ainsi que de l'énergie – à son adversaire. Certainement, un tel comportement est éminemment blâmable, car « *l'exercice dilatoire d'une voie de recours présente un caractère foncièrement malsain, surtout lorsque la situation du demandeur est telle qu'il ne peut attendre. Que l'on pense par exemple au créancier d'aliments* »⁶⁶³, d'où le possible rétablissement de l'exécution provisoire en matière de prestation compensatoire lorsque le divorce a acquis force de chose jugée⁶⁶⁴. Il est néanmoins légitime de se demander si la suppression de l'effet suspensif constitue la solution appropriée et si le remède ne risque pas de se révéler pire que le mal. Deux raisons sont de nature à semer le doute : d'une part, il existe d'autres sanctions, bien plus adaptées et qui devraient suffire pour endiguer l'abus du droit d'appel, tels l'amende civile, les frais irrépétibles, les dommages et intérêts, et le classique article 700, « *mais in concreto, après débats contradictoires, et non a priori comme le serait l'exécution généralisée des décisions de première instance* »⁶⁶⁵. D'autre part, cela ne ressemble-t-il pas à une punition collective qui fait retomber sur tous les fautes de quelques uns ? Ainsi, comme le faisait remarquer Raynaud, « *l'exécution*

661 R. Perrot, « Exécution provisoire : le problème de sa motivation », RTD civ. 1984, p. 566

662 J.-L. Gillet, « Le second degré de juridiction en matière civile sa place et sa portée », Gaz. Pal. 1996, p. 996 : « *L'existence d'un deuxième degré civil est-elle ressentie comme une véritable possibilité de remise en cause du premier jugement, ou comme une simple modalité de sursis à son exécution, le temps s'écoulent entre les deux décisions étant au demeurant si long que l'essentiel réside dans l'exécution ou le défaut d'exécution de la première ?* »

663 J. Héron et T. Le Bars, *op. cit.*, p. 419, n° 527

664 C.P.C., art. 1079

665 J. Villacèque, *loc. cit.* – Pour une constatation semblable relativement à l'autorité de la chose jugée telle qu'elle a été redessinée par l'arrêt *Cesareo*, V. G. Wiederkehr, « Étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile : notion d'identité de cause », note sous Cass. plén., 7 juillet 2006, *Cesareo*, JCP G 2007, II, 10070 : « *Le recours à la notion d'abus de droit d'agir en justice et à l'article 32-1 du NCPC ou, si l'on préfère, à la notion, plus à la mode aujourd'hui, d'obligation de loyauté suffirait à assurer une saine police des procédures, sans pervertir une notion fondamentale du droit processuel et sans une excessive généralisation qui entraînera des injustices flagrantes.* »

*provisoire est détournée de son but ; faite pour soustraire le gagnant à un dommage, elle devient une sanction de la fraude de son adversaire »*⁶⁶⁶. De plus, les statistiques ne rapportent pas que le nombre des appels dilatoires soit tel qu'il faille supprimer l'effet suspensif. D'ordinaire, les avocats sont suffisamment clairvoyants pour dissuader leurs clients d'interjeter appel lorsque les chances de succès sont inexistantes.

154. Pour le dire simplement, la réforme morte-née de 2002 consistait à inverser les règles qui, en droit positif, sont principe et exception. L'exécution provisoire qui est l'exception aurait été érigée en principe tandis que l'effet suspensif qui est le principe aurait été ravalé au rang d'exception. Sans rouvrir le débat, qui semble clos pour les années à venir, il peut être utile de mettre en balance les avantages et les inconvénients de l'effet suspensif et de l'exécution immédiate en se demandant si l'inversion des principes ne relèverait pas « *d'une remise en cause de la conception française de la voie d'appel* »⁶⁶⁷.

On a fait observer que « *la pratique ne serait guère affectée par un renversement de principe. Toutefois, sur le plan de la théorie procédurale, l'exécution immédiate aurait l'avantage de faire coïncider autorité de la chose jugée et force exécutoire* »⁶⁶⁸. La notion de force de chose jugée deviendrait, dès lors, obsolète et superflue, l'autorité de chose jugée suffisant à conférer au jugement la force exécutoire. Sans doute cette mutation dans le vocabulaire contribuerait à renforcer la crédibilité de la décision de première instance. L'argument est pourtant fragile, et le même auteur de faire remarquer que « *l'esprit peut être séduit par cette remise en place des valeurs judiciaires, alors qu'il a été constaté qu'elle n'apportait quasiment rien sur le plan de l'effectivité* »⁶⁶⁹.

Une analyse plus pragmatique a mis en évidence l'absence de bouleversement provoqué par l'inversion du principe et de l'exception⁶⁷⁰. L'hégémonie de l'exécution provisoire assortissant les décisions judiciaires serait telle que l'effet suspensif ne subsisterait plus que dans les textes. La fréquence de son usage par la pratique ayant fait d'elle le principe, la réforme envisagée aurait seulement consacré en droit ce qui existait déjà en fait. Avec une certaine audace, on a écrit que « *la situation décriée par les uns et louée par les autres est déjà inscrite pour l'essentiel dans notre droit positif* »⁶⁷¹. Partant, il pouvait sembler illusoire de continuer à proclamer le principe d'un effet

666 P. Raynaud, RTD civ. 1970, pp. 234 et 626

667 J.-M. Coulon, « Du rapport Coulon au rapport Magendie », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, op. cit., p. 87, spéc. p. 90

668 R. Martin, « Exécution immédiate des jugements de première instance (à propos du rapport Coulon) », *Procédures* 1997, chron., n° 7

669 *Ibid.*

670 J.-C. Magendie, « L'exécution immédiate des décisions de justice : l'injuste critique d'une réforme nécessaire », D. 2002, p. 2411

671 Ph. Hoonakker, « L'exécution immédiate ou de l'incohérence à la cohérence du droit à l'exécution », in *La justice civile au vingt-et-unième siècle : mélanges Pierre Julien*, op. cit., p. 209, spéc. p. 210, n° 2

suspensif largement démenti par l'observation des statistiques judiciaires et de la sociologie juridique, « *instrument de critique ouverte* » du droit dogmatique, selon l'expression du doyen Carbonnier⁶⁷². Il suffisait donc de poser en principe la généralisation unanime de l'exception, pour rebâtir un système plus cohérent que celui dans lequel une règle existe en théorie mais ne survit dans la pratique que par à-coups. Ainsi, l'exécution immédiate « *se serait substituée au principe de l'effet suspensif et aurait permis de reconstruire le droit à l'exécution en le fondant sur un principe réel et concret à partir duquel il eût été possible d'instituer logiquement toutes les règles dérogatoires nécessaires à la protection de la partie condamnée* »⁶⁷³. L'exécution immédiate systématique ayant absorbé l'effet suspensif, il aurait fallu consacrer franchement son triomphe. Son régime y aurait gagné en clarté et en lisibilité parce qu'il aurait été organisé par les textes plutôt que par la pratique judiciaire ou par des dispositions spéciales multipliées.

155. La proposition est particulièrement séduisante, qui consistait à soutenir que rien n'aurait changé ; mais la séduction étant quelquefois voisine de la tentation, la prudence s'impose. Il est hasardeux d'affirmer que les transformations ne surviendraient que dans les articles du Code de procédure civile et que la pratique n'en serait pas affectée. Dans le meilleur des cas, la réforme pouvait sembler inutile. En y regardant de plus près, l'affirmation d'une absence de mutation majeure était fallacieuse à bien des égards.

En premier lieu, il conviendrait de vérifier si l'inversion du principe et de l'exception ne ferait que consacrer en droit une situation de fait préexistante ou si elle n'introduirait pas subrepticement des éléments de nature à altérer sensiblement le sort de la partie condamnée. L'argument d'une absence de changement significatif est captieux. Sans doute, dans les faits, les décisions assorties de l'exécution immédiate et celles bénéficiant d'un effet suspensif ne seraient ni plus ni moins nombreuses qu'actuellement. Cependant, l'exécution immédiate ou l'effet suspensif n'auraient pas la même origine. Alors qu'aujourd'hui, l'exécution est ordonnée par le magistrat, la réforme abandonnée aurait eu pour effet de la rendre obligatoire par le vœu de la loi. C'est donc l'origine de l'exécution qui diffère. Le juge et le législateur sont deux sources bien distinctes, dont les motivations ne se recoupent pas toujours. La règle légale est en effet une norme générale et impersonnelle appelée à s'appliquer sans acception de personnes. En revanche, le juge statue toujours au cas par cas. Il a de ce fait une perception suffisamment étendue de l'affaire dont il a à connaître. Sa maîtrise du dossier, avec sa logique et ses enjeux, lui permet de déterminer s'il faut déroger à l'effet suspensif en ordonnant l'exécution provisoire. Ici se trouve la pierre de touche de

672 J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 1978, 3^{ème} éd., p. 365

673 Ph. Hoonakker, « L'arrêt de l'exécution provisoire de droit enfin consacré par le législateur ! », D. 2004, p. 2314

la réforme. En l'état actuel du droit, le juge qui assortit sa décision de l'exécution provisoire estime qu'elle est nécessaire. Si l'on inverse les règles, il faudrait que le juge ait la même conviction au sujet de l'effet suspensif. Or, dans un système où les décisions sont immédiatement exécutoires, on a de la peine à saisir pour quelles raisons un juge voudrait priver son jugement de la force exécutoire : il est difficile de concevoir que la certitude du bien jugé qui préside actuellement à l'exécution provisoire cède le pas à un sérieux doute de s'être égaré en tranchant la contestation – *jura novit curia* –, doute sans lequel la faculté d'écarter l'exécution immédiate ne serait probablement pas utilisée. « *Observons que l'autorité de la décision de première instance est certainement plus assurée par une décision positive du juge qui lui confère un caractère exécutoire que par un principe général contraignant que le juge, par une décision négative, déciderait de ne pas laisser appliquer.* »⁶⁷⁴ En définitive, on restreint considérablement et indûment le pouvoir du juge : se méfierait-on de lui pour le dévaloriser de la sorte ?

156. L'arrêt de l'exécution immédiate serait possible, comme il l'est aujourd'hui, par le premier président de la cour d'appel statuant en référé⁶⁷⁵. Il convient dès lors de bien circonscrire le rôle et les pouvoirs de ce magistrat dans cette procédure. D'une part, l'article 484 du Code de procédure civile définit l'ordonnance de référé comme « *une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires* ». Il s'agit donc généralement de mesures qui se caractérisent par une *rapidité* exigée par une *urgence* qui nécessairement implique une *impossibilité d'examen au fond* qui donne à cette mesure une *nature éphémère*. La saisine du premier président en matière de référé a pour fondement les articles 956 et 957 du Code de procédure civile relatifs aux ordonnances de référé. L'article 524, quant à lui, correspond à la mise en œuvre d'un référé spécial. En définitive, un référé a toujours vocation à résoudre une question exigeant une réponse à bref délai, sur le fondement d'apparences sérieuses et sans entrer plus avant dans le fond du dossier.

La réforme abandonnée ne paraissait pas contenir de modification substantielle, se limitant à transposer dans les textes ce qui se faisait déjà dans la pratique en matière d'arrêt de l'exécution provisoire. Le constat sans doute était précipité et n'avait pas, en tout cas, évalué tous les avantages et inconvénients que présentait la solution. Le but – à moitié avoué – était de soulager les cours, sous couleur d'une revalorisation du premier degré, « *et ainsi, pour parler en termes de flux judiciaire, on veut croire que, grâce à l'exécution provisoire et en ôtant au débiteur l'espoir de*

674 J.-J. Fanet, « Faut-il supprimer l'effet suspensif de l'appel ? », Gaz. Pal., 27 juillet 2002, p. 1201

675 C.P.C., art. 524

gagner du temps, on parviendra à endiguer l'hémorragie des recours qui encombrant inutilement les juridictions d'appel »⁶⁷⁶. Cela revenait pourtant à ne pas prévoir un engorgement de la juridiction du premier président corrélatif au désengorgement escompté de la juridiction d'appel : à l'image de vases communicants, la cour aurait déversé ses flux de justiciables sur la seule tête de son chef. Puisque la demande de mainlevée de l'exécution provisoire est admise, une exécution immédiate automatique n'aurait pu avoir pour effet qu'une inflation mécanique des référés, c'est-à-dire un gonflement du contentieux devant le premier président. Lorsqu'on sait que la jurisprudence a instauré pour ce cas un pourvoi-nullité⁶⁷⁷ en dépit de la lettre de l'article 525-2 du Code de procédure civile, il y a fort à parier que les procès en eussent été considérablement rallongés, sauf à abandonner cette voie de recours de nature prétorienne.

157. La suppression de l'effet suspensif ne ferait que déplacer le problème sans pour autant le résoudre. Il suffit d'observer les procédures dans lesquelles l'effet suspensif de l'appel a de fait disparu, et qui ont donné lieu à « *tout un contentieux parasite qui reflue en référé vers les premiers présidents* »⁶⁷⁸. Il s'agira donc d'agir en référé puis d'appeler au fond dans le cas où l'exécution provisoire serait arrêtée. Ainsi, « *au soupçon de l'appel dilatoire succédera le soupçon du référé "pour voir"* »⁶⁷⁹. Soudainement submergé par les demandes de mainlevée, le premier président – dont l'office ne se limite pas à l'examen des référés – n'aura d'autre choix que de les rejeter massivement. On aura donc bien allégé le flux de la cour d'appel, mais à quel prix ? La célérité de la justice n'est pas synonyme de justice expéditive !

Dans le meilleur des cas, le premier président examinera chaque demande. Cette situation, bien que souhaitable, n'est pourtant pas sans présenter de sérieuses difficultés : ne serait-ce que parce que le premier juge connaît mieux le dossier que le premier président, il est de loin plus légitime que le choix de l'exécution revienne au magistrat qui a rendu la décision. À défaut de moyens suffisants alloués au système judiciaire français, la possibilité d'un examen approfondi des affaires par la juridiction présidentielle serait largement tributaire de la physionomie des cours d'appel, et celles dont le ressort est plus étendu rencontreront nécessairement de plus grands obstacles. « *Alors on pourra entendre dire qu'il vaut mieux être jugé ici que là...* »⁶⁸⁰.

676 R. Perrot, « Les métamorphoses de l'exécution provisoire », in *De Code en Code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, op. cit., p. 611, spéc. p. 612, n° 2

677 Cass. plén., 2 novembre 1991, RTD civ. 1991, p. 169

678 R. Perrot, « Exécution provisoire : le problème de sa motivation », RTD civ. 1984, p. 566

679 J.-J. Fanet, loc. cit.

680 Ibid.

§ 2. L'arrêt de l'exécution provisoire

158. En plus des difficultés pressenties en cas de généralisation de l'exécution provisoire, il conviendrait d'établir les critères sur lesquels la juridiction présidentielle devra se fonder pour accéder à la demande de mainlevée ou pour la rejeter. Deux critères majeurs, alternatifs ou cumulatifs, seraient envisageables : le caractère sérieux de l'appel (A) et les conséquences manifestement excessives de l'exécution provisoire (B). Le second, de nature économique, ne changerait rien au droit positif où il est déjà connu alors que le premier, de nature juridique, permettrait de lutter efficacement contre les appels dilatoires. Il s'agit d'exutoires pour juguler les maux pouvant naître d'une exécution provisoire généralisée. Le législateur a aussi prévu en 2004 un critère dont la connotation est beaucoup plus processuelle : le cas de la violation de l'article 12 du Code de procédure civile (C).

A. Le caractère sérieux de l'appel, critère juridique

159. L'appréciation du caractère sérieux de l'appel – ou, dans une optique plus volontariste, de ses chances de succès, comme en droit allemand⁶⁸¹ – n'est pas sans soulever certaines difficultés. La nature juridique du critère implique nécessairement une opération de contrôle du droit. Quoique ce contrôle s'effectue *a minima*, il menace l'accès au juge et met en danger la garantie du double degré de juridiction. Le même problème se rencontre en matière d'aide juridictionnelle, qui peut être refusée au demandeur lorsque son action apparaît manifestement irrecevable ou infondée ou que ses moyens de cassation semblent peu sérieux⁶⁸². Ce pouvoir du bureau d'aide juridictionnelle a tous les aspects d'un pouvoir juridictionnel⁶⁸³, d'autant plus qu'il peut comporter une section chargée d'examiner les affaires portées devant la cour d'appel⁶⁸⁴. Le mécanisme a cependant été jugé conforme à la Convention européenne⁶⁸⁵ et à la Constitution française⁶⁸⁶.

681 Zivilprozessordnung, § 522 : « *Das Berufungsgericht soll die Berufung durch Beschluss unverzüglich zurückweisen, wenn es einstimmig davon überzeugt ist, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat.* »

682 Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, art. 7

683 Mais les bureaux d'aide juridictionnelle ne sont pas des juridictions : Cass., avis, 9 juillet 1993, n° 09-30.010, D. 1994, p. 137, note Laroche de Roussane

684 Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, art. 13

685 CEDH, 19 septembre 2000, *Gnahore c/ France*, n° 40031/98, D. 2001, p. 725, note Rolin – V. cependant CEDH, 30 juillet 1998, *Aerts c/ Belgique*, n° 25357/94, D. 1999, somm., p. 270, obs. Fricero

686 Cass. civ. 2, 21 juin 2012, QPC, n° 12-40.036, D. 2012, p. 1748 : « *Attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que le fait de réserver le bénéfice de l'aide juridictionnelle à la personne dont l'action n'apparaît pas, manifestement, irrecevable ou dénuée de fondement, d'une part, ne porte pas atteinte au principe d'égalité qui ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit et que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties des exigences constitutionnelles et, d'autre part, n'emporte pas d'atteinte substantielle au droit à un recours effectif dès lors que la personne à laquelle le bénéfice de l'aide juridictionnelle n'a pas été*

Il a été proposé d'insérer au texte permettant l'arrêt de l'exécution provisoire une disposition telle que : « *notamment si le caractère dilatoire de l'appel apparaît manifeste* ». Le mot *manifeste*, bien connu du droit⁶⁸⁷, désigne étymologiquement le fait de toucher quelque chose de sa main⁶⁸⁸, autrement dit qu'une réalité est palpable, qu'elle s'impose avec évidence, sans qu'il soit nécessaire d'en rapporter la preuve. Selon le dictionnaire du doyen Cornu ce qui est manifeste « *appelle et justifie incontestablement une intervention, une réaction* », « *se révèle de lui-même et de façon très visible* », est « *grave parce que nécessairement perceptible, grossier, flagrant* »⁶⁸⁹. Ainsi, un jugement injurieux à l'égard du justiciable serait manifestement – évidemment – voué à la censure⁶⁹⁰. De même, l'article 1579 du Code civil permet au tribunal de déroger à certaines règles si leur application devait conduire à un résultat manifestement contraire à l'équité. Pour apparaître manifeste, le caractère dilatoire de l'appel devrait donc être patent. Si aucune difficulté d'envergure ne surgit quand cette appréciation se fonde sur des éléments de fait – tel le comportement, peut-être belliciste ou irrévérencieux, de la partie condamnée – la situation est autrement plus délicate lorsqu'il revient au juge de prendre en compte les éléments de droit de la cause.

160. Le rejet de la demande de mainlevée ne fait certes pas échec à l'exercice de l'appel ; il n'en constitue pas moins un certain préjugement à chaque fois que le premier président aura considéré que les règles de droit offrent ou n'offrent pas à l'appelant une chance de voir réformer la décision. Il est quelquefois de toute évidence impossible, pour le juge, de se dispenser d'une appréciation du fond. En matière de protection judiciaire des majeurs, par exemple, « *constitue indéniablement une conséquence manifestement excessive la limitation de la liberté civile d'une personne ne présentant pas ou plus d'altération de ses facultés intellectuelles de nature à entraver l'expression de sa volonté, à l'empêcher de pourvoir seule à ses intérêts* »⁶⁹¹. Dans un tel domaine, où l'urgence est omniprésente, « *cette procédure doit être utilisée avec parcimonie et prudence, et dans des espèces*

accordé dispose d'une voie de recours contre la décision de refus de cette aide, conserve le droit d'agir devant une juridiction pour soutenir sa réclamation et, dans le cas où le juge a fait droit à son action, d'obtenir le remboursement des frais, dépens et honoraires qu'elle a exposés ou versés, à concurrence de l'aide juridictionnelle dont elle aurait bénéficié compte tenu de ses ressources. »

687 En droit pénal, par exemple, l'acte manifestement illégal est censé être reconnu comme tel par toute personne, y compris les non juristes.

688 De *manus* (main) et de *fendo* (pousser, toucher, se heurter à), que l'on retrouve dans les verbes *offendo* et *defendo*.

689 G. Cornu (dir.), *op. cit.*, p. 641, « manifeste »

690 Telle la célèbre affaire dite de la caravane : Cass. civ. 2, 14 septembre 2006, n° 04-20.524, D. 2007, chron., p. 899, obs. Vigneau ; JCP 2006, II, 10189, avis Kessous ; Procédures 2006, n° 227, obs. Perrot ; JCP 2006, actu., p. 537, obs. Terré : pour la Cour de cassation, les « *termes injurieux et manifestement incompatibles avec l'exigence d'impartialité* » constituaient une violation de l'art. 6 § 1 de la Convention européenne. La juridiction de proximité avait également refusé certaines attestations qu'elle considérait « *de pure et manifeste complaisance* », ce qui, pour la Haute juridiction, revenait à écarter des éléments de preuve par une pétition de principe, rupture de l'égalité des armes.

691 V. Montourcy, « Droit des majeurs vulnérables et arrêt de l'exécution provisoire », AJ fam. 2015, p. 46

où l'intéressé n'a manifestement plus besoin de la moindre mesure de protection judiciaire, ce qui est extrêmement rare en pratique »⁶⁹². Il est incontestable que la neutralisation, en référé ou au fond, d'une mesure de protection, ne saurait intervenir sans une observation de la situation factuelle et juridique en jeu.

L'ordonnance de référé n'ayant pas autorité de chose jugée au principal, la formation de jugement n'est certes pas liée pour statuer au fond, de même que l'impartialité objective est quant à elle pareillement sauvegardée. Il se peut toutefois que la cour soit, peu ou prou, influencée par la décision présidentielle relativement aux chances de succès de l'appel, bien plus qu'en l'état actuel du droit. En somme, à l'instar du *forum arresti*, l'examen de la question serait par trop lié au fond du droit. « *Le risque dénoncé est alors de voir s'installer une procédure d'appel très simplifiée où le premier président apprécierait la régularité ou le bien-fondé du jugement* »⁶⁹³, ce que la jurisprudence a pourtant toujours refusé⁶⁹⁴. Il faudrait en outre harmoniser cette appréciation avec la défense faite au premier président d'apprécier la recevabilité et le bien-fondé de l'appel⁶⁹⁵. Il ne serait pas souhaitable de briser la position de la Cour de cassation qui, en censurant un premier président qui avait voulu vérifier si l'appel n'était pas « *à l'évidence* » mal fondé, a ainsi refusé qu'on évalue au seuil de l'instance d'appel ses chances de succès⁶⁹⁶.

161. Dans le même ordre d'idées, une proposition plus nuancée consisterait, pour le premier président, à examiner le caractère sérieux des moyens d'appel, moins choquante que l'examen des chances de succès de l'appel : le danger du préjugement est ici écarté. On peut établir une comparaison avec la provision accordée au créancier présumé d'une obligation dont l'existence n'est pas sérieusement contestable⁶⁹⁷. Cette provision-là se fonde sur l'apparence et la

692 *Ibid.*

693 S. Vicente, « Arrêt de l'exécution provisoire et exigence d'un procès équitable : à la recherche d'un fondement à la résistance des formations présidentielles », D. 2001, p. 502 – V. aussi C. Loyer-Larher, « La réforme de l'exécution provisoire », Gaz. Pal. 1976, II, doct., p. 587, spéc. p. 591

694 Aix-en-Provence, 27 septembre 1976, JCP G 1977, II, 18668, obs. J. A. – Aix-en-Provence, 7 février 1983, Gaz. Pal. 1983, I, p. 331, note Dureuil ; RTD civ. 1983, p. 793, obs. Perrot – Saint-Denis de la Réunion, 12 juin 1990, Gaz. Pal. 1991, I, somm., p. 61 – Paris, 24 février 1976, Ann. propr. ind. 1976, p. 32, note Mathély : le premier président « *reste compétent même au cas où l'intimé prétend que l'appel est irrecevable ou nul, tant que l'irrecevabilité ou la nullité n'a pas été constatée* ». – Limoges, 2 juillet 1986, D. 1986, inf. rap., p. 380 – Paris, 6 août 1976, JCP G 1977, II, 18534, obs. J.-J. H.

695 Cass. civ. 3, 4 novembre 1987, n° 86-13.189

696 Cass. civ. 3, 4 novembre 1987, n° 86-13.189, précit. : « *Vu l'article 524 du nouveau Code de procédure civile ; Attendu que l'exécution provisoire ordonnée peut être arrêtée, en cas d'appel, par le premier président statuant en référé, si elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives ; Attendu que pour rejeter la demande de suspension de l'exécution provisoire de la décision ayant résilié le bail consenti par M. X... à M. Y... et ordonné l'expulsion de celui-ci, l'ordonnance énonce que le premier président doit vérifier si l'appel interjeté n'est pas à l'évidence irrecevable ou mal fondé et analysant les faits eu égard au texte applicable, retient que l'appel n'a aucune chance de succès ; Qu'en statuant ainsi le premier président a excédé ses pouvoirs.* »

697 C.P.C., art. 771.3, 776.4°, 809 al. 2, 849 al. 2, 873 al. 2, 894 al. 2, 944 – C. trav., art. R. 1454-14.2° et R. 1455-7 – C.S.S., art. R. 142-21-1 al. 3

vraisemblance. De même, reconnaître le sérieux des moyens d'appel ne conduit pas à se prononcer sur les possibilités de réformation, et encore moins sur la conformité du jugement aux règles de droit. Ce prudent mécanisme existe déjà dans d'autres procédures.

Par exemple, l'article L. 521-1 du Code de justice administrative concerne la saisine du juge des référés statuant en urgence. Le premier alinéa permet au magistrat d'ordonner la suspension de l'exécution d'une décision administrative « *lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision* ». La combinaison de ces deux exigences – une situation urgente et la probabilité d'une irrégularité de la décision – est propice à enrayer le risque d'un recours dilatoire tout en évitant les effets néfastes de l'exécution immédiate. Le second alinéa du même article renforce l'équilibre du dispositif en prescrivant qu'il soit statué au fond dans les meilleurs délais, le jugement au fond entraînant la fin de la suspension.

162. Le droit des faillites connaît un fonctionnement semblable : l'article R. 661-1 alinéa 3 du Code de commerce dispose que « *par dérogation aux dispositions de l'article 524 du code de procédure civile, le premier président de la cour d'appel, statuant en référé, ne peut arrêter l'exécution provisoire des décisions mentionnées aux deux premiers alinéas du présent article que lorsque les moyens à l'appui de l'appel paraissent sérieux* ». En droit commun, l'arrêt de l'exécution provisoire se fonde sur les conséquences manifestement excessives que celle-ci est susceptible d'entraîner⁶⁹⁸. Or, les jugements et ordonnances visés aux deux premiers alinéas de l'article R. 661-1 du Code de commerce présentent presque toujours des conséquences qui, bien qu'elles ne revêtent aucun caractère anormal, sont manifestement excessives : il s'agit, entre autres, des « *jugements et ordonnances rendus en matière de mandat ad hoc, de conciliation, de sauvegarde, de redressement judiciaire, de rétablissement professionnel et de liquidation judiciaire* ». Puisque le risque est inhérent à la décision, l'exécution par provision devrait donc, en application du droit commun, être systématiquement arrêtée, ce qui reviendrait à rétablir un effet suspensif absolu non prévu par la loi, et non moins contraire à sa lettre qu'à son esprit. En effet, l'article 328 alinéa 1^{er} du décret du 28 décembre 2005⁶⁹⁹ prévoit en matière de procédures collectives une exécution immédiate de plein droit. « *Cette solution est traditionnellement justifiée par l'urgence de prendre des mesures effectives de nature à préserver le patrimoine du débiteur ou, plus souvent aujourd'hui, à préserver l'emploi par la continuation de l'activité* »⁷⁰⁰. C'est donc en

698 C.P.C., art. 524

699 Décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 pris en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises

700 Ph. Hoonakker, « Dernières réformes de l'exécution provisoire. Raison et déraison. », D. 2006, chron., p. 754

raison de l'insuffisance de cette condition posée par l'article 524 du Code de procédure civile que l'article R. 661-1 alinéa 3 du Code de commerce exige cette autre condition du sérieux apparent des moyens d'appel, apte quant à elle à fournir un critère de distinction.

La Cour de cassation a clairement rappelé que la juridiction présidentielle devait considérer, en matière de procédures collectives, non pas les conséquences manifestement excessives, mais le sérieux des moyens d'appel⁷⁰¹. Malgré cela, les juridictions du fond peinent quelquefois à opérer le départ : d'une part, il est parfois fait droit à des demandes de mainlevée qui se limitent à souligner le caractère irréversible ou disproportionné de la mesure⁷⁰², voire son inutilité⁷⁰³, ce qui est plus contestable ; d'autre part, on est allé jusqu'à refuser l'arrêt de l'exécution alors même que les moyens paraissaient sérieux « *mais qu'il n'est pas manifeste qu'ils doivent nécessairement triompher devant la cour* »⁷⁰⁴. Le préjugement est notoire, car « *il n'est nullement obligatoire qu'il soit "manifeste" que l'appel doive nécessairement triompher ; qui peut pronostiquer à coup sûr les résultats d'une instance judiciaire ?* »⁷⁰⁵. Il semble donc hasardeux d'étendre au droit commun de la procédure civile cette règle propre au droit spécial des procédures collectives. De plus, on l'a déjà dit, de telles appréciations deviendraient impossibles face à la multiplication des référés à fin de sursis à exécution : le risque de préjugement pourrait céder la place au risque d'une systématisation aveugle.

B. Les conséquences manifestement excessives, critère économique

163. La forte teneur juridique de l'appréciation des chances de l'appel ou du sérieux des moyens de droit a conduit le législateur à ne pas ériger ces considérations en conditions d'arrêt de l'exécution provisoire. C'est donc le seul risque de conséquences manifestement excessives qui a été retenu. « *Ce risque s'appréciant exclusivement sur le terrain économique, toute appréciation juridique de la condamnation est exclue.* »⁷⁰⁶ Par ailleurs, ce terrain économique, parce qu'il est plus neutre par nature, permet une évaluation plus objective de la situation et fait échec à toute velléité de préjugement. Le critère existant déjà en droit positif, les remarques que nous allons faire peuvent être appliquées indifféremment à deux cas de figure : d'une part, elles peuvent être transposées au régime qui n'a pas été adopté d'une exécution immédiate absolue ; d'autre part, elles concernent la

701 Cass. com., 22 février 1994, Bull. civ. IV, n° 74, JCP G 1994, I, 3799, n° 2, obs. Pétel – Cass. com., 1^{er} février 2011, n° 10-10.161

702 Lyon, 3 juin 1986, D. 1987, somm., p. 6 – Amiens, 4 juillet 1986, Gaz. Pal. 1986, II, p. 644, note Marchi ; D. 1987, somm., p. 6

703 Paris, 1^{er} septembre 1987, Gaz. Pal. 1987, II, p. 734

704 Lyon, ord. prem. prés., 23 septembre 1988, *Sté anonyme Établ. Henri Feldmann c/. Sté anonyme Le Bourget et autres*, D. 1989, somm., p. 13, obs. Derrida

705 F. Derrida, note sous Lyon, ord. prem. prés., 23 septembre 1988, précit., D. 1989, somm., p. 13

706 Ph. Hoonakker, « L'exécution immédiate ou la protection renforcée du perdant », LPA, 11 décembre 2002, p. 13, n° 247

réalité quotidienne de nombreux justiciables.

Les conséquences manifestement excessives ne sont pas définies par la loi. Aussi un auteur a-t-il pu faire remarquer que « *l'addition d'un adverbe et d'un adjectif n'arrive pas à dissiper le brouillard enveloppant cette notion qui, à l'exemple des auberges espagnoles, paraît ne renfermer que ce que l'on veut bien y mettre* »⁷⁰⁷. La Cour de cassation, bien qu'elle ait été conduite à délimiter l'étendue du rôle et des pouvoirs du premier président⁷⁰⁸, n'exerce pas de contrôle sur le contenu de ce standard – « *formule passe-partout, sinon creuse* »⁷⁰⁹ – qui renvoie à une situation non pas juridique mais économique ou matérielle, donc une situation de fait. Dès lors, elle en abandonne l'estimation à l'appréciation souveraine du premier président, affirmée par une jurisprudence abondante et constante⁷¹⁰. L'exercice de cette appréciation souveraine dans une grande diversité de situations permet difficilement de dégager des paramètres précis pour déterminer si et quand les conséquences sont excessives, « *mais on peut faire confiance à la pratique journalière des tribunaux pour enrichir une liste aussi inépuisable que l'imagination d'un débiteur qui est décidé à ne pas payer* »⁷¹¹. Simplement, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a précisé que les conséquences manifestement excessives devaient être estimées au regard des facultés de paiement du *solvens* et de remboursement de l'*accipiens*⁷¹². Cette modeste indication, même si elle rappelle que l'appréciation souveraine n'est pas un pouvoir illimité, laisse une grande latitude aux juges du fond⁷¹³.

164. Les remarques que nous avons déjà faites sur l'étymologie du mot *manifestement* restent valables : le caractère excessif des conséquences doit être manifeste, c'est-à-dire évident.

707 E. du Rusquec, note sous Rennes, ord. prem. prés., 21 mars 1980, Gaz. Pal. 9-10 mai 1980, I, p. 303

708 Cass. plén., 2 novembre 1990, n° 90-12.698, JCP 1991, II, 21631, concl. Monnet, note Estoup ; RTD civ. 1991, p. 169, obs. Perrot ; JCP 1992, I, 3606, obs. Vray

709 P. Julien, « De l'arrêt de l'exécution provisoire à l'irrecevabilité de l'appel-nullité », note sous Aix-en-Provence, ord. prem. prés., 23 janvier 2004 et Paris, 4 février 2004, D. 2004, p. 1201

710 V. par ex. Cass. civ. 2, 11 juillet 1977, Bull. civ. II, n° 184, JCP G 1977, IV, 239 – Cass. civ. 2, 5 janvier 1978, Gaz. Pal. 1978, I, p. 149, note Viatte – Cass. civ. 2, 16 janvier 1980, RTD civ. 1980, p. 813, obs. Perrot – Cass. civ. 2, 18 avril 1980, Gaz. Pal. 1980, II, p. 490, note Viatte – Cass. civ. 3, 25 octobre 1983, Bull. civ. III, n° 199 – Cass. soc., 26 juin 1985, Gaz. Pal. 1985, II, somm., p. 348 – Cass. soc., 4 janvier 1979, Bull. civ. V, n° 6, JCP G 1979, IV, 79 – Cass. civ. 2, 19 janvier 1983, Gaz. Pal. 1983, I, pan. jur., p. 175, obs. Guinchard – Rennes, 21 mars 1980, Gaz. Pal. 1980, I, p. 303, obs. du Rusquec ; RTD civ. 1980, p. 813, obs. Perrot – Bordeaux, 12 mai 1980, Gaz. Pal. 1981, I, p. 265, note Rozier ; RTD civ. 1981, p. 695, obs. Perrot – Cass. civ. 2, 23 janvier 1985, JCP G 1985, IV, 12 – Cass. civ. 2, 29 mai 1991, Bull. civ. II, n° 169

711 R. Perrot, « Exécution provisoire : critères d'appréciation des conséquences manifestement excessives », RTD civ. 1991, p. 169

712 Cass. plén., 2 novembre 1990 n° 90-12.698, précit. – Cass. civ. 2, 13 mars 1996, n° 95-16.325, D. 1996, p. 351 – Cass. civ. 2, 5 juin 1996, n° 94-12.803, D. 1996, p. 351

713 Conformément aux dispositions de l'article 515-1 du Code de procédure pénale, lorsqu'un appel a été interjeté devant la chambre des appels correctionnels, le premier président statuant en référé peut arrêter l'exécution provisoire des dommages-intérêts alloués par le tribunal correctionnel statuant sur l'action civile si elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives. Curieusement, la notion a posé beaucoup moins de difficultés d'interprétation dans le procès pénal que dans le procès civil, mais s'agissant de la phase indemnitaire d'une procédure correctionnelle, il est normal que la pratique se réfère directement aux règles civilistes.

L'appréciation souveraine du premier président ne devrait donc pas requérir des investigations trop longues ou trop approfondies. Cependant, ces conséquences doivent être évaluées au regard de l'instance d'appel ainsi que de la possibilité – et non de la probabilité – d'une réformation, par nature inhérente à tout jugement querellé. Le premier président aura donc à se demander si l'éventuelle infirmation de la décision du premier juge ne risque pas de se trouver sans effet, du fait de l'exécution provisoire. Ainsi, « *il ne faut pas que l'exécution provisoire soit irréversible ; en cas de réformation ses effets doivent pouvoir être anéantis, si possible rétroactivement* »⁷¹⁴. En d'autres termes, est-on en présence de conséquences telles que l'exécution immédiate ferait échec à la solution du litige commandée par l'arrêt d'appel ? Les conséquences manifestement excessives peuvent donc être définies comme la difficulté, voire l'impossibilité, de rétablir une situation irrémédiablement bouleversée.

La jurisprudence est prolixe en exemples *manifestement* éloquents : il sera malaisé de rouvrir un commerce fermé⁷¹⁵, rebâtir un immeuble démoli⁷¹⁶, recouvrer des biens vendus aux enchères⁷¹⁷, laver l'opprobre résultant de la publication du jugement dans la presse⁷¹⁸, réintégrer un salarié licencié⁷¹⁹, réemployer des travailleurs réduits au chômage par une liquidation⁷²⁰, relancer une entreprise obérée par une cessation d'activité⁷²¹ ou dont la trésorerie a été ruinée par la condamnation à de lourdes sommes⁷²²... On peut enrichir la liste par des exemples plus délicats parce que plus personnels, tels que celui de l'expulsion⁷²³, surtout lorsqu'on sait que les lieux auront peut-être été reloués⁷²⁴, ou « *celui de l'attribution de la garde d'enfants mineurs, [où] l'exécution immédiate d'un jugement par la suite infirmé, peut avoir des conséquences extrêmement traumatisantes pour des jeunes enfants d'âge scolaire, ballottés entre leurs deux parents, gagnants* »

714 H. Croze, « L'exécution provisoire, bilan et perspectives. L'arrêt et l'aménagement de l'exécution provisoire. », *loc. cit.*

715 Cass. civ. 3, 23 mars 2005, Bull. civ. III, n° 72, Procédures 2005, comm., p. 129, obs. Perrot ; Dr. et proc. 2006, p. 88, obs. Hoonakker : résiliation d'un bail commercial et expulsion.

716 Paris, 20 mai 1985, Bull. avoués 1985, p. 93, n° 95 : démolition d'un pavillon

717 Cass. civ. 2, 18 juin 2009, n° 08-12.24

718 Paris, 21 janvier 1985, Bull. avoués 1985, p. 25, n° 93 – Paris, 4 février 1985, Bull. avoués 1985, p. 63, n° 94 – V. contra Paris, 4 mars 1985, Bull. avoués 1985, p. 26, n° 93

719 Nîmes, 25 mars 1983, Cah. prud'h. 1983, p. 51

720 Paris, 2 novembre 1988, Bull. avoués 1988, p. 162, n° 108

721 Paris, 19 mai 1982, Gaz. Pal. 1982, II, somm., p. 246

722 Paris, 6 mars 1985, Bull. avoués 1985, p. 63, n° 94 – Paris, pôle 1, ch. 5, 9 février 2011, n° 10/22982, Juris-Data n° 001643

723 Paris, 7 novembre 1984, Bull. avoués 1984, p. 135, n° 92 – Paris, 6 mars 1985, Bull. avoués 1985, p. 63, n° 94 – Paris, 22 et 31 juillet 1985, Bull. avoués 1985, p. 117, n° 96 – Paris, 24 juin et 5 juillet 1985, Bull. avoués 1985, p. 116 et 117, n° 96 – Paris, 13 juin 1991, Gaz. Pal. 1992, II, somm., p. 528 – La jurisprudence récente estime toutefois que l'expulsion n'est pas systématiquement de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives, d'autres éléments devant venir s'ajouter à la situation : Versailles, 24 mai 1989, Gaz. Pal. 1989, II, somm., p. 527 – Reims, 28 septembre 2011, n° 11/43-16, Juris-Data n° 027897 – Bastia, 26 juillet 2011, n° 11/00095, Juris-Data n° 021035

724 Cass. civ. 3, 23 mars 2005, Bull. civ. III, n° 72, Procédures 2005, comm., p. 129, obs. Perrot ; Dr. et proc. 2006, p. 88, obs. Hoonakker : en matière de bail, la Cour de cassation a exigé la réintégration dans les lieux alors que le bailleur avait loué à d'autres personnes après avoir gagné en première instance avec exécution provisoire.

*successifs du procès... »*⁷²⁵. Il s'agit donc de conséquences irréversibles ou particulièrement ardues à conjurer. Aucun préjugement n'est alors à dénoncer puisque le premier président ne prend pas en compte la possibilité de réformation *du* jugement *in concreto* mais la possibilité de réformation *des* jugements *in abstracto* : tant que la décision n'a pas été gravée dans le marbre d'une décision irrévocable, il est toujours à craindre que Thémis n'inverse ses balances. « *Au vu des risques encourus par chacune des parties, l'impératif qui devrait prévaloir est de garantir l'exécution effective de la décision finale, quelle qu'elle soit. Il importe donc de vérifier si la mise en œuvre de l'exécution provisoire risque de compromettre la réalisation des intérêts des parties tels qu'ils seront déterminés par les juges d'appel.* »⁷²⁶

165. Il convient de signaler une situation de nature à être de source de difficultés. En matière de divorce, l'article 1079 du Code de procédure civile interdit d'assortir la prestation compensatoire de l'exécution provisoire, sauf lorsque le divorce a acquis force de chose jugée. Dans ce dernier cas, elle peut être ordonnée si l'absence du versement de la prestation compensatoire aurait des conséquences manifestement excessives sur le créancier. La prescription de l'exécution provisoire est donc soumise dans la procédure de divorce à la même condition que celle de son arrêt en droit commun. Il se pourrait donc qu'un juge l'ordonne parce qu'il a constaté le risque de conséquences manifestement excessives pesant sur le créancier, mais que le premier président l'arrête parce qu'il est parvenu au même constat concernant le débiteur. « *Est-ce à dire que la juridiction du premier président serait une sorte de double degré de juridiction ?* »⁷²⁷ Cette disposition ne laisse donc pas de surprendre.

166. Ce n'est que lorsque les conséquences manifestement excessives sont évaluées à l'aune des règles de droit que la Cour de cassation se réveille pour revendiquer son rôle de juridiction régulatrice et pour faire rappeler que le référé devant la juridiction présidentielle n'est pas *stricto sensu* une voie de recours contre le jugement, ni même contre la décision d'exécution provisoire : la prise en compte des raisons pour lesquelles elle a été ordonnée est inutile, et l'appréciation de son opportunité ou de son bien fondé est exclue⁷²⁸, ces choses-là relevant de l'appréciation souveraine

725 J. Viatte, « Suppression du contrôle de l'exécution provisoire », Gaz. Pal., 28 mai 1974, doct., p. 463 – V. aussi Paris, 21 février 1983, Bull. avoués 1983, p. 93, n° 87-88, qui arrête l'exécution provisoire d'un jugement ordonnant la remise d'un enfant naturel à ses parents, en retenant le caractère excessivement cruel de la restitution de l'enfant par les parents en cas d'infirmité du jugement.

726 M. Thiberge, « L'exécution provisoire du jugement et l'équilibre des intérêts des parties », D. 2011, p. 610

727 Ph. Gerbay, « Prestation compensatoire et exécution provisoire (à propos du décret du 29 octobre 2004) », Gaz. Pal., 27 novembre 2004, p. 6, n° 332

728 Cass. civ. 2, 5 janvier 1978, n° 76-14.404 : en revanche, doit être cassée l'ordonnance d'un premier président qui considère que la recherche des conséquences manifestement excessives conduirait à connaître de l'opportunité de la décision prise par les premiers juges.

du premier juge⁷²⁹. Mais « *de toute évidence, cette voie de droit originale n'a pas toujours été très bien reçue dans la mesure où elle refusait aux chefs de cour toute appréhension sur la valeur du jugement* »⁷³⁰.

La justice a connu pendant longtemps une « *sourde résistance des premiers présidents* »⁷³¹, résolu à arrêter l'exécution provisoire de plein droit, à l'époque où cette dernière ne souffrait aucune contestation⁷³². « *Proche des justiciables, ils savent que la vie n'est pas dogmatisme, qu'elle épouse les nuances et les subtilités de toutes les situations humaines.* »⁷³³ Avant que le décret du 20 août 2004 ne leur donnât raison⁷³⁴, la Cour de cassation censurait systématiquement ces ordonnances présidentielles⁷³⁵ dans la mesure où « *il n'entre pas dans les pouvoirs d'un premier président de tenir en échec ce qui est voulu par la loi* »⁷³⁶. Cependant, l'exécution provisoire était de fait suspendue et la formation au fond – plus rapide que la Haute juridiction – avait heureusement eu le temps d'infirmer le jugement. « *Grâce à cette course de vitesse, l'illégalité aura été payante. Il y a quelques années, il était de bon ton de disserter sur le temps dans la procédure. On se trouve confronté ici à un cas où le temps rend dérisoire la prohibition de la loi, tellement il est facile de la*

729 Paris, 30 mars 1981, Bull. avoués, p. 33, n° 80 – Cass. civ. 2, 19 janvier 1983, Gaz. Pal. 1983, I, somm., p. 175, obs. Guinchard – Cass. civ. 3, 4 novembre 1987, JCP 88, IV, 12

730 R. Perrot, « Les métamorphoses de l'exécution provisoire », in *De Code en Code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, (dir.) *op. cit.*, p. 611, spéc. p. 615, n° 5

731 R. Perrot, « Exécution provisoire de droit : l'interdiction faite au premier président de suspendre l'exécution », note sous Cass. soc., 18 mai 2004, RTD civ. 2004, p. 556

732 V. par ex., Lyon 18 mai 1982, ord. prem. prés., Gaz. Pal., 24-26 juin 1982 : l'exécution provisoire de droit a ici été arrêtée par le premier président car il s'est aperçu que la décision était aberrante – V. aussi d'autres ordonnances présidentielles : Nîmes, 28 juin 1985, Gaz. Pal. 1986, somm., p. 458 – Versailles, 25 avril 1986, D. 1986, p. 521 note Estoup ; RTD civ. 1987, p. 151, obs. Perrot – Aix-en-Provence, 28 février 1983, D. 1984, somm., p. 241, obs. Julien – Lyon, 3 juin 1986, D. 1987, somm., p. 7, obs. Derrida – Saint-Denis de la Réunion, 12 juin 1990, Gaz. Pal. 1991, somm., p. 61 – Versailles, 11 mai 1990, Juris-Data n° 050334 – Montpellier, 29 octobre 1997, D. 1999, p. 380, note Bourdillat – Nancy, 6 novembre 1997, Gaz. Pal. 1998, somm. et notes, p. 233, n° 570, obs. Humbert – Lyon, 31 mars 1998, Gaz. Pal. 1999, somm. et notes, p. 755, n° 1870, obs. Vray

733 S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *op. cit.*, p. 953, n° 1394

734 Décret n° 2004-836 du 20 août 2004 portant réforme de la procédure civile

735 V. par ex. Cass. soc., 18 mai 2004, n° 02-19.167, inédit, RTD civ. 2004, p. 556, obs. Perrot – Cass. civ. 2, 9 novembre 2000, Juris-Data n° 006828 – Cass. soc., 28 juin 2001, Bull. civ. V, n° 237, JCP 2001, IV, 2582 – Cass. soc., 11 juin 2002, Juris-Data n° 014900 – Cass. soc., 17 février 2004, Juris-Data n° 022433 – Cass. civ. 2, 14 mars 1979, Bull. civ. II, n° 80, RTD civ. 1979, p. 836, obs. Perrot – Cass. soc., 7 janvier 1998, Bull. civ. V, n° 3, D. 1998, inf. rap., p. 38 – Cass. civ. 2, 13 janvier 2000, n° 99-13.265, RTD civ. 2000, p. 400, obs. Perrot ; JCP 2000, II, 1043, note Jacotot – Cass. soc., 13 juin 2001, n° 00-41.318, inédit – Cass. soc., 28 juin 2001, n° 99-43.831, TPS 2001, comm., n° 352, obs. Boubli – Cass. civ. 2, 14 mars 1979, Bull. civ. II, n° 80 ; RTD civ. 1979, p. 836, obs. Perrot – Cass. civ. 2, 17 juin 1987, Bull. civ. II, n° 130 ; D. 1987, somm., p. 359, obs. Julien ; Gaz. Pal. 1988, I, somm., p. 36, obs. Croze et Morel – Cass. civ. 2, 5 mai 1993, Bull. civ. II, n° 163 ; D. 1993, inf. rap., p. 137 – Cass. civ. 2, 4 juin 1993, Bull. civ. II, n° 194 – Cass. civ. 2, 13 janvier 2000, D. 2000, inf. rap., p. 36 ; JCP G 2000, IV, 1326 – Cass. civ. 3, 20 mai 1985, Gaz. Pal. 1985, II, somm., p. 360, obs. Guinchard et Moussa – Cass. soc., 7 janvier 1998, Bull. civ. V, n° 3 ; D. 1998, inf. rap., p. 38 – Cass. civ. 2, 17 juin 1987, Bull. civ. II, n° 143 ; Gaz. Pal. 1988, I, somm., p. 36, obs. Croze et Morel ; D. 1987, somm., p. 359, obs. Julien ; JCP 1987, IV, n° 295 ; RTD civ. 1988, p. 184, n° 9, obs. Perrot – Cass. soc., 20 mai 1985, Bull. civ. V, n° 83 – Cass. soc., 12 novembre 1997, Bull. civ. V, n° 374 – Cass. soc., 13 juillet 1999, Procédures 1999, n° 272, obs. Sportouch – Cass. soc., 13 juin 2001, TPS 2001, comm., n° 352, obs. Boubli – Cass. soc., 28 juin 2001, Bull. civ. V, n° 237, TPS, *ibid.* – Cass. civ. 2, 17 juin 1987, (deux arrêts), Bull. civ. II, n° 130 et 131 ; D. 1987, somm., p. 359, obs. Julien ; RTD civ. 1988, p. 184, obs. Perrot

736 R. Perrot, *loc. cit.*

*contourner pourvu que l'on se résigne à l'ignorer. »*⁷³⁷

167. L'entêtement de la Cour de cassation pouvait paraître absurde lorsque le délégué du premier président de la cour d'appel de Paris – croyant sans doute bien faire en obtempérant – s'obstinait à conserver son caractère exécutoire de droit à un jugement extravagant dont les motifs déboutaient et le dispositif indemnisait la même personne demanderesse⁷³⁸. « *Qu'un jugement aussi ahurissant que celui d'Évry doive être exécuté et que son exécution ne puisse être arrêtée, cela est choquant et heurte le bon sens.* »⁷³⁹

Force est d'ailleurs de constater que toutes ces ordonnances apparemment vouées à la censure se distinguaient surtout par leurs incursions sur le terrain des règles de fond. Puisqu'il était notoire que les effets de l'exécution seraient par la suite effacés, les excès résidaient dans la seule difficulté prévisible à rétablir ultérieurement le *statu quo ante*. En effet, cette prise de pouvoir des premiers présidents se justifiait par la nécessité d'arrêter l'exécution de décisions promises à une infirmation certaine. En somme, « *une première irrégularité en appelle une seconde* »⁷⁴⁰. Le grief du préjugement était contourné, voire écarté, par la considération de l'erreur de droit grossière ou de la violation flagrante de la loi venant entacher le jugement. « *Il est facile de le comprendre : si le vice est tel que l'on se trouve en présence d'une parodie de jugement, son exécution provisoire, fût-elle de droit, manque de fondement, car on n'exécute pas le néant.* »⁷⁴¹ Il est difficile, en revanche, pour un juriste, et *a fortiori* pour un magistrat, de se soustraire à la répugnance spontanée inspirée par un jugement qui n'en a que le nom. « *Ne serait-il pas "manifestement excessif" de contraindre une partie à exécuter tout de suite une condamnation dont on sait pertinemment qu'elle sera annulée ou réformée ?* »⁷⁴²

168. Cette analyse a été explorée par la doctrine⁷⁴³, au regard notamment de l'office du juge : la violation aberrante d'une règle de droit essentielle – par exemple un des grands principes directeurs du procès – ôterait au jugement son caractère juridictionnel, au sens étymologique de diction du droit. S'il n'y a pas eu de procès équitable ou si le juge a fait fi des règles de droit, le jugement n'en

⁷³⁷ *Ibid.*

⁷³⁸ Paris, ord. prem. prés., 22 novembre 2000, D. 2001, p. 881, obs. Julien

⁷³⁹ P. Julien, « L'arrêt de l'exécution provisoire de droit d'une décision radicalement nulle est impossible. Problèmes. », note sous Paris, ord. prem. prés., 22 novembre 2000, D. 2001, p. 881

⁷⁴⁰ R. Perrot, « Exécution provisoire de droit : peut-elle être arrêtée par le premier président ? », RTD civ. 1990, p. 562

⁷⁴¹ R. Perrot, « Exécution provisoire de droit : toute condamnation à provision est, par sa nature même, exécutoire de plein droit à titre provisoire », RTD civ. 2000, p. 400

⁷⁴² R. Perrot, « Exécution provisoire. Suspension des "conséquences manifestement excessives" : contenu de cette notion et évolution du recours de l'art. 524 nouv. c. pr. civ. », RTD civ. 1982, p. 658

⁷⁴³ S. Vicente, « Arrêt de l'exécution provisoire et exigence d'un procès équitable : à la recherche d'un fondement à la résistance des formations présidentielles », D. 2001, p. 502

est pas véritablement un. En vertu de la règle *Quod nullum est nullum producit effectum*, il ne saurait avoir de force obligatoire. Le premier président se limite alors à relever l'absence de jugement et en tire la conclusion qu'il faut nécessairement arrêter l'exécution provisoire. Son ordonnance a moins un caractère décisif que déclaratif. L'analyse pêche quelque peu par ses excès, car l'inexistence n'est pas identique à la nullité ou au mal jugé⁷⁴⁴. Malgré tout, elle a le mérite de donner une clef de lecture satisfaisante pour comprendre la démarche de premiers présidents qui ne pouvaient se résoudre à laisser prospérer l'exécution d'une décision qu'on aura oubliée incessamment. « *Au terme de cette escalade, c'est l'idée même d'un recours qui se trouve réhabilitée.* »⁷⁴⁵

En somme, ce n'est pas trahir la lettre ni l'esprit de l'article 524 du Code de procédure civile que de considérer que les conséquences sont manifestement excessives lorsqu'il apparaît que le jugement sera à coup sûr réformé. « *Mais le référé devant le premier président change alors de registre dans la mesure où, pour les besoins de la décision qui doit être prise, s'insinue l'idée d'un contrôle anticipé sur l'œuvre juridictionnelle du premier juge.* »⁷⁴⁶ Pour ne pas prêter le flanc à la critique, plusieurs ordonnances présidentielles avaient pris soin de préciser qu'elles n'empiétaient pas sur le rôle de la formation de jugement au fond. Derrière ces précautions de rédaction, se dissimulait précisément la conscience pour ces premiers présidents de s'être, en quelque sorte, constitués juges d'appel du jugement entrepris, « *lorsqu'ils estiment que les erreurs du premier juge sont trop flagrantes pour que le justiciable ait à faire les frais de l'automatisme de l'exécution provisoire* »⁷⁴⁷.

Dans tous ces cas, l'arrêt de l'exécution provisoire ne s'appuyait sur « *aucune argumentation juridique précise* »⁷⁴⁸, ce qui peut-être eût été de nature à éviter la cassation. L'une des ordonnances présidentielles a fait référence à l'article 6 § 1 de la Convention EDH⁷⁴⁹, « *car*

744 V. cependant Cass. civ. 1, 8 mars 1977, Bull. civ. I, n° 122 : la demande en nullité d'une donation déguisée tend aux mêmes fins que la demande d'inexistence de la convention, à savoir l'anéantissement du droit résultant pour l'autre partie de l'acte apparent.

745 R. Perrot, « Exécution provisoire. Suspension par le premier président : peut-il prendre en considération les risques de réformation ou d'annulation du jugement ? », RTD civ. 1980, p. 813

746 *Ibid.*

747 E. Bonnet, note sous Dijon, ord. prem. prés., 26 août 2003, Gaz. Pal., 21 octobre 2003, p. 32, n° 294

748 Ph. Hoonakker, « L'exécution provisoire de droit et la Constitution : de l'illégalité partielle à l'application générale de l'article 524 du nouveau Code de procédure civile », Dr. et proc., Rev. huiss. 2002, p. 77

749 Lyon, ord. prem. prés., 24 juillet 2002, *Sté Adrexo*, Dr. et proc. 2003, p. 95, obs. Fricero ; Procédures 2003, n° 18, obs. Laporte : « *Attendu que l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement ; Attendu que ce texte, qui l'emporte sur les dispositions de l'article 524 du Nouveau Code de procédure civile, implique un débat effectivement contradictoire ; qu'il est violé lorsque la décision prise sans débat contradictoire est exécutoire, même si cette décision peut faire l'objet d'un recours ; (...)* Attendu qu'il est ainsi établi que les premiers juges ont relevé d'office la nullité des licenciements et se sont prononcés *ultra petita* sur ses conséquences, sans inviter les parties et, en particulier, la société *Adrexo* qu'ils allaient condamner, à présenter préalablement leurs observations ; qu'ils ont, ce faisant, porté gravement atteinte au principe du contradictoire, d'autant qu'ils ont ordonné l'exécution provisoire de leur décision, cette exécution portant évidemment sur la partie non exécutoire de

pour passer outre à ces dispositions bien restrictives du droit français, il fallait viser un échelon supérieur »⁷⁵⁰. S'agissant d'une matière réglementaire, le juge civil ne pouvait dénoncer son illégalité⁷⁵¹, mais il lui eût été loisible de surseoir à statuer en renvoyant les parties à saisir le juge administratif de cette question préjudicielle⁷⁵². Possiblement, le Conseil d'État, compétent au titre de l'article 311-2.1° du Code de justice administrative aurait annulé *erga omnes*⁷⁵³ une partie de l'article 524. Quant à son inconstitutionnalité, chacun sait qu'un tel contrôle est fermé au juge judiciaire⁷⁵⁴ comme au juge administratif⁷⁵⁵ : la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne se révélait donc hélas d'aucun secours, alors même qu'elle avait en 1976 intégré les droits de la défense au bloc de constitutionnalité en les élevant au rang de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République⁷⁵⁶ et, en 1987, « *fait de la possibilité de demander le sursis à exécution un élément – essentiel – des droits de la défense* »⁷⁵⁷. Cette dernière décision⁷⁵⁸ censurait comme inconstitutionnelle une ordonnance qui, en transférant du Conseil d'État à la cour d'appel de Paris les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence, maintenait le caractère non suspensif du recours mais supprimait toute possibilité d'obtenir le sursis à exécution, quels que fussent la gravité générée par l'exécution provisoire et le sérieux des moyens invoqués contre la décision

plein droit ; que refuser dans ces conditions à la société Adrexo l'arrêt de l'exécution provisoire, qu'elle soit de droit ou ordonnée, aux motifs que l'article 524 du Nouveau Code de procédure civile interdit l'arrêt de l'exécution provisoire de droit et subordonne l'arrêt de l'exécution provisoire ordonnée à certaines conditions, la priverait de son droit à un procès équitable que ne pourrait lui garantir efficacement l'appel non suspensif et violerait dès lors la norme supérieure que constitue l'article 6-1 de la Convention européenne susvisée ; qu'en conséquence, l'exécution provisoire du jugement en question doit être arrêtée dans sa totalité ».

750 C. Laporte, « Arrêt de l'exécution provisoire », note sous Lyon, ord. prem. prés., 24 juillet 2002, *Sté Adrexo*, Procédures 2003, n° 18

751 T. conflits, 16 juin 1923, arrêt *Septfonds*, Rec. Lebon, n° 00732

752 Depuis le décret n° 2015-233 du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles, l'article 49 al. 2 du Code de procédure civile permet à la juridiction judiciaire initialement saisie de transmettre elle-même la question préjudicielle à la juridiction administrative compétente.

753 Cass. crim., 4 décembre 1930, DP 1931, I, 33, note Appleton – Cass. civ. 1, 19 juin 1985, D. 1985, p. 426 rapport et note Sargos – Cass. soc., 18 juin 1986, Bull. civ. V, n° 316 – Cass. soc., 7 décembre 1993, JCP G 1994, II, 22245, note Waquet – V. contra Cass. soc., 30 janvier 1969, Bull. civ. V, n° 70 – Cass. com., 26 avril 2000, n° 97-16.953 ; D. aff. 2000, p. 247, n° 20 ; JCP E 2000, p. 1565, obs. Pétel ; Procédures 2000, comm. n° 166, obs. Laporte : la déclaration d'illégalité d'un texte réglementaire par le juge administratif, même décidée à l'occasion d'une autre instance, s'impose au juge civil qui ne peut plus faire application de ce texte illégal ; il en résulte que l'article 173 du décret du 27 décembre 1985, déclaré illégal par le Conseil d'État le 9 février 2000, ne peut être invoqué pour faire obstacle à une voie d'exécution sur les sommes versées à la Caisse des dépôts et consignations.

754 Cass. crim., 11 mai 1833, *Paulin*, S. 1833, I, p. 357 : « *Attendu que la loi du 8 octobre [1830], délibérée et promulguée dans les formes constitutionnelles prescrites par la Charte, fait la règle des tribunaux et ne peut être attaquée devant eux pour cause d'inconstitutionnalité.* » – Cass. civ. 2, 20 décembre 1956, Bull. civ. II, n° 714 : l'exception d'inconstitutionnalité d'une loi « *ne peut être portée devant les tribunaux de l'ordre judiciaire* ».

755 C.E., section, 6 novembre 1936, *Sieur Arrighi*, Rec., p. 966 ; D. 1938, III, p. 1, concl. Latournerie et note Eisenmann : « *Considérant qu'en l'état actuel du droit public français, ce moyen [tiré de la prétendue inconstitutionnalité de la loi] n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'État statuant au contentieux.* »

756 Cons. constit., déc. n° 76-70 du 2 décembre 1976, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail* – Cass. plén., 30 juin 1995, n° 94-20.302 : « *la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel.* »

757 F. Luchaire, note sous Cons. constit., déc. n° 86-224 du 23 janvier 1987, D. 1988, p. 117

758 Cons. constit., déc. n° 86-224 du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, D. 1988, p. 117, note Luchaire

qu'elle accompagnait. « *Le Conseil a alors vu dans cette suppression une atteinte aux droits de la défense et il a déclaré non conforme à la Constitution la loi soumise à son examen.* »⁷⁵⁹ Finalement, on voulait vaille que vaille « *éviter ces situations choquantes, unanimement dénoncées, où des décisions manifestement nulles ou mal fondées doivent être exécutées* »⁷⁶⁰. Mais sans assise juridique, quel édifice juridictionnel peut se maintenir ?

C. La violation de l'article 12 du Code de procédure civile, critère processuel

169. Lors d'un colloque tenu à la Cour de cassation en juin 2002, Monsieur Croze avait déclaré que « *l'abondance du contentieux, la résistance des premiers présidents à la réaffirmation des principes par la Cour de cassation sont le signe d'une inadaptation des textes* »⁷⁶¹. Cette fronde des juges du fond, à défaut de faire plier la Cour de cassation, a fini par faire entendre raison au législateur. Le décret du 20 août 2004 a modifié l'article 524 en y insérant un sixième alinéa aux termes duquel « *le premier président peut arrêter l'exécution provisoire de droit en cas de violation manifeste du principe du contradictoire ou de l'article 12 et lorsque l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives* ». Il faut saluer cette réforme, car « *il y a quelque chose de choquant dans l'automaticité de l'exécution de droit et il est souhaitable que le juge puisse toujours arrêter l'exécution d'une décision scandaleuse* »⁷⁶². Il est heureux que le bafouement d'un grand principe du procès civil soit immédiatement privé d'effet, *a fortiori* s'il s'agit du principe du contradictoire, « *puisqu'il exprime l'essence même de la Justice dans le déroulement du procès* »⁷⁶³ pour reprendre les mots de Motulsky. On ne saurait pourtant éprouver une joie sans mélange face à cette réforme.

D'une part, on aurait pu censurer la violation manifeste des droits de la défense *lato sensu*, dont le principe du contradictoire n'est qu'un aspect⁷⁶⁴, sa référence explicite excluant les autres principes de cet ensemble. Ainsi, l'absence de motivation du jugement exigée par l'article 455 du Code de procédure civile n'est pas de nature à justifier l'arrêt de l'exécution provisoire, alors même qu'elle méconnaît les droits de la défense et qu'elle est d'ordre public⁷⁶⁵. Il est d'ailleurs aberrant

759 F. Luchaire, *loc. cit.*

760 Ph. Hoonakker, « L'exécution immédiate ou la protection renforcée du perdant », *loc. cit.*

761 H. Croze, « L'exécution provisoire, bilan et perspectives. L'arrêt et l'aménagement de l'exécution provisoire. », *loc. cit.*

762 *Ibid.*

763 H. Motulsky, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », D. 1964, p. 235 et s., in *Écrits, études et notes de procédure civile, op. cit.*, p. 109, n° 12

764 H. Motulsky, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle. Le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 2, Droit privé, propriété industrielle, littéraire et artistique, Dalloz-Sirey, 1961, p. 175 et s., et in *Écrits, études et notes de procédure civile, op. cit.*, p. 60 – G. Wiederkehr, « Droits de la défense et procédure civile », D. 1978, chron., p. 36

765 Cass. civ. 2, 15 octobre 2009, n° 08-15.489, Procédures 2009, comm. 388, obs. Perrot ; Dr. et proc., février 2010, note Hoonakker

que les droits de la défense, pourtant dotés d'une valeur constitutionnelle, fassent en l'occurrence l'objet d'une aussi timide protection, au point de pouvoir être si facilement violés. On se rappellera pourtant une disposition relative à la procédure devant le juge des tutelles qui n'avait duré qu'une année en raison d'un transfert de compétence : l'article 1232 du Code de procédure civile permettait au président du tribunal de grande instance d'arrêter l'exécution provisoire judiciaire soit à cause du risque de conséquences manifestement excessives soit en cas de violation manifeste des dispositions de l'article 432 du Code civil, qui garantit les droits de la défense dans les mesures judiciaires de protection des majeurs⁷⁶⁶. L'abrogation de ce texte consécutive au transfert de compétence des pouvoirs du président du tribunal de grande instance vers le premier président de la cour d'appel a nécessairement assujéti le recours aux conditions générales de l'article 524 du Code de procédure civile.

D'autre part, la référence inopinée à l'article 12 du Code de procédure civile laisse quelque peu dubitatif, voire perplexe. En effet, ce texte détermine l'office du juge en lui enjoignant de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ; il contient aussi d'autres dispositions relatives à la qualification. Pour plusieurs raisons, « *cette référence à l'article 12 est malvenue* »⁷⁶⁷. À l'instar de tous les articles figurant dans les premières pages des codes – si les codes étaient des traités, ces articles en constitueraient l'introduction –, ce texte contient un principe général. Sa portée n'est pas technique, mais théorique. Sa raison d'être n'est pas d'apporter une solution concrète à un type de problème donné, mais d'orienter les procès civils appelés à être tranchés par nos juridictions. « *Par là on perçoit la vraie nature de l'article 12 : il n'est pas une règle de droit permettant de régler le litige ; il édicte les normes de comportement que doit suivre le juge. (...) Finalement l'article 12 a la même fonction qu'une règle de conflit en droit international privé : il n'édicte pas une règle permettant de trancher le litige, il dit quelles règles appliquer. Il est ce qu'on pourrait appeler une "méta-règle", une règle qui en a pour objet une autre.* »⁷⁶⁸ Il n'est pas anodin que l'article 12 ait même servi de règle de conflit de lois et que des décisions de droit international privé aient été rendues à son visa⁷⁶⁹. De ce fait, il apparaît

766 La rédaction de l'article 1232 du Code de procédure civile a été modifiée par le décret n° 2008-1276 du 5 décembre 2008 relatif à la protection juridique des mineurs et des majeurs et modifiant le Code de procédure civile, avant que le texte ne soit abrogé par le décret n° 2009-1628 du 23 décembre 2009 relatif à l'appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille et modifiant diverses dispositions concernant la protection juridique des mineurs et des majeurs. Abrogation « *qui est parfaitement logique pour l'alinéa 2 dès lors que les recours sont transférés à la cour d'appel : l'arrêt de l'exécution provisoire relèverait alors des dispositions de la compétence de droit commun du premier président* » (T. Verheyde, « Appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille. – À propos du décret du 23 décembre 2009. », JCP G 2010, n° 39).

767 R. Perrot, « Violation manifeste de l'article 12 du Code de procédure civile », note sous Cass. civ. 2, 15 octobre 2009, précit., Procédures 2009, p. 388

768 H. Croze, « Conditions de l'arrêt de l'exécution provisoire de droit : la vraie nature de l'article 12 CPC », note sous Cass. soc., 18 décembre 2007, n° 06-44.548, JCP G 2008, II, 10030

769 Cass. civ. 11 et 18 octobre 1988, *Rebouh et Schule*, Rev.crit. DIP 1989, p. 368, chron. Lequette

évident qu'un texte à forte coloration doctrinale risque bien moins de simplifier que de ralentir – ne serait-ce qu'en raison de ses inépuisables difficultés d'interprétation – le fonctionnement d'un mécanisme aussi concret que celui de l'article 524 du Code de procédure civile.

170. La doctrine a beaucoup – et souvent très bien – disserté sur ce que pourrait être une violation manifeste de l'article 12. Cette disposition ne semblait poser *prima facie* aucune difficulté d'interprétation, et l'on a pu considérer que « *le moyen invoqué doit consister en une violation manifeste d'une règle de droit, c'est-à-dire une violation grossière, évidente, qui ne prête pas le flanc à la discussion ou à l'interrogation* »⁷⁷⁰. Prenant acte de ce que le premier alinéa prescrit au juge de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, d'aucuns ont naturellement considéré « *que le législateur ait voulu autoriser le premier président à sanctionner une violation manifeste de la loi. Mais cette observation pose bien plus de questions qu'elle n'en résout* »⁷⁷¹. Cette disposition semblait ne concerner que le fond du litige et non les règles de procédure ; autrement, l'article 524 *in fine* ne ferait pas référence au principe du contradictoire, qui eût été inclus dans le renvoi à l'article 12. De plus, le premier alinéa de l'article 12 parle de *litige* et non de *procès* : il devrait donc bien s'agir de la situation juridique en souffrance qui préexistait à la saisine du juge. Du reste, les autres alinéas ne laissent aucun doute sur l'identité des règles de droit concernées : la qualification des faits et actes litigieux, l'accord exprès sur les droits disponibles, la mission d'amiable compositeur conférée au juge, ne laissent entrevoir aucune référence aux règles procédurales ou processuelles. Visiblement, l'article 524 devrait permettre au premier président d'ordonner le sursis à exécution en cas de conséquences manifestement excessives et – car les conditions sont cumulatives – en cas de violation flagrante de la contradiction ou d'erreur grossière au fond.

Cette lecture, quoique fidèle à la lettre des textes, n'en laissait pas moins de susciter quelques craintes en raison de la difficulté d'interprétation posée par le renvoi à l'article 12. On a redouté que « *la généralité de ce texte oblige le premier président à reprendre l'affaire dans son ensemble et sous tous ses aspects, y compris sur des points qui touchent à l'interprétation de la loi ou à la qualification des actes, toutes questions qui sont peut être discutables, mais dont l'appréciation relève normalement de la cour en formation collégiale.* »⁷⁷² La sanction de la violation manifeste de l'article 12 viendrait blâmer une méconnaissance du droit qui doit sauter aux yeux du chef de cour mais, en réalité, la frontière est flottante qui sépare ce qui est évident et ce qui exige un examen plus profond du dossier. Cette frontière ne risque-t-elle pas de se déplacer au gré

770 Ph. Hoonakker, « L'arrêt de l'exécution provisoire de droit enfin consacré par le législateur ! », D. 2004, p. 2314

771 *Ibid.*

772 R. Perrot, « Exécution provisoire de droit : les conditions requises pour arrêter l'exécution », RTD civ. 2005, p. 453

du temps dont dispose le premier président et, éventuellement, de sa connaissance plus ou moins étendue de la matière en cause ? Peut-être est-il plus facile et plus rapide de saisir une erreur manifeste dans certaines branches du droit moins complexes que d'autres ou dans certains contentieux moins spécialisés.

171. L'article 524 permet au premier président d'arrêter l'exécution judiciaire en tenant compte des seules conséquences manifestement excessives et adjoint à ce paramètre économique un critère juridique en matière d'exécution légale. Or, « *c'est cette référence à l'article 12 du Code de procédure civile qui fait problème. Elle est en effet révélatrice d'un changement d'orientation. En visant ce texte pour en faire la condition d'ouverture d'une voie de droit destinée uniquement à suspendre l'exécution d'un jugement et non point à le réformer, le législateur a ouvert une boîte de Pandore qui risque d'aboutir à un mélange des genres. À partir du moment où le chef de cour se doit de relever un manquement du juge à l'obligation de l'article 12 du Code de procédure civile, c'est bel et bien le fond du droit qui est sur la sellette. Et les dérives sont alors difficilement maîtrisables* »⁷⁷³. Il est éminemment légitime de renforcer les exigences de risques lorsque l'exécution est attachée par la loi à la nature même de l'affaire – d'où le caractère cumulatif des conditions⁷⁷⁴ – mais on peut s'interroger sur le procédé utilisé par le législateur, et « *il est à craindre que cette référence malencontreuse ne devienne à son tour une source de contentieux* »⁷⁷⁵.

Initialement, « *la généralité des termes employés pouvait laisser craindre l'octroi de pouvoirs excessifs au premier président, risquant à la fois de restreindre la place de l'exécution provisoire de droit et de déplacer une partie du contentieux d'appel devant ce magistrat* »⁷⁷⁶. C'était sans compter sur la Cour de cassation, qui s'est empressée de faire échec à toute tentative de préjugement au moyen d'une interprétation particulièrement restrictive de cette « *création maladroite* »⁷⁷⁷ qu'est la combinaison des articles 12 et 524. La Chambre sociale⁷⁷⁸, suivie par la

773 R. Perrot, « Les métamorphoses de l'exécution provisoire », in *De Code en Code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, op. cit., p. 611, spéc. p. 616, n° 7

774 Cass. soc., 13 septembre 2012, RD. banc. fin. 2012, n° 192, obs. Piedelièvre ; JCP S 2012, p. 192, note Brissy ; Gaz. Pal. 8 décembre 2012, p. 45, note Herman ; Procédures 2012, n° 329, note Bugada ; RDT 2012, p. 528 – Paris, 6 février 2013, D. avocats 2013, p. 123. : l'art. 524 du C.P.C. dispose que le premier président peut arrêter l'exécution provisoire de droit en cas de violation manifeste du principe du contradictoire ou de l'art. 12 C.P.C. et lorsque l'exécution risque d'avoir des conséquences manifestement excessives. Dès lors, doit être cassée l'ordonnance du premier président qui, pour suspendre l'exécution provisoire, relève une violation du principe du contradictoire sans constater, également, les conséquences manifestement excessives qu'une telle exécution risquerait d'avoir.

775 R. Perrot et H. Croze, « Commentaire du décret n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile », Procédures, octobre 2004, n° 10, étude 13

776 F. Guiomard, « Suspension de l'exécution provisoire de droit des décisions prud'homales : une saine prudence de la Cour de cassation », Rev. trav. 2008, p. 121

777 L. Cadiet, « Droit judiciaire privé » (chron. jurispr.), JCP G 2007, I, 200

778 Cass. soc., 18 décembre 2007, n° 06-44.548, D. 2008, p. 165, obs. Maillard ; JCP 2008, II, 10030, note Croze ; JCP 2008, I, 138, obs. Amrani-Mekki ; Gaz. Pal. 11-12 janvier 2008, p. 1, communiqué ; Dr. et proc. 2008, p. 149, note

deuxième Chambre civile⁷⁷⁹, a en effet jugé au visa de ces deux textes du Code de procédure civile « *que l'erreur commise par un juge dans l'application ou l'interprétation d'une règle de droit ne constitue pas une violation manifeste de l'article 12 du code précité, au sens de l'article 524 du même code* », autrement dit que la violation de l'obligation d'appliquer une règle de droit ne se confond pas avec la violation de cette dernière. Il faut avoir un esprit bien aiguisé et rompu à la pratique des subtilités doctrinales pour ne pas affirmer que c'est là jouer sur les mots.

172. Le communiqué de la Cour de cassation relatif à l'arrêt de la Chambre sociale ne donne que des indications évasives. On peut y lire que « *si la plupart des premiers présidents des cours d'appel ont considéré que l'article 524 ne leur conférait le pouvoir de suspendre l'exécution provisoire de droit que dans l'hypothèse où le juge du premier degré avait commis un manquement manifeste à sa fonction telle que définie par l'article 12, d'autres, au contraire, adoptant une interprétation plus large, ont estimé que ce texte leur conférait le pouvoir de suspendre l'exécution d'une décision qu'ils estimaient entachée d'une erreur de droit* ». Le communiqué précise que cette dernière analyse n'a pas été retenue par la Chambre sociale mais parle d'une erreur *éventuelle* et non pas *manifeste*. Une lecture attentive de l'arrêt permet toutefois d'écarter les doutes : si la violation de l'article 12 devait s'entendre d'une erreur grossière au fond, l'ordonnance présidentielle eût été censurée pour n'avoir pas assez solidement constaté le caractère manifeste de l'erreur de droit. L'attendu de principe dissipe toute ambiguïté quand il énonce « *que l'erreur commise par un juge dans l'application ou l'interprétation d'une règle de droit ne constitue pas une violation manifeste de l'article 12 du code précité, au sens de l'article 524 du même code* ». Cela revient à dire que l'erreur au fond – sans considération de nature ou de degré – ne répond jamais au critère juridique permettant d'arrêter l'exécution provisoire légale. « *La solution aurait donc été la même pour toute autre erreur de ce type, quelle que soit sa gravité, comme par exemple, l'application d'un texte manifestement abrogé.* »⁷⁸⁰

Les deux arrêts ont apporté peu d'éclaircissements dans la mesure où ils ont exclu la violation manifeste de l'article 12, sans lui donner un contenu et en déjouant tour à tour les prévisions doctrinales les plus avisées. Par cette interprétation rigide, « *l'article 12 est ainsi amputé d'une partie substantielle de son contenu qui est réduit à sa partie la plus congrue* »⁷⁸¹. La jurisprudence ultérieure de la Cour de cassation n'est d'aucun secours, dans la mesure où n'ont été

Lefort ; Dr. et proc., suppl. Droit du recouvrement, p. 4, obs. Putman ; RTD civ. 2008, p. 158, obs. Perrot

779 Cass. civ. 2, 19 février 2015, n° 14-18.458, Procédures 2015, n° 147, note Croze

780 Ph. Hoonakker, « Retour sur l'arrêt de l'exécution provisoire de droit : un espoir déçu », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard : Justice et procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, op. cit., p. 713, spéc. p. 720, n° 14

781 *Ibid.*, p. 721, n° 16

répertoriés jusqu'à présent que des arrêts qui reprochent à des ordonnances présidentielles de retenir une conception erronée ou trop large de la violation de l'article 12 du Code de procédure civile⁷⁸². « *On le voit, la notion de violation manifeste de l'article 12 est d'interprétation extrêmement stricte.* »⁷⁸³ C'est à se demander si une telle violation peut exister, tant elle brille par son absence dans les ordonnances présidentielles que censure la Cour de cassation, ou si elle ne se réduit pas à un cas d'école.

173. Si l'on tente de percer les arcanes de la jurisprudence civile, il faut en conclure que la violation de l'article 12 consiste probablement dans un grave manquement du juge à son office. C'est donc le début de l'alinéa 1^{er} qui doit être souligné (« *le juge tranche le litige* ») quitte à laisser dans l'ombre la fin de la phrase (« *conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* »). Une étude attentive de la jurisprudence conforte cette analyse. Il s'agit néanmoins d'une déduction *a contrario* : dans la mesure où les arrêts ne livrent aucun exemple de violation manifeste de l'article 12, on ne peut que spéculer sur son contenu à partir de ce qui en est exclu. Deux affaires pourront nous servir d'illustration.

Dans la première⁷⁸⁴, la société *Jesta Fontainebleau*, adjudicataire de biens immobiliers saisis au préjudice de la société *Noga Hôtels Cannes*, avait obtenu l'expulsion de cette dernière par le juge des référés. Saisi d'une demande de sursis à exécution, le premier président de la cour d'appel d'Aix-en-Provence y avait fait droit en retenant que le juge des référés aurait dû rechercher si l'appel interjeté contre le jugement d'adjudication ne correspondait pas à la contestation sérieuse qui, par le jeu de l'article 808 du Code de procédure civile, fait échec à certaines mesures d'urgence. Tel aurait été le cas si le jugement avait été susceptible d'appel, ce que rendait impossible son absence de caractère contentieux⁷⁸⁵. En revanche, si un appel avait été ouvert, le premier président se serait probablement trouvé devant une méconnaissance manifeste de son office – donc une violation manifeste de l'article 12 – par le juge des référés. Dans une procédure contentieuse, la prise en compte, s'il y a urgence, des différends et des contestations sérieuses appartient à l'office du président du tribunal de grande instance : statuer dans un sens ou dans l'autre est une chose, ne pas statuer du tout en est une autre. Seule cette dernière est de nature à

782 Cass. civ. 2, 7 juin 2007, Bull. civ. II, n° 141, D. 2007, AJ, p. 1793, obs. Avena-Robardet ; JCP 2007, I, 200, n° 23, obs. Amrani-Mekki ; Procédures 2007, n° 214, note Perrot ; RD banc. fin. 2007, n° 230, obs. Piedelièvre ; Dr. et patr., janvier 2008, p. 106, obs. Amrani-Mekki

783 O. Salati, « Cassation de l'ordonnance du premier président arrêtant l'exécution provisoire de droit d'une ordonnance d'un juge de la mise en état ayant liquidé une astreinte », note sous Cass. civ. 2, 21 février 2008, n° 07-17.160, JCP 2008, II, 10075

784 Cass. civ. 2, 7 juin 2007, précit.

785 Cass. civ. 2, 17 octobre 2002, n° 01-11.165 – Cass. civ. 2, 16 décembre 2004, n° 03-10.895 – Cass. civ. 2, 28 juin 2006, n° 04-18.692

justifier l'arrêt de l'exécution immédiate.

Dans la seconde affaire⁷⁸⁶, les ayants cause de l'humoriste Michel Colucci, dit Coluche, étaient en litige avec une S.A.R.L. quant aux conditions d'exécution des contrats d'enregistrement, de cession et d'édition d'œuvres par lui interprétées. Sur incident formé par les consorts Colucci, le juge de la mise en état avait ordonné sous astreinte la communication de diverses pièces relatives aux enregistrements litigieux, avant d'en liquider le montant et de fixer par une seconde ordonnance une astreinte définitive du fait de la communication partielle des éléments probatoires par la société de production. Cette dernière avait interjeté appel et demandé au premier président l'arrêt de l'exécution provisoire assortissant *de plano* cette ordonnance. Le chef de cour avait fait droit à la S.A.R.L. en retenant que le juge de la mise en état n'avait pas le pouvoir de la condamner à payer cette somme au titre de la liquidation de l'astreinte. La Cour de cassation a censuré cette ordonnance au motif que le juge de la mise en état n'avait pas encore épuisé sa saisine. L'arrêt est rendu au visa de l'article 524 du Code de procédure civile, ensemble l'article 779 du même Code dont l'alinéa 4 dispose que « *le juge de la mise en état demeure saisi jusqu'à l'ouverture des débats ou jusqu'à la date fixée pour le dépôt des dossiers des avocats* », et l'article 35 de la loi du 9 juillet 1991⁷⁸⁷ qui déroge à la compétence du juge de l'exécution pour la liquidation de l'astreinte, « *si le juge qui l'a ordonnée reste saisi de l'affaire ou s'en est expressément réservé le pouvoir* ». L'ordonnance présidentielle relevait que le juge de la mise en état ne s'était pas expressément réservé ce pouvoir dans sa première ordonnance. « *Ici le défaut de pouvoir juridictionnel du juge de la mise en état, voilà ce que le premier président a cru devoir sanctionner par l'arrêt de l'exécution provisoire de la décision de liquidation.* »⁷⁸⁸ La solution eût été impeccable, n'était l'article 779 alinéa 4 du Code de procédure civile. Le premier président aurait donc pu censurer une décision par laquelle le juge outrepassait son office, mais ne pouvait pas contrôler le contenu d'un acte juridictionnel se situant dans le périmètre d'une compétence délimité par la loi.

174. Pour certains, la méconnaissance de son office par le juge est synonyme d'excès de pouvoir. Par ellipse, l'excès de pouvoir constituerait la violation de l'article 12 visée par l'article 524 *in fine*. La doctrine la plus éminente s'accorde sur cette opinion. N'étant pas constituée par une erreur flagrante au fond, « *il s'ensuit que la violation manifeste de l'article 12 du Code de procédure civile semble supposer une erreur flagrante commise par les premiers juges dans l'exercice de leurs fonctions, qu'elle porte sur leur devoir ou leur pouvoir juridictionnel, ce qui revient à exiger pour*

786 Cass. civ. 2, 21 février 2008 n° 07-17.160, D. 2008, actu., p. 791 ; JCP 2008, II, 10075, note Salati

787 Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution. L'article 35 de la loi est devenu l'article L. 131-3 du Code des procédures civiles d'exécution à la suite de l'ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2011 relative à la partie législative du Code des procédures civiles d'exécution.

788 O. Salati, *ibid.*

l'essentiel un excès de pouvoir »⁷⁸⁹. Le contenu de l'acte juridictionnel échappe donc au contrôle du premier président : statuant en référé, il n'est que le juge de l'urgence, de l'apparence et de l'évidence ; mais en tant que chef de juridiction, il lui revient de veiller à ce que les magistrats de son ressort n'aient pas agi en-deçà ou au-delà des vœux du législateur relativement à leur office. Il suffit que le juge de première instance ne les ait pas respectés. Ainsi donc, « *peu importe qu'il se soit trompé juridiquement, il faut qu'il ait correctement exercé son office. L'important n'est pas le résultat juridique auquel aboutit le juge, qui dépend de l'appel au fond, mais la manière d'y parvenir. Cela renvoie évidemment à la notion d'excès de pouvoir car le juge sort alors de son office ou n'en fait pas usage en cas d'excès négatif* »⁷⁹⁰. À travers ce courant jurisprudentiel, on voit poindre une conception inédite de l'excès de pouvoir, qui s'enrichit de contours nouveaux et se distingue de celle du droit administratif : plus qu'une simple violation de la séparation des pouvoirs, l'excès de pouvoir au sein du procès civil participe de la même nature que l'incompétence et le déni de justice.

Dans l'affaire des consorts Colucci, le juge de la mise en état aurait commis cette violation manifeste de l'article 12 s'il avait liquidé l'astreinte après avoir épuisé sa saisine ou sans s'en réserver la faculté, la Cour de cassation ayant jugé que l'empiétement sur le domaine d'un autre juge constitue un excès de pouvoir⁷⁹¹. C'est pourquoi on a pu regretter que l'article 524 fasse référence à l'article 12 plutôt qu'à l'excès de pouvoir, rédaction qui eût été de nature à dissiper les malentendus⁷⁹². Les travaux ayant abouti au décret du 20 août 2004 révèlent des rédactions successives : on avait envisagé d'abord la violation manifeste d'une règle de droit ou d'un principe fondamental de procédure, puis la violation d'un principe directeur du procès, avant d'aboutir à la formulation actuelle, après avis du Conseil d'État⁷⁹³. L'intérêt du mécanisme de la juridiction présidentielle est de faire échec à une situation abusive ; mais « *la difficulté est de caractériser cette situation par des critères qui ne contraignent pas les premiers présidents à rejuger avant la cour ou à apprécier les mérites de l'appel : l'excès de pouvoir comme la violation manifeste de la contradiction paraissent remplir ces conditions* »⁷⁹⁴.

175. La doctrine et la pratique s'étaient félicitées de la consécration, par la réforme de 2004, de l'arrêt de l'exécution provisoire légale. On avait chaleureusement applaudi les premiers présidents

789 Ph. Hoonakker, *op. cit.*, pp. 720-721, n° 15

790 S. Amrani-Mekki, « Droit judiciaire privé » (chron. jur.), note sous Cass. soc., 18 décembre 2007, JCP 2008, I, 138, obs. Amrani-Mekki

791 Cass. civ. 1, 29 juin 1994, n° 92-18.084

792 H. Croze, *loc. cit.*

793 V. Ph. Hoonakker, *loc. cit.* – Concernant ces rédactions successives, V. S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *op. cit.*, p. 953, n° 1394

794 H. Croze, *loc. cit.*

dont la rébellion avait porté ses fruits. Le bilan jurisprudentiel a tôt fait de troubler ces réjouissances. En 2010 déjà, soit six ans seulement après la réforme, Monsieur Hoonakker évoquait le décret de 2004 et la jurisprudence à lui attachée respectivement en termes d' « *espoir* » et d' « *espoir déçu* »⁷⁹⁵. On avait effectivement trop vite crié victoire, sans se méfier des gardiens du temple que sont les juges de la Cour de cassation. Il n'est pas certain que la situation naguère déplorée se soit améliorée : elle a peut-être même plutôt empiré.

Sous l'empire de la réglementation antérieure à 2004, on regrettait amèrement que les premiers présidents ne fussent pas autorisés à ordonner l'arrêt de l'exécution de jugements visiblement absurdes et voués à une réformation inéluctable. On proposait, en cas de réforme de la procédure, que l'erreur flagrante au fond servît de critère. En ne retenant pas cette possibilité pour permettre le sursis à exécution et en n'instituant que deux conditions qui allaient être interprétées restrictivement par la jurisprudence, le législateur, croyant sans doute consacrer une pratique largement répandue – pratique légitime quoiqu'illégale – a involontairement lié les mains aux premiers présidents. Sauf pour ces derniers à faire fi de nouveau de l'autorité de la Cour de cassation, il ne leur est toujours pas permis de juguler les inconvénients résultant d'une erreur flagrante au fond. Une telle erreur ne constituant pas une violation de l'article 12, elle peut en l'état actuel des textes continuer de prospérer sans faire obstacle à l'exécution de la décision qu'elle corrompt. Il serait souhaitable que le législateur en prenne acte, et l'on ne peut que déplorer qu'il n'ait pas suivi la proposition du rapport Coulon qui préconisait de retenir, comme paramètre du sursis à exécution, la violation des droits de la défense, l'excès de pouvoir et l'erreur de droit manifeste⁷⁹⁶. Finalement, la rareté des cas de violation manifeste de l'article 12 et de violation du principe du contradictoire rend presque inopérant l'article 524 alinéa 6. L'erreur de droit flagrante reste donc sans aucune sanction, au grand dam des parties condamnées « à tort ». Il est à souhaiter que, dans un avenir proche, la mention de l'article 12 disparaisse de l'article 524 du Code de procédure civile pour faire place à la notion plus compréhensible d'excès de pouvoir, à laquelle on pourra utilement ajouter l'erreur de droit manifeste.

§ 3. *Les conséquences de l'exécution provisoire*

176. L'exécution provisoire n'est jamais exempte de toute risque, d'où l'intérêt que présente la procédure de référé ayant pour objet d'en ordonner le sursis. Il s'agit là d'une première

⁷⁹⁵ V. Ph. Hoonakker, *loc. cit.*

⁷⁹⁶ J.-M. Coulon, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Doc. fr., 1997, pp. 96-97

« *souape de sécurité* »⁷⁹⁷. Si ce garde-fou est toujours efficace lorsqu'il est mis en œuvre, il apparaît logiquement que sa non-utilisation place le débiteur dans une position inconfortable. Pour endiguer les ravages que pourrait susciter la réformation d'une décision déjà exécutée le droit a posé pour principe que l'exécution se ferait aux risques et périls du créancier (A). Une menace de taille pèse également sur le débiteur dans la radiation de son appel en cas de non-exécution (B).

A. L'exécution aux risques et périls du créancier

177. Depuis 1864, la jurisprudence rappelle systématiquement que l'exécution d'une décision frappée d'appel n'a lieu qu'aux risques et périls de celui qui la poursuit, à charge pour lui de réparer, en cas d'infirmité de la décision, le préjudice qui a pu être causé par cette exécution⁷⁹⁸. La solution a été consacrée depuis par le législateur, puisque l'article L. 111-10 du Code des procédures civiles d'exécution dispose que « *l'exécution est poursuivie aux risques du créancier* ». Cette formule mérite qu'on s'y arrête.

Fondamentalement, la titularité du droit litigieux reconnue par le jugement étant soumise à la condition suspensive qu'est sa confirmation par l'arrêt d'appel, la faculté de faire exécuter ce jugement est grevée d'une responsabilité éventuelle inhérente à l'éventuelle infirmité. Telle est, ni plus ni moins, la définition du risque : un « *événement dommageable dont la survenance est incertaine* »⁷⁹⁹. En l'occurrence, il n'est pas difficile d'entrevoir quel serait ce dommage. Il consisterait dans l'exécution à laquelle a été conduit le débiteur, et qui à l'issue de l'instance d'appel s'est révélée inutile voire injuste parce que mal fondée. Cette exécution peut lui avoir été préjudiciable dans la mesure où la simple répétition des sommes versées ou la remise en l'état de la

797 J.-J. Fanet, *loc. cit.*

798 Cass. req., 27 avril 1864, DP 1864, I, p. 303 ; S. 1864, I, 157, p. 1014 : « *Attendu que si la partie qui a obtenu un jugement exécutoire par provision, a le droit d'en poursuivre l'exécution, nonobstant l'appel et sans attendre qu'il y soit statué, elle n'use de ce droit qu'à ses risques et périls, et à la charge, en cas d'infirmité, de réparer le préjudice que cette exécution provisoire a pu causer ; qu'un pareil jugement n'est qu'un titre résoluble, que déjà l'appel interjeté a remis en question et dont le sort dépend du résultat de cet appel ; qu'en cas d'infirmité l'exécution demeure sans titre et n'a plus de base légale ; qu'il serait contraire à l'équité que l'appelant, dont la résistance est en définitive reconnue fondée, dût supporter le préjudice résultant d'une exécution que son adversaire a eu l'imprudence de poursuivre avant d'être assuré de son droit ; qu'il importe peu que cette exécution n'ait pas été déclarée faite de mauvaise foi et avec intention de nuire ; qu'il suffit qu'elle ait entraîné un dommage pour que son auteur soit tenu de le faire aux termes des principes généraux du droit qui rendent chacun responsable de son fait et voient une faute imputable dans une simple imprudence.* » – Cass. req., 20 juin 1924, DH 1924, p. 491 – Cass. civ. 1, 16 janvier 1963, Bull. civ. I, n° 35 : « *L'exécution, même autorisée à titre provisoire, d'une décision de justice, objet d'un recours, ne peut être entreprise par celui qui l'a obtenue, qu'à ses risques et périls.* » – Le Code judiciaire belge, en son article 1398 alinéa 1^{er}, dispose lui aussi que « *l'exécution provisoire du jugement n'a lieu qu'aux risques et périls de la partie qui la poursuit* ». La Cour de cassation de ce pays a également décidé que « *l'exécution provisoire du jugement n'a lieu qu'aux risques et périls de la partie qui la poursuit* » et qu'« *en cas de réformation ou d'annulation totale ou partielle d'un jugement dont le juge en premier ressort a accordé l'exécution provisoire, la partie qui en a poursuivi l'exécution est tenue, outre de rembourser ce qu'elle a reçu en vertu de la décision réformée ou annulée, d'indemniser le dommage né de la seule exécution, sans qu'il soit requis qu'il y ait mauvaise foi ou faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil* » (Cass., 24 octobre 2003, n° C020219F).

799 G. Cornu (dir.), *op. cit.*, p. 932, « risque »

situation préexistante peut ne pas suffire pour le rétablir dans tous ses droits. Le dédommagement peut se révéler supérieur à la simple exécution qui peut avoir été particulièrement néfaste⁸⁰⁰. Ainsi, lorsque l'*accipiens* fait exécuter la décision rendue à l'encontre du *solvens*, il engage logiquement sa responsabilité. « *Le gagnant, parfaitement, informé des aléas judiciaires inhérents à l'exercice de l'appel, subit les incidences d'une modification de la décision.* »⁸⁰¹ Il doit en être conscient.

178. Deux théories se sont affrontées en doctrine : d'une part, celle qui rattache la responsabilité à une faute, au motif que l'exécution provisoire étant voulue par la loi ou le juge, un abus est nécessaire pour engager la responsabilité du créancier ; d'autre part, celle qui prend en considération la simple possibilité d'infirmité ou de rétractation de la décision, suffisante pour engager la responsabilité de celui qui agit. La problématique a été bien résumée par Monsieur Blatman, conseiller rapporteur : « *Dans le cas de l'exécution forcée d'une décision exécutoire à titre provisoire, le créancier privilégie le caractère exécutoire de son titre sur le fait qu'il court le risque de voir celui-ci infirmé en appel. Une telle prise de risque suffit-elle à le rendre responsable à l'égard du débiteur, ou faut-il y ajouter un élément de faute ?* »⁸⁰² On pourrait gloser à plaisir sur les caractéristiques de cette responsabilité, mais le débat serait vain puisque l'arrêt de la Chambre des requêtes du 27 avril 1864, solution toujours de droit positif, en a fait une responsabilité pour risque⁸⁰³ et non pour faute⁸⁰⁴ en insistant bien sur « *l'imprudence de poursuivre avant d'être assuré*

800 Cass. civ. 2, 14 avril 2005, n° 03-14.195 : pour exécuter par provision le jugement, le débiteur avait souscrit un prêt hypothécaire. Devenu gagnant en appel il avait demandé le remboursement des frais engagés pour obtenir l'emprunt. Or, un prêt hypothécaire coûte souvent assez cher.

801 N. Fricero, obs. sous Cass. plén., 24 février 2006, n° 05-12.679, Dr. et proc., 2006, p. 159

802 M. Blatman, rapp. sous Cass. plén., 24 février 2006, précit., BICC n° 640 du 15 mai 2006

803 R. de Gouttes, Gaz. Pal. 2006, n° 59, p. 10 : « *Il s'agit, en quelque sorte, d'une application de la théorie du "risque d'activité" ou du "risque-profit", selon laquelle celui qui crée, par son activité, un risque pour autrui doit répondre de ses conséquences dommageables et, a fortiori, celui qui tire les profits d'une activité doit en supporter la charge.* » – V. aussi sur la théorie du risque d'activité, Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, 9^{ème} éd., LGDJ, 2017 ; M. Toulemon, JCP 1968, I, 2182

804 Cass. req., 27 avril 1864, précit. – Cass. civ. 2, 8 décembre 1960, Bull. civ. II, n° 755 – Cass. civ. 1, 16 janvier 1963, Bull. civ. I, n° 35 – Cass. civ. 2, 14 février 1963, Bull. civ. II, n° 149 – Cass. civ. 2, 12 mai 1971, Bull. civ. II, n° 173, p. 23 – Cass. civ. 3, 2 juillet 1974, Bull. civ. III, n° 281, p. 213 – Cass. civ. 3, 31 mai 1978, Bull. civ. III, n° 236, p. 180 – Cass. civ. 2, 17 novembre 1982, Bull. civ. II, n° 148 – Cass. civ. 1, 6 juin 1990, Bull. civ. I, n° 140, p. 100 – Cass. civ. 2, 5 avril 1994, Bull. civ. II, n° 120, p. 70 – Cass. civ. 3, 1^{er} juillet 1998, n° 96-18.930 – Cass. civ. 3, 16 décembre 1998, Bull. civ. III, n° 252, p. 168 – Cass. civ. 1, 6 mars 2001, n° 98-15.512 – Cass. civ. 2, 9 janvier 2003, Bull. civ. II, n° 3, p. 2 – Cass. civ. 2, 10 juillet 2003, Bull. civ. II, n° 244, p. 202 – Cass. civ. 2, 22 janvier 2004, Bull. civ. II, n° 18, p. 14. – Cass. civ. 3, 25 avril 1990, n° 88-19.604 – Cass. com., 30 janvier 1996, n° 93-20.628 – Cass. civ. 2, 21 octobre 2004, n° 02-20.118 – Un arrêt isolé a retenu la faute, mâtinée de risques et périls, mais il semble à sa lecture que ce n'est pas tant l'exécution qui était fautive que les circonstances dans lesquelles elle est intervenue, c'est-à-dire très peu de temps avant l'arrêt infirmatif : Cass. civ. 3, 15 novembre 1972, n° 71-13.619 – V. également Cass. com., 19 octobre 1999, n° 97-12.845 : « *Mais attendu que toute personne qui procède à une saisie-contrefaçon le fait à ses risques et périls et doit dès lors répondre de tous les dommages qui pourraient s'ensuivre si, bien que fondée elle a lieu dans des conditions abusives ou s'il y a été procédé sur un titre de propriété industrielle qui se révèle être sans valeur.* »

de son droit »⁸⁰⁵ qu'il oppose à la « mauvaise foi » et à l' « intention de nuire »⁸⁰⁶.

« Le plaideur qui poursuit l'exécution par provision encourt donc une responsabilité qui est fondée, non pas sur sa faute ou son abus de droit, mais sur le "risque-activité" ou le "risque-profit" que représente sa demande d'exécution provisoire, eu égard aux conséquences dommageables potentielles de sa demande et aux avantages éventuels qu'il peut en tirer. »⁸⁰⁷ On ne saurait en effet être fautif de se prévaloir simultanément d'un droit conféré par la loi⁸⁰⁸ – *neminem laedit* – et d'une décision dûment rendue par une juridiction au cours d'une instance où ont été respectées les garanties processuelles essentielles, fût-ce un « titre résoluble » pour reprendre les termes de l'arrêt de la Chambre des requêtes. Par analogie, la règle est identique lorsqu'a été exécuté un arrêt d'appel ultérieurement censuré par la Cour de cassation⁸⁰⁹. En outre, la preuve d'une faute, et son administration corrélative, comme condition de la responsabilité permettrait plus difficilement d'engager cette dernière. Une responsabilité sans faute est donc préférable parce que plus facile à rechercher, ce qui n'empêche pas de réintroduire la responsabilité pour faute dans tous les cas où l'on voudra blâmer la fraude, la mauvaise foi ou simplement l'excès du créancier poursuivant et exiger de lui une réparation plus lourde⁸¹⁰. Cependant, toute décision ayant vocation

805 L'arrêt de 1864 parle d'imprudence mais ne dit rien de la faute. Il précise simplement que n'est exigée aucune intention de nuire ni mauvaise foi. Dans le pire des cas, cette imprudence ne serait qu'un succédané de faute. Par comparaison, la faute d'imprudence simple est, en matière répressive, la déclinaison la moins intense de la faute pénale.

806 Cass. req., 27 avril 1864, précit. – Un arrêt postérieur rendu en 1895 a été plus direct en énonçant qu' « indépendamment de toute mauvaise foi ou intention de nuire, le simple préjudice causé par l'exécution d'un jugement infirmé en appel, suffit pour justifier une condamnation à des dommages-intérêts » (Cass. civ., 12 février 1895, *Demessieux c/. Ferrand frères*). – V. aussi Cass. civ. 2, 12 mai 1971, Bull. civ. II, n° 173, p. 123, n° 70-11.191 : approuve la cour d'appel qui retient « que la responsabilité des époux Z... trouvait son fondement, sans qu'il soit besoin d'établir une intention de nuire, dans le seul fait qu'ils avaient pris l'initiative d'exécuter à leurs risques et périls une décision de justice non définitive et qui s'était avérée par la suite sans base juridique valable, et que cette exécution prématurée avait préjudicié aux époux R... ».

807 R. de Gouttes, *loc. cit.* – V. contra, J. Moury, « De la règle de l'effet suspensif de l'appel en matière civile », in *Justice et droits fondamentaux : études offertes à Jacques Normand, op. cit.*, p. 353, spéc. p. 358, n° 9 : « L'exécution menée avec un titre exécutoire par provision peut en revanche, si la décision est ultérieurement infirmée, être rétrospectivement analysée en un comportement fautif et générer, outre la répétition, une obligation de réparation. »

808 Entre dans ce cas de figure « la mise en œuvre d'une décision de justice exécutoire condamnant autrui, même si la décision est ultérieurement anéantie » (Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations, op. cit.*, n° 122).

809 Loi n° 67-523 du 3 juillet 1967 relative à la Cour de cassation, art. 19, abrogé par ord. du 19 décembre 2011 n° 2011-1895, devenu l'art. L. 111-11 : « Sauf dispositions contraires, le pourvoi en cassation en matière civile n'empêche pas l'exécution de la décision attaquée. Cette exécution ne peut donner lieu qu'à restitution ; elle ne peut en aucun cas être imputée à faute. » Cette disposition « concerne le pourvoi en cassation, dont la nature extraordinaire peut justifier une solution différente de celle de l'appel » (N. Fricero, obs. sous Cass. plén., 24 février 2006, *loc. cit.*) – V. aussi le rapport de M. Blatman, *loc. cit.* : « La partie gagnante en première instance ne peut avoir commis une faute en usant du droit que la loi elle-même lui conférait. S'il en était ainsi, l'exécution des arrêts de cour d'appel susceptibles de cassation serait fautive ». – V. aussi L. Boré, « Restitutions et responsabilités après l'anéantissement d'une décision de justice exécutoire », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard : Justice et procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, op. cit.*, p. 607 : « En réalité, l'effet juridique du pourvoi sur la décision attaquée est strictement identique à celui de l'appel formé contre un jugement assorti de l'exécution provisoire. » – Il est vrai toutefois que l'article 31 alinéa 1^{er} de la loi du 9 juillet 1991 ne concerne que le titre exécutoire à titre provisoire, ce qui exclut les arrêts des cours d'appel.

810 L'article 22 de la loi du 9 juillet 1991, dont les deux alinéas sont devenus les articles L. 111-7 et L. 121-2 du Code

à être confirmée ou infirmée, celui qui la fait exécuter prend un risque « *que l'on pourrait nommer un "risque-exécution"* »⁸¹¹. Il n'ignore pas – à l'instar des anciens Romains : *arx tarpeia Capitoi proxima* – que triomphant aujourd'hui il sera peut-être défait demain. « *Cette faveur faite au gagnant, libre d'exécuter une décision qui n'est pas encore passée en force de chose jugée est même le plus solide fondement d'une responsabilité objective.* »⁸¹² Puisque l'exécution provisoire bénéficie à une partie, il est naturel d'offrir à l'autre certaines garanties. Par compensation, celui qui n'exécuterait pas alors qu'il a été condamné par provision prend lui aussi un risque : en cas d'infirmité, son abstention n'aura pas été fautive⁸¹³ même si sa désobéissance est illégale.

179. Le plaideur gagnant sait alors que l'exécution diligentée l'est à ses risques et périls, et que « *le fait générateur de la responsabilité, c'est l'exécution du jugement infirmé* »⁸¹⁴. De là à considérer que le fait générateur de la responsabilité réside dans l'infirmité du jugement exécuté, il n'y a qu'un pas. Mais, à tout prendre, c'est sur le plaideur que doit peser la réparation – et peut-être l'indemnisation – qui s'ensuivra, car le mal jugé n'est pas une faute assez lourde⁸¹⁵ pour entrer dans le cadre de l'article L. 141-1 du Code de l'organisation et judiciaire et engager la responsabilité du magistrat ou de l'État pour fonctionnement défectueux du service public de la justice⁸¹⁶, solution qui « *tarirait artificiellement les cas dans lesquels l'exécution provisoire serait*

des procédures civiles d'exécution, laisse entrevoir que l'exécution n'est pas fautive en soi mais que peuvent l'être les circonstances de sa réalisation : « *Le créancier a le choix des mesures propres à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance. L'exécution de ces mesures ne peut excéder ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation. Le juge de l'exécution a le pouvoir d'ordonner la mainlevée de toute mesure inutile ou abusive et de condamner le créancier à des dommages-intérêts en cas d'abus de saisie.* »

811 N. Fricero, *loc. cit.*

812 Ph. Théry, « La responsabilité du bénéficiaire de l'exécution provisoire en cas d'infirmité : menace sur le référé ? », *RTD civ.* 2006, p. 368

813 Cass. civ. 2, 27 janvier 1993, n° 91-15.720, *D.* 1993, p. 185, obs. Julien ; *RTD civ.* 1993, p. 651, obs. Perrot : « *Attendu que l'inexécution d'une décision assortie de l'exécution provisoire ne peut donner lieu à réparation lorsque cette décision est infirmée.* »

814 R. Perrot, « Les métamorphoses de l'exécution provisoire », in *De Code en Code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, op. cit.*, p. 611, spéc. p. 622 n° 12

815 C.E., 29 décembre 1978, *Darmont*, *Rec. Lebon*, n° 542 ; *D.* 1979, p. 278, note Vasseur ; *Rev. dr. publ.* 1979, p. 1742, note Auby : « *Considérant que si, en vertu des principes généraux régissant la responsabilité de la puissance publique, une faute lourde commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle par une juridiction administrative est susceptible d'ouvrir droit à indemnité, l'autorité qui s'attache à la chose jugée s'oppose à la mise en jeu de cette responsabilité, dans le cas où la faute lourde alléguée résulterait du contenu même de la décision juridictionnelle et où cette décision serait devenue définitive.* » – Cass. civ. 1, 20 mars 1989, n° 86-18.890 : « *Un acte juridictionnel, même définitif, peut donner lieu à une mise en œuvre de la responsabilité de l'État* » en cas de faute lourde ou déni de justice.

816 V. N. Fricero, *loc. cit.* : « *L'infirmité d'un jugement exécutoire est inhérente à la règle du double degré de juridiction, l'exécution provisoire est une garantie de l'effectivité immédiate des jugements. Dès lors, il n'y a aucun dysfonctionnement dans la possibilité d'anéantissement d'un titre exécutoire par l'exercice d'un recours. (...) Une éventuelle "erreur" du juge n'est réparée que par l'exercice des voies de recours, l'appel notamment (...) Il y aurait par ailleurs une grave atteinte à l'indépendance du juge dans le fait de considérer que sa responsabilité disciplinaire puisse être mise en jeu en raison d'une erreur d'appréciation des faits ou d'application de la règle de droit ayant entraîné une infirmité ou une annulation de la décision exécutée à titre provisoire.* »

ordonnée »⁸¹⁷. C'est le créancier qui doit supporter les conséquences néfastes d'une exécution malvenue, dans la mesure où le recours à l'exécution forcée n'est qu'une simple faculté qu'il n'est pas tenu d'employer⁸¹⁸ et dont l'inutilisation ne saurait être imputée à faute⁸¹⁹. L'alternative qui s'offre à lui devrait l'inciter à se questionner sérieusement sur la pertinence des moyens de droit de son adversaire. Ainsi a-t-on pu écrire, non sans humour, qu' « *autrement dit, il ne suffit pas que le juge donne raison au plaideur ; il faut que ce dernier vérifie que c'est à raison qu'on lui a donné raison...* »⁸²⁰. Plus raisonnablement, il ne doit pas céder à l'euphorie de la victoire obtenue devant le premier juge et permettre qu'une satisfaction irraisonnée lui dicte un comportement inconséquent.

La responsabilité sans faute est un mécanisme connu du droit civil, même s' « *il ne semble pas qu'en droit (notamment) la responsabilité puisse être détachée de toute causalité* »⁸²¹. Une telle responsabilité n'émerge donc pas *ex nihilo* : la faute est simplement remplacée par un fait générateur innocent auquel la loi a voulu, pour des raisons d'équité, attacher une obligation de réparer. « *La question est alors de savoir quel est l'acte générateur de la responsabilité du bénéficiaire de l'exécution provisoire.* »⁸²² S'il est admis que la décision de faire exécuter engage *de plano* la responsabilité du créancier, il est bien moins aisé d'assigner des limites précises à cette même décision. Instinctivement, on considérerait que la poursuite de l'exécution ne se formalise que par un commandement de payer voire une mesure d'exécution forcée. La jurisprudence de la Cour de cassation lui a pourtant conféré des frontières infiniment plus larges et, pourrait-on dire, infiniment évanescentes, si bien qu'il serait légitime de se demander si l'exécution intervenue sans avoir été poursuivie n'est pas suffisante pour engager la responsabilité du créancier.

180. Un arrêt d'Assemblée plénière en date du 24 février 2006⁸²³ a suscité à cet égard le plus vif intérêt de la doctrine. Dans cette affaire, Monsieur Jean M... exploitait à Cotignac depuis 1967 un

817 H. Croze, note sous Cass. plén., 24 février 2006, JCP 2006, IV, II, 10063

818 Cass. req., 27 avril 1864, précit.

819 Cass. civ. 3, 4 juin 2008, n° 07-14.118, Dr. et proc. 2008, p. 323, obs. Lefort ; D. 2009, p. 1168 : « *Vu les articles 1382 et 1792 du code civil ; Attendu que pour débouter M. et Mme X... de leur demande en réparation de leur préjudice découlant de l'aggravation depuis le prononcé du jugement, des désordres affectant leur immeuble, l'arrêt retient que cette aggravation leur est imputable dès lors que la décision entreprise était assortie de l'exécution provisoire et qu'elle n'a pas été exécutée ; Qu'en statuant ainsi alors qu'elle ne pouvait reprocher aux époux X... de ne pas avoir mis à exécution la décision assortie de l'exécution provisoire qu'elle infirmait, la cour d'appel a violé les textes susvisés.* »

820 Ph. Théry, *loc. cit.* – Dans le même sens, au début du siècle dernier, la Chambre des requêtes a déclaré au sujet des intérêts légaux, que « *la partie qui se fait payer un capital, en exécution d'un jugement exposé aux résultats éventuels de l'appel, et, par conséquent, en vertu d'un titre litigieux, est censée connaître les vices de ce titre, et ne peut, dès lors, être assimilée à celui qui a reçu de bonne foi un capital indûment payé* ». (Cass. req., 11 juin 1903). La solution est certes légitime mais le raisonnement qui y conduit quelque peu extrémiste : c'est faire peser une trop lourde charge sur la partie, qui serait censée connaître le droit aussi bien, et mieux encore, que le juge lui-même.

821 H. Croze, *loc. cit.*

822 A. Moreau, « L'exécution provisoire, un avantage dangereux pour le créancier poursuivant », D. 2006, p. 524

823 Cass. plén., 24 février 2006, *Alain Martinez c/. Henri Revel et autres*, précit.

fonds de commerce de plomberie et de chauffage, activité à laquelle il avait adjointe celles de station-service et dépannage mécanique. Toujours sous la même immatriculation, il se livrait à la vente de fioul domestique, en vue de quoi une cuve avait été installée par une société qui en demeurait propriétaire. Suite au placement de Monsieur Jean M... en redressement puis en liquidation en 1989, le liquidateur judiciaire avait cédé le fonds de commerce aux époux R... et leur avait donné à bail ses locaux pour y exercer l'activité commerciale de station-service, distribution de carburants, mécanique générale et vente de confiseries. L'acte de cession comportait une clause de non-concurrence pesant sur Monsieur Jean M.... Le fils de ce dernier, Monsieur Alain M..., avait entre-temps racheté la cuve pour continuer à vendre le fioul avec l'aide de son père. S'en était suivie sur plus d'une décennie une succession de procédures en référé et au fond, au cœur desquelles se posait la question de savoir si la distribution de fioul faisait partie du fonds de commerce et, donc, était visée par la clause de non-concurrence.

Par ordonnance de référé du 18 mai 1992, le président du tribunal de commerce de Brignoles avait répondu par l'affirmative et, à la demande des époux R..., ordonné sous astreinte la cessation immédiate de la vente de fioul et le démontage des installations placées à cet effet. Les conjoints M... avaient alors saisi en référé aux fins de sursis à exécution le premier président de la cour d'appel d'Aix-en-Provence et interjeté appel au fond. Dans un arrêt du 13 juin 1996, la juridiction d'appel avait considéré qu'il existait une contestation sérieuse sur le point de savoir si l'activité litigieuse avait fait l'objet de la cession et, conséquemment, elle avait infirmé l'ordonnance. Par jugement du 6 mai 1997, le tribunal de commerce de Brignoles condamnait les cessionnaires à des dommages et intérêts avec exécution provisoire. Insatisfait du montant de l'indemnisation, Monsieur Alain M... avait interjeté appel et les époux R... s'étaient portés reconventionnellement demandeurs pour concurrence déloyale. Le 29 mai 2001, la cour d'appel avait débouté l'appelant et rejeté la demande reconventionnelle. Pour écarter la demande indemnitaire de Monsieur M..., elle retenait que l'action en justice – quoique finalement mal fondée – et l'exécution d'une décision de justice exécutoire de droit ne constituaient pas une faute. Cet arrêt avait été censuré par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation le 10 juillet 2003, qui estimait que la subordination du droit à réparation à une faute violait l'article 1382 ancien du Code civil⁸²⁴. La cour d'appel de Lyon, juridiction de renvoi, avait également débouté Monsieur M... de ses demandes en indemnisation, sans toutefois s'écarter de la solution donnée par l'arrêt de cassation. Sans exiger une quelconque faute, elle se livrait à une interprétation stricte de la règle posée par la Haute juridiction en vertu de laquelle « *l'exécution d'une décision de justice exécutoire*

824 Cass. civ. 2, 10 juillet 2003, n° 01-14.778, D. 2003, inf. rap., p. 2207 ; Gaz. Pal. 9-10 juillet 2004, p. 7, n° 192, obs. du Rusquec

à titre provisoire n'a lieu qu'aux risques et périls de celui qui la poursuit, à charge pour lui d'en réparer les conséquences dommageables ». Selon la cour d'appel de Lyon, dans son arrêt du 10 janvier 2005, les époux R... n'avaient effectué aucun acte d'exécution forcée de l'ordonnance du 18 mai 1992, spontanément exécutée par Monsieur Alain M..., qui ne pouvait dès lors prétendre à la réparation du préjudice subi du fait de l'exécution provisoire. À la suite d'un nouveau pourvoi, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation avait considéré que « *l'ordonnance de référé ayant été signifiée [au créancier], ce dernier était tenu de l'exécuter* ».

181. Il faut admettre que cette définition de l'exécution a de quoi surprendre, de par la diversité des situations qu'elle est susceptible de recouvrir. Au surplus, l'article 31 alinéa 2 de la loi du 9 juillet 1991⁸²⁵ – au seul visa duquel était rendu l'arrêt et que la cour d'appel est reconnue coupable d'avoir violé – dispose expressément que « *l'exécution est poursuivie aux risques du créancier qui, si le titre est ultérieurement modifié, devra restituer le débiteur dans ses droits en nature ou par équivalent* ». Or, dans le langage courant des praticiens du droit, poursuivre l'exécution d'une décision de justice, c'est prendre les moyens de la faire respecter, en ayant recours s'il le faut à l'éventail des options coercitives déployé par les procédures civiles d'exécution. En l'espèce, rien de tel n'avait eu lieu : les époux R... s'étaient contentés de signifier l'ordonnance aux consorts M... et, plus prosaïquement, avaient procédé à l'installation d'une clôture grillagée autour de la cuve de fioul. Est-ce à dire que la simple signification est assimilée à un acte d'exécution ? Un arrêt récent a pourtant considéré que même une sommation de payer ne valait pas mise en demeure, s'agissant d'une obligation en nature⁸²⁶.

La solution pouvait se justifier, la saisie étant immédiatement tournée vers une exécution du débiteur. Il est plus difficile en revanche d'admettre pareil alignement pour une simple signification, sauf à la déformer franchement. En tout cas, comment soutenir honnêtement que le simple fait pour le plaideur de porter une décision à la connaissance de son adversaire implique pour celui-là la volonté d'actionner celui-ci en paiement ou pour celui-ci la contrainte de régler celui-là ? Deux problèmes enchevêtrés se posent : d'une part, celui de l'aspect précatif ou incitatif de la signification par le gagnant ; d'autre part, celui du caractère volontaire ou contraint de l'exécution par le perdant. Ces deux problèmes pourraient se regrouper en un seul, à deux facettes : signifier un acte juridictionnel, c'est inviter à faire ce qu'il commande, mais inviter ne veut pas dire contraindre. « *La question ainsi posée revient à se demander quels actes caractérisent "l'exécution" susceptible d'engager la responsabilité du poursuivant, et par-delà, d'une certaine manière, à discerner s'il y a*

825 Loi n° 91-650 portant réforme des procédures civiles d'exécution

826 Cass. civ. 3, 23 mars 2017, n° 16-13.060

*eu acquiescement du perdant à la décision qui le condamne ou simple respect de celle-ci. »*⁸²⁷

182. De toute évidence, l'arrêt de l'Assemblée plénière ajoute à la signification des fonctions non prévues par la loi. La signification a prioritairement pour vocation de faire connaître à un adversaire la décision rendue par le juge⁸²⁸. L'un de ses autres buts – mais ce n'est pas le seul – est de faire courir les délais permettant d'exercer les voies de recours⁸²⁹. S'en abstenir revient à laisser la situation s'enliser, et peut-être pendant un temps non négligeable, car si la signification fait courir un délai d'un mois pour relever appel⁸³⁰, l'omission de cette formalité laissera deux ans à toute partie comparante pour attaquer le jugement⁸³¹ et offrira largement le loisir au perdant de demeurer immobile dans la mesure où une décision non notifiée ne saurait le priver d'aucun droit⁸³². Il lui suffira de rester passif, tant sur le plan matériel que dans le volet procédural : la situation serait-elle sensiblement différente s'il avait gagné le procès ?

Peut-être le plaideur a-t-il seulement entendu épargner à son adversaire les démarches permettant d'avoir connaissance de la décision ou, pour éviter toute candeur, verrouiller les délais de procédure de manière à ce qu'à leur expiration l'absence d'appel confère au jugement la force de chose jugée. Lorsqu'elle n'est pas obligatoire en raison de la notification prescrite par la loi, « *les parties usent d'autant plus volontiers de cette faculté que la signification par un acte d'huissier de justice offre une plus grande sécurité et qu'elle permet surtout de remédier à la lenteur consternante de certains greffes* »⁸³³. Il faut aussi réserver l'hypothèse de l'article 670-1 du Code de procédure civile : « *En cas de retour au greffe de la juridiction d'une lettre de notification dont l'avis de réception n'a pas été signé dans les conditions prévues à l'article 670, le greffier invite la partie à procéder par voie de signification.* » Pour autant, la signification ne consolide pas l'autorité de la chose jugée, ne met pas fin à l'instance et ne déclenche pas de poursuites. Assimiler la signification à une mise en demeure, c'est aussi nier qu'elle n'est, à l'instar d'une demande d'*exequatur*, qu'une nécessaire condition préalable : on ne peut faire exécuter sans avoir signifié

827 M. Blatman, *loc. cit.*

828 R. Perrot, « Exécution provisoire : exécution aux risques et périls du gagnant, même en cas d'exécution volontaire », note sous Cass. civ. 2, 8 septembre 2011, RTD civ. 2012, p. 149 : « *La signification d'un jugement a un autre objectif qui est de le porter à la connaissance d'un adversaire et de faire courir les délais de recours.* »

829 C.P.C., art. 640

830 C.P.C., art. 538

831 C.P.C., art. 528-1 al. 1^{er}

832 Cass. mixte, 16 décembre 2005, n° 03-12.206, BICC, 15 février 2006, rapp. Marais, concl. de Gouttes ; D. 2006, AJ, p. 177 ; AJDI 2006, p. 225 ; JCP 2006, II, 10093, note Salhi ; Dr. et proc. 2006, p. 154, note Putman ; RTD civ. 2006, p. 376, obs. Perrot : « *Mais attendu que la force de chose jugée attachée à une décision judiciaire dès son prononcé ne peut avoir pour effet de priver une partie d'un droit tant que cette décision ne lui a pas été notifiée.* » – Cass. civ. 2, 14 septembre 2006, n° 04-20.602, D. 2007, chron. C. cass., p. 901, obs. Vigneau ; D. 2007, pan., p. 2692, obs. Douchy-Oudot ; RTD civ. 2006, p. 824, obs. Perrot

833 R. Perrot, « Voies de recours. Délai : point de départ en cas de notifications successives. », obs. sous Cass. civ. 2, 27 janvier 1993, RTD civ. 1993, p. 651

mais on peut signifier sans contraindre à exécuter. Cette règle est expressément prévue par l'article 503 du Code de procédure civile. En somme, hors les cas où il est exécutoire sur minute, la signification donne force exécutoire au jugement assorti de l'exécution provisoire et offre en conséquence au créancier la possibilité de recourir à une mesure d'exécution forcée s'il le veut et quand il voudra. Elle donne certes force exécutoire mais est essentiellement distincte de la mesure d'exécution forcée qu'elle permet. La loi ouvre une option alors que « *le choix qu'ouvre l'arrêt est, au contraire, un faux choix. Le gagnant peut certes signifier la décision ou s'abstenir de le faire. Mais, une décision non signifiée ne sert à rien ou presque puisqu'elle n'est pas exécutoire !* »⁸³⁴ Ainsi, à vouloir faire jouer à la signification un rôle qui n'est pas le sien, l'utilité du mécanisme s'en retrouve faussée. Finalement, « *les techniques procédurales ont chacune une finalité spécifique qui impose ses propres limites ; et à vouloir leur assigner des missions pour lesquelles elles n'ont pas été conçues, on s'expose à bien des mécomptes, et notamment à des conséquences inattendues que l'on maîtrise mal* »⁸³⁵.

183. Au premier plan de ces conséquences, il y a l'inéluctable fragilisation du référé, procédure dont l'utilité ne s'est jamais démentie⁸³⁶. On risque d'être découragé d'emprunter cette voie si l'on sait que la décision favorable exécutoire *de plano* contribuera à engager sa responsabilité ; peut-être sera-t-on tenté de ne pas signifier cette décision réduite à un tigre de papier. On finira par se demander pourquoi l'on a utilisé cette procédure pour se rappeler qu'elle était *a priori* parfaitement adaptée à une situation d'urgence et d'évidence. Tout bien considéré, on aura perdu un temps précieux en recourant à cette arme à double tranchant, et l'on pourra hésiter longuement encore sur le choix que doit dicter la prudence : faire exécuter et engager sa responsabilité ou ne pas faire exécuter et avoir agi en pure perte. De ce fait, « *celui qui ne veut pas s'exposer aux risques des restitutions ne doit pas même signifier la décision, ce qui crée tout de même des dommages collatéraux dont le moindre n'est pas d'empêcher le cours des délais des voies de recours, et conduit à laisser lettre morte l'imperium juridictionnel* »⁸³⁷.

Plus largement, l'enjeu ne concerne pas la seule ordonnance de référé – présente dans la cause soumise à l'Assemblée plénière – mais encore toutes les décisions de justice au premier degré revêtues de l'exécution provisoire. Il serait intéressant par exemple de savoir si la responsabilité du plaideur serait engagée au cas où le débiteur n'aurait pas connu le jugement par une signification émanant du créancier mais par une notification du greffe de la juridiction, hypothèse dérogatoire

834 Ph. Théry, *loc. cit.*

835 R. Perrot, « Signification des jugements : ses effets et sa portée », RTD civ. 2006, p. 376

836 Ph Théry, *loc. cit.* : « *Le choix de la procédure de référé devient, en lui-même, dangereux pour le plaideur. (...) L'intérêt de saisir le juge des référés s'amenuise pour le moins.* »

837 H. Croze, *loc. cit.*

prévue par l'article 675 du Code de procédure civile et instituée par la loi dans certains contentieux⁸³⁸.

Tel a été le cas dans une affaire où l'arrêté municipal attribuant à une société une licence de taxi avait été attaqué devant la juridiction administrative⁸³⁹. Le président du tribunal administratif avait ordonné en référé la suspension de la décision du maire avant tout jugement au fond. La requête en annulation ayant finalement été rejetée, la société attributaire de la licence avait assigné son adversaire devant le tribunal de commerce aux fins d'indemnisation de son préjudice. La Cour de cassation avait retenu la responsabilité de celui qui avait pris l'initiative de la procédure alors même que le référé-suspension avait été notifié à la demande de la juridiction administrative. En se fondant sur l'article 31 de la loi du 9 juillet 1991, l'arrêt relève que « *la société n'avait pas d'autre choix que d'arrêter son exploitation* » et que « *le titre ayant été anéanti par le jugement rejetant au fond le recours en annulation* », le demandeur initial devait « *restituer la société dans ses droits en nature ou par équivalent* ». La solution est curieuse, d'autant plus que la simple initiative d'engager une procédure n'est (heureusement) pas assimilée à un acte d'exécution générateur de responsabilité⁸⁴⁰. La responsabilité admise par la jurisprudence civile est donc une responsabilité sans faute dans tous les sens du terme, le lien de causalité devant rattacher le préjudice subi à la seule signification. Si un tel mécanisme ne choque pas l'équité, il est néanmoins gênant de constater qu'il a vu le jour à l'ombre de l'article 31 de la loi précitée. Il est possible qu'une telle solution ait pris en compte la particularité du contentieux administratif : l'article R.522-12 du Code de justice administrative exige une notification « *sans délai* » qu'il permet « *par tous moyens* ». L'arrêt de la Cour de cassation n'en fait pas état. Aussi peut-on raisonnablement supputer que la solution s'étendrait à tous les cas où la notification par le greffe se substitue à une signification par le gagnant. Par ailleurs, l'article 3.1^o de la loi du 9 juillet 1991 vise également les décisions de l'ordre administratif.

184. L'intensité de la volonté du débiteur dans son exécution est conséquente à la portée de la signification faite par le créancier. L'arrêt de l'Assemblée plénière estime que quiconque a eu connaissance d'une décision le concernant est tenu de l'exécuter, sauf l'effet suspensif d'une voie

838 Tel est le cas des décisions du conseil de prud'hommes (C. trav., art. R. 1454-26), du tribunal paritaire des baux ruraux (C.P.C., art. 891) et du tribunal des affaires de la sécurité sociale (C.S.S., art. R. 142-27).

839 Cass. civ. 2, 9 septembre 2011, n° 09-68.120, D. 2011, p. 145, note Dupont ; D. 2011, chron. C. cass., p. 632, obs. Sommer et Leroy-Gissinger ; D. 2011, pan., p. 1509, obs. Leborgne ; RTD civ. 2011, p. 584, obs. Théry ; Dr. et proc. 2010, p. 327, note Putman

840 Cass. civ. 1, 30 janvier 2014, Bull. civ. II, n° 31 ; D. 2014, actu., p. 377 ; D. 2014, pan., p. 1466, obs. Leborgne ; Rev. sociétés 2014, p. 198, obs. Roussel-Galle ; JCP 2014, p. 597, n° 8, obs. Bolze : « *Une assignation en ouverture d'une procédure collective ne constitue pas un acte d'exécution d'une décision de justice portant condamnation, qu'elle soit exécutoire à titre provisoire ou de plein droit.* »

de recours. La constatation est un truisme : dans un État de droit, tout sujet de droit doit se soumettre à l'autorité légitime dont fait partie le pouvoir judiciaire. Mais être tenu de faire ne signifie pas qu'on y est contraint. Toute personne condamnée en justice est tenue d'obtempérer. Or, la procédure civile connaît le cas de l'exécution volontaire. Il ne semble pas que cette éventualité soit ici applicable, l'exécution volontaire étant présentée par la loi comme une exception à la notification⁸⁴¹ dispensant de cette formalité qu'elle rend inutile⁸⁴².

Certains auteurs ont distingué l'exécution volontaire de l'exécution spontanée ou encore le consentement exprimé du consentement réel⁸⁴³. Pour eux, « *la question pure est la suivante : celui qui défère à l'imperium d'un jugement exécutoire est-il ou non obligé de le faire ? La réponse est certainement affirmative. Si la volonté suppose un choix libre, l'exécution n'est pas "volontaire" (donc ne vaut pas acquiescement implicite) ; cela n'exclut pas qu'elle soit spontanée. La loi est obligatoire ; heureusement son application par les citoyens est le plus souvent spontanée, sans qu'il soit nécessaire que la force publique vienne systématiquement y prêter la main.* »⁸⁴⁴ Ne serait volontaire qu'une exécution qui ne doit rien à des causes extérieures au débiteur, en particulier à la contrainte⁸⁴⁵. Dans ce dernier cas, au contraire, l'exécution est certes spontanée mais n'est pas volontaire, la notion de contrainte impliquant que la volonté ne puisse plus être exercée librement⁸⁴⁶. Le simple respect d'une décision est distinct de son approbation. Avec quelques nuances, la jurisprudence est relativement homogène sur ce point. Dès 1864, la Haute juridiction a considéré que celui qui paye en vertu d'une ordonnance de référé est réputé l'avoir fait contraint et forcé⁸⁴⁷. Plus récemment, elle a rappelé que « *la présomption d'acquiescement ne pouvait s'appliquer* » lorsque « *le premier juge avait statué par ordonnance de référé, exécutoire de droit* » et que l'exécution n'équivaut pas à un acquiescement⁸⁴⁸, solution évidente quand on sait que l'acquiescement ne concerne que les décisions non exécutoires⁸⁴⁹. Dès lors, « *on ne peut plus parler d'un acquiescement qui ne se conçoit que si la volonté est exempte de toute contrainte, aussi bien*

841 C.P.C., art. 503 al. 1^{er}

842 Cass. civ. 2, 16 juin 2005, n° 03-18.982

843 V. par ex. M. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui. Fictions et réalité*, Fayard, 2013, pp. 90-91

844 H. Croze, *loc. cit.* – V. aussi E.-D. Glasson et A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire et de procédure civile, op. cit.*, t. 2, p. 644 et jurisprudence citée à l'appui.

845 On pourrait utilement rapprocher cette exécution volontaire du désistement volontaire en droit pénal, lequel est impropre à consister en une tentative punissable dans la mesure où la volonté de l'agent est le seul moteur de la renonciation à commettre l'infraction, à l'exclusion des circonstances extérieures.

846 Tel est le cas de la cause de non-imputabilité de contrainte en droit pénal, distincte par cet aspect du fait justificatif d'état de nécessité.

847 Cass. civ., 23 mars 1864, DP 1864, I, 220

848 Cass. civ. 2, 11 octobre 1995, n° 93-21.881 – Cass. civ. 2, 12 février 2004, n° 02-12.392 – Cass. com., 8 février 1994, n° 92-11.227 – Cass. civ. 2, 26 février 1992, n° 90-19.322 – Cass. soc., 2 mai 1974, Bull. civ. V, n° 267 – Paris, 17 décembre 1976, D. 1977, inf. rap., p. 385, obs. Julien

849 C.P.C., art. 410 al. 2 – V. aussi Cass. civ. 2, 15 février 2007, n° 05-22.089, JCP 2007, IV, n° 1579

de droit que de fait »⁸⁵⁰.

Le mémoire ampliatif ne se privait pas de le rappeler et précisait que la partie condamnée en référé se trouvait *de facto* contrainte d'exécuter en raison de la lourde astreinte qui pesait sur elle (1 000 francs par jour) et du paiement possiblement faramineux (presque un million et demi de francs) à laquelle elle s'exposait dans l'avenir au titre de la liquidation de l'astreinte. Le déboursé d'une somme aussi astronomique n'est pas une donnée négligeable. Les conclusions du premier avocat général en font état⁸⁵¹, le rapport du conseiller rapporteur aussi⁸⁵². Les demandeurs au pourvoi considèrent que même en l'absence de toute mesure d'exécution, l'astreinte les contraignait effectivement à exécuter. « *Mais chose curieuse, l'arrêt ne souffle pas mot de cette circonstance particulière. Et c'est bien cela qui est inquiétant.* »⁸⁵³

185. Il convient de déterminer si la présence *in specie* d'une astreinte a pu guider l'Assemblée plénière dans la solution qu'elle a donnée à la question de droit. « *Plus radicalement : l'astreinte est-elle un élément essentiel du débat ? Enlevons l'astreinte, la décision juridictionnelle est-elle moins obligatoire ?* »⁸⁵⁴ Il est vrai que la signification déclenche *ipso jure* le compteur de l'astreinte et qu'ici elle a pu contraindre *ipso facto* à exécuter. Selon le mémoire ampliatif, la demande – à laquelle il fut fait droit – de cette astreinte révélait sans ambiguïté la volonté d'obtenir l'exécution. Mais qui agit en justice sans une telle volonté ? En outre, les arguments à l'appui d'une prise en compte de cette donnée dans le raisonnement des hauts magistrats manquent de solidité, ne serait-ce que parce qu'ils se révèlent trop factuels et trop peu juridiques. C'est oublier que la Cour de cassation est juridiction du droit et non du fait.

Prendre en compte l'astreinte revient à se fonder sur une simple conséquence de la signification et, partant, à en déformer la qualification. Cette qualification a pourtant été précisée sans ambiguïté par la jurisprudence, selon laquelle l'astreinte, « *qui a pour but d'assurer l'exécution des décisions de justice par le prononcé d'une condamnation pécuniaire accessoire et éventuelle, n'est pas une modalité de l'exécution forcée des jugements* »⁸⁵⁵. Demander une astreinte, et éventuellement l'obtenir, ne revient donc pas à emprunter une voie d'exécution. Le juge peut d'ailleurs la prononcer d'office⁸⁵⁶. Si l'astreinte peut *en fait* contraindre à exécuter, elle n'est pas *en*

850 R. Perrot, « Exécution d'un jugement non assorti de l'exécution provisoire », obs. sous Cass. civ. 2, 5 avril 2007, n° 06-12.216, Procédures 2007, comm. 125

851 R. de Gouttes, *loc. cit.*

852 M. Blatman, *loc. cit.*

853 R. Perrot, note sous Cass. plén., 24 février 2006, précit., Procédures 2006, comm. 96

854 H. Croze, *loc. cit.*

855 Cass. civ. 2, 16 juillet 1992, n° 91-11.813, JCP G 1993, II, 22017, note Le Tourneau – Pour cette raison, la trêve hivernale ne saurait suspendre l'astreinte : Cass. civ. 2, 4 juillet 2007, n° 05-15.382

856 Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, art. 33

droit une voie d'exécution. On s'en convaincra d'autant mieux en relevant un courant jurisprudentiel qui, se fondant sur l'article 410 du Code de procédure civile, considère que « *l'exécution sans réserve d'un jugement non exécutoire vaut acquiescement, ce jugement eût-il prononcé une condamnation sous astreinte* »⁸⁵⁷, solution identique en présence d'un commandement de payer⁸⁵⁸. Auxiliaire de la décision de justice, l'astreinte ne se confond pas avec elle ; aussi est-ce dans celle-là plutôt que dans celle-ci qu'il faut chercher un élément de compréhension de l'arrêt de l'Assemblée plénière. Il semble, à la lecture combinée de ces diverses solutions de la Haute juridiction, que c'est l'essence de la décision – exécutoire ou non-exécutoire⁸⁵⁹ – qui est de nature à enrichir la signification d'une portée coercitive. De même, le commandement d'exécuter la décision a pu être considéré tour à tour en jurisprudence comme « *n'affecta[n]t pas le caractère volontaire de l'exécution* »⁸⁶⁰ ou comme « *le premier acte de la procédure d'exécution de la décision frappée d'appel* »⁸⁶¹ à l'aune du caractère exécutoire ou non-exécutoire du jugement querellé. Un arrêt du 8 septembre 2011 a dissipé les derniers doutes qui pouvaient subsister en réitérant la solution de 2006 dans une espèce où le jugement assorti de l'exécution provisoire mais dépourvu d'astreinte n'avait été que signifié⁸⁶². On rompt avec une jurisprudence plus ancienne et sans doute plus cohérente, qui considérait que la seule signification n'équipollait pas à un acte d'exécution forcée⁸⁶³, pas plus d'ailleurs que le commandement de payer⁸⁶⁴. « *Cela montre que, malgré son impact pratique, l'astreinte n'est qu'un élément théoriquement accessoire : une décision exécutoire doit*

857 Cass. civ. 2, 15 avril 1991, n° 90-11.469 – V. contra Cass. civ. 3, 5 février 1974, JCP 1974, IV, 103 : l'exécution, même sans réserve, d'une condamnation assortie d'une astreinte, ne vaut pas acquiescement. – Cass. civ. 3, 15 février 2006, n° 01-70.106 : l'exécution même sans réserve n'emporte pas présomption d'acquiescement. – Cass. civ. 3, 30 avril 2002, n° 01-70.076 : est exigée la preuve d'une intention non équivoque d'acquiescer. – Cass. civ. 2, 3 avril 2003, n° 00-17.949 – Cass. soc., 4 novembre 1982, Gaz. Pal. 1983, I, 97, obs. Guinchard – Cass. civ. 3, 17 octobre 1984, Gaz. Pal. 1985, I, 15, obs. Guinchard – Cass. civ. 2, 6 mai 1987, D. 1987, p. 435, note Groutel

858 Cass. soc., 2 avril 1997, n° 95-40.447, Procédures 1997, n° 144, note Perrot

859 En l'occurrence, le référé est exécutoire *de plano* : C.P.C., art. 489 et 514

860 Cass. soc., 2 avril 1997, précit.

861 Cass. civ. 3, 31 mai 1978, n° 77-20.005

862 Cass. civ. 2, 8 septembre 2011, n° 10-18645, RTD civ. 2012, p. 149, obs. Perrot ; AJDI 2012, p. 48, note de La Vaissière : « *Attendu que pour débouter la société Boulangerie Connil de sa demande en paiement de dommages-intérêts aux fins de réparation du préjudice résultant de la restitution des locaux en exécution du jugement prononçant la résiliation du bail, l'arrêt retient que M. et Mme Y... qui n'ont pas fait procéder à l'exécution forcée du jugement assorti de l'exécution provisoire que la société Boulangerie Connil a volontairement exécuté, n'ont commis aucune faute ; Qu'en statuant ainsi, alors que le jugement prononçant la résiliation du bail ayant été signifié à la requête de M. et Mme Y... à la société Boulangerie Connil, cette dernière était tenue de l'exécuter, la cour d'appel a violé le texte susvisé.* »

863 Cass. civ. 3, 26 mars 1997, n° 95-10.940, D. 1997, p. 331, note Atias : « *la cour d'appel a légalement justifié sa décision de ce chef en retenant que la SCI ne pouvait réclamer la réparation d'un préjudice, alors que le syndicat des copropriétaires n'avait jamais effectué d'actes de poursuites en exécution forcée* ». Dans cette obscure affaire de transformation de sous-sols primitivement destinés à usage de garages ou de remises en studios, le gagnant a seulement signifié le jugement, et le perdant l'a exécuté. La Cour de cassation a estimé que l'exécution était volontaire. Retenons cependant que l'arrêt fait état du comportement du perdant qui avait « *négligé de reprendre les démarches administratives nécessaires à la régularisation de ses projets* ».

864 Cass. civ. 1, 10 juillet 1996, n° 94-17.141 : « *Attendu que le commandement de payer constitue non pas un acte d'exécution, mais un acte préparatoire à celle-ci.* »

*être exécutée ; la contrainte est dans l'imperium, qui peut éventuellement être renforcé par l'astreinte, laquelle remplit alors une fonction comparable à celle du contempt of court. »*⁸⁶⁵

186. La solution de l'Assemblée plénière apparaît donc équitable : il faut dédommager le perdant initial qui a eu la diligence de se conformer à un jugement exécutoire. Elle n'en laisse pas moins de heurter la logique juridique et trahit une certaine inadaptation des textes. « *Si l'équité commande de conférer un régime uniforme aux conséquences de l'exécution d'une décision infirmée, que le perdant ait été contraint d'exécuter ou qu'il y ait procédé volontairement, encore faut-il trouver un fondement adapté à la responsabilité du gagnant.* »⁸⁶⁶ Le fondement légal a sans doute été choisi par défaut : il est le moins inadapté mais il est bancal. La loi de 1991, en effet, ne régit que les mesures d'exécution forcée. Le premier alinéa de l'article 31 – dont l'alinéa second paraphrase la formule prétorienne des risques et périls – ne renvoie qu'à l'exécution forcée. « *En conséquence, le fondement tiré de l'article 31 paraît inadapté dans le cas où l'exécution du titre exécutoire est réalisée volontairement, sans recours à une mesure de contrainte forcée.* »⁸⁶⁷ C'est pourquoi, dans un souci de cohérence, Madame Fricero préconise une reformulation des termes de la loi, qui pourraient disposer plus simplement « *que toute exécution d'un jugement exécutoire de droit ou à titre provisoire se réalise aux risques de celui qui en bénéficie* »⁸⁶⁸. Ce serait de *lege ferenda* le simple bénéficiaire de la décision exécutoire qui exposerait sa responsabilité envers le destinataire de cette même décision ; pour ne pas déséquilibrer le système, il serait souhaitable de permettre au créancier de se soustraire à sa responsabilité en faisant savoir au débiteur qu'il ne souhaite pas recevoir le paiement, si ce dernier est de plein droit ou a été prononcé d'office. Malheureusement cette faculté n'existe pas *de lege lata*.

En l'état actuel du droit positif, il est certain que « *refuser la possibilité d'une indemnisation au motif que l'ordonnance de référé n'a fait l'objet d'aucune exécution forcée et qu'elle a été exécutée spontanément par la partie perdante, cela revient implicitement à réintroduire la nécessité d'une faute ou d'un abus de droit dans l'exécution de la décision pour que la responsabilité de la partie gagnante puisse être engagée* »⁸⁶⁹. Si l'on voulait être incommodé par une responsabilité incolore telle que la responsabilité sans faute, on trouverait, comme le suggère Monsieur Putman⁸⁷⁰, une échappatoire utile dans la règle *Quod nullum est nullum producit effectum*. Puisque « *tout se*

865 H. Croze, *loc. cit.*

866 N. Fricero, *loc. cit.*

867 *Ibid.*

868 *Ibid.*

869 R. de Gouttes, *loc. cit.*

870 E. Putman, note sous Cas. civ. 2, 9 septembre 2010, Dr. et proc. 2010, p. 329

*passe comme si le jugement n'avait jamais existé »*⁸⁷¹, il ne doit plus pouvoir produire d'effets de droit, et ceux qu'il a déjà générés doivent disparaître rétroactivement, ce qui appelle au bas mot les restitutions conséquentes, voire des réparations supplémentaires.

Enfin, à quoi servirait l'instance d'appel si elle ne permettait pas d'annihiler totalement les méfaits d'un jugement erroné ? Si certains effets de la décision réformée devaient se maintenir, le droit à un recours effectif s'en verrait atteint. Ce droit est doué de valeur constitutionnelle⁸⁷² – quoiqu'il faille quelque peu tempérer l'affirmation⁸⁷³ – et, surtout, est protégé par l'article 13 de la Convention européenne. Le droit au recours effectif risque d'être sapé par un mécanisme autrement plus comminatoire que l'astreinte : il s'agit du retrait du rôle organisé par l'article 526 du Code de procédure civile, et qui porte atteinte non pas tant au patrimoine du débiteur qu'au droit d'appel de l'appelant.

B. La radiation de l'instance d'appel

187. Le décret du 20 juillet 1989⁸⁷⁴ a inséré dans le Code de procédure civile un article 1009-1 en vertu duquel peut être décidée la radiation d'une affaire lorsque le demandeur au pourvoi n'a pas exécuté l'arrêt dont il sollicite la cassation. « *Ce texte est le résultat d'un compromis avec ceux qui prônaient la suppression de l'effet suspensif de l'appel.* »⁸⁷⁵ Pour la Cour de Strasbourg, cette disposition n'est pas dans son principe attentatoire aux exigences du procès équitable⁸⁷⁶, sauf lorsque sa mise en œuvre est disproportionnée, par exemple par la non prise en compte du grand âge du requérant ou de ses faibles ressources, ce qui avait conduit à la condamnation de la France dans l'affaire *Annoni di Gussola*⁸⁷⁷. Il est très révélateur que la Cour européenne ait inséré dans la

871 C. Lefort, obs. sous Cass. civ. 3, 4 juin 2008, Dr. et pr. 2008, p. 323

872 F. Lemaire, « Respect du principe à valeur constitutionnelle du droit au recours effectif devant une juridiction », JCP G 2005, II, 10107 – Cons. constit., décis. n° 96-373 du 9 avril 1996, *Polynésie française*, AJDA 1996, p. 371, obs. Schramek ; RFDC 1996, p. 584, obs. Renoux ; Rev. dr. publ. 1996, p. 953, obs. Luchaire ; Justices 1997, p. 247, n° 5, obs. Drago et Molfessis ; D. 1998, somm., p. 153, obs. Renoux : « *Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : "Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution" ; qu'il résulte de cette disposition qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction.* »

873 E. Fischer-Achoura, « Sur les rapports entre le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit – La conformité à la Constitution d'une réforme de l'appel civil », Cah. Cons. constit., juin 2004, n° 16, Études et doctrine : « *L'expression "droit d'exercer un recours" est ambiguë. Une analyse globale de la jurisprudence du Conseil constitutionnel révèle que la formule vise le droit à un recours devant une juridiction de premier degré, et non le droit d'agir devant un second juge à titre de contrôle du jugement.* »

874 Décret n° 89-511 du 20 juillet 1989 modifiant certaines dispositions de procédure civile

875 R. Martin, « Les détournements de la procédure judiciaire », RTD civ. 2007, p. 723

876 CEDH, avis, 9 janvier 1995, *M. c/. France*, n° 20373/92, Justices 1996, n° 3, p. 240, obs. Cohen-Jonathan et Flauss

877 CEDH, 14 novembre 2000, *Annoni di Gussola c/. France*, n° 31819/96 et 33293/96, D. 2001, somm., p. 1061, obs. Fricero ; JCP 2001, I, 291, obs. Sudre ; Procédures 2001, n° 41, obs. Croze ; RTD civ. 2001, p. 445, obs. Marguénaud ; Dr. et proc. 2001, p. 176, obs. Hugon – CEDH, 31 juillet 2001, *Mortier c/. France*, n° 42195/98, Dr. et proc. 2002, p. 25, obs. Hugon – CEDH, 25 septembre 2003, *Bayle c/. France et Pages c/. France*, n° 45840/99 et 50343/99, D. 2003, inf. rap., p. 2605 ; D. 2004, p. 988, obs. Fricero ; JDI 2004, p. 678, obs. Tavernier – CEDH, 18 janvier 2005, *Carabasse c/. France*, n° 59765/00 – CEDH, 3 octobre 2006, *Cour c/. France*, n° 44404/02 – Le

légitimité des buts poursuivis par cet article l'utilité de « *désengorger le rôle de la Cour de cassation* »⁸⁷⁸. Par un raisonnement *a pari* on peut présumer que le soulagement des cours d'appel est également l'un des buts poursuivis par l'installation de ce mécanisme dans la procédure d'appel. Pourtant, dans l'arrêt auquel nous faisons allusion, la Cour de Strasbourg considère que ledit mécanisme, s'il peut « *provisoirement* » alléger le travail de la Haute juridiction, a vocation à être remplacé par un examen des pourvois dans des délais raisonnables.

Le mécanisme, de provisoire est devenu durable, par son exportation de la Cour de cassation vers les cours d'appel. En effet, le décret du 28 décembre 2005 a réalisé la « *transposition malheureuse de l'article 1009-1* »⁸⁷⁹ qui, en appel, est devenu l'article 526 du Code de procédure civile. Ce texte, dans sa rédaction actuelle, permet à l'intimé de demander la radiation du rôle de l'affaire en cas d'inexécution du jugement par l'appelant. Il faut souligner que ce décret emploie ici le mot « *radiation* », terme qui a également été substitué au « *retrait du rôle* » de l'article 1009-1. Cette différence de vocabulaire est significative. Le retrait du rôle, aux termes de l'article 382, « *est ordonné lorsque toutes les parties en font la demande écrite et motivée* ». La radiation, au contraire, « *sanctionne dans les conditions de la loi le défaut de diligence des parties* » selon l'article 381. Celui-là est normalement conventionnel tandis que celle-ci est en principe une sanction. Des ordonnances du premier président de la Cour de cassation l'avaient relevé sous l'empire de l'ancienne rédaction⁸⁸⁰. La radiation devrait sanctionner un défaut de diligence, c'est-à-dire une nonchalance dans le comportement processuel, alors qu'elle est ici appliquée à l'exécution : il s'agit, *ab initio*, d'un maniement maladroit des techniques procédurales, car « *le défaut d'exécution par l'appelant n'a aucune incidence sur la bonne marche de l'instance* »⁸⁸¹ et l'exécution n'en aura pas davantage.

188. Lorsqu'on compare les articles 526 et 1009-1 du Code de procédure civile, on constate que « *l'inspiration est la même : celui qui n'a pas exécuté la décision attaquée n'est pas digne d'être entendu par la juridiction supérieure saisie d'un recours* »⁸⁸². Une différence de taille subsiste :

premier président de la Cour de cassation a pris acte de ces jurisprudences : Cass., ord. prem. prés., 23 avril 2003, n° 02-12.181 – 12 novembre 2003, n° 98-11.202 et 01-15.989

878 CEDH, 14 novembre 2000, *Annoni di Gussola c/. France*, précit., § 50

879 F. Ferrand, « Appel », *Rép. Dalloz proc. civ.*, n° 857

880 Cass. ord. prem. prés., 23 mars 1994, n° 93-43.994 : « *Attendu que la mesure de "retrait du rôle", prescrite par ce texte à l'encontre du débiteur condamné qui se pourvoit en cassation, ne constitue ni la sanction d'un défaut de diligences, ni celle d'une irrecevabilité quelconque.* » – Cass. ord. prem. prés., 30 avril 1997, n° 96-60.194 : « *Attendu que la mesure de retrait du rôle prescrite par l'article 1009-1 du nouveau Code de procédure civile à l'encontre du débiteur condamné qui se pourvoit en cassation ne constitue ni la sanction d'un défaut de diligence ni celle d'une irrecevabilité quelconque mais une mesure d'administration et de régulation destinée à rappeler le caractère extraordinaire du recours en cassation et à faire assurer au bénéficiaire d'une décision de justice exécutoire la pleine effectivité des prérogatives qui lui ont été reconnues par les juges du fond.* »

881 J. Théron, « Mesure d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification », D. 2010, p. 2246

882 R. Perrot, « Les métamorphoses de l'exécution provisoire », in *De Code en Code. Mélanges en l'honneur du doyen*

dans la mise en œuvre de l'article 526, le jugement est assorti de l'exécution provisoire, tandis qu'avec l'article 1009-1, l'arrêt est exécutoire par sa nature même. Ce caractère exécutoire commun ne doit pas faire oublier les origines différentes dans lesquelles il prend racine. Ainsi, il ne va pas de soi qu'un tel alignement de la procédure d'appel sur la procédure de cassation fût nécessaire et, à tous points de vue, juridiquement cohérent. C'est oublier que l'appel, voie de recours ordinaire, diffère de la cassation, voie de recours extraordinaire, en nature et pas seulement en degré. Or, l'article 526 « *assimile purement et simplement cette voie de recours ordinaire à une voie de recours extraordinaire. (...) Dans cette perspective, ne faut-il pas considérer que l'obligation d'exécuter pour préserver le droit d'appel est purement et simplement inconciliable avec son caractère ordinaire et porte ainsi atteinte, de manière objective, à sa substance même ?* »⁸⁸³ La prise en compte de ce caractère ordinaire eût permis d'adapter et de modeler plutôt que d'appliquer brutalement ce qui pouvait seoir à un caractère extraordinaire.

L'exécution provisoire judiciaire ou légale aurait dû suffire à renforcer l'effectivité du jugement puisqu'elle fournissait déjà au créancier un titre permettant d'actionner le débiteur en paiement⁸⁸⁴. Quant à la nécessité de lutter contre les appels dilatoires, les armes utilisées sont inappropriées : on ne conjure pas un abus de droit au moyen de critères purement économiques. Il suffirait en effet que l'appelant soit désargenté pour que la demande de radiation soit rejetée, l'appel fût-il manifestement abusif. Derrière les arguments donnés à l'appui de l'article 526, on comprend que c'est moins la protection du créancier ou la revalorisation des décisions judiciaires qui sont recherchées que le désengorgement des cours par une évacuation des affaires sans examen au fond.

189. La Cour de cassation a rappelé, conformément aux articles 383 alinéa 1^{er} et 537 du Code de procédure civile, que la radiation du rôle est une mesure d'administration judiciaire, par là même insusceptible de recours⁸⁸⁵. Cette solution a été critiquée, notamment parce qu'elle donne à la sanction une qualification qui correspond peu à sa nature profonde : même travestie en mesure d'administration judiciaire, elle présente tous les attributs d'un acte juridictionnel⁸⁸⁶. Les critiques

Georges Wiederkehr, op. cit., p. 611, spéc. p. 617, n° 8

883 Ph. Hoonakker, « Dernières réformes de l'exécution provisoire. Raison et déraison. », *loc. cit.*

884 *Ibid.* : « *La neutralisation de l'effet suspensif par l'exécution provisoire, déjà largement attentatoire à la nature propre de l'appel, ne suffit-elle pas amplement dans la mesure où elle confère au créancier un titre exécutoire dont il pourra poursuivre l'exécution forcée à ses risques et périls ?* »

885 Cass. civ. 1, 16 novembre 2004, Bull. civ. I, n° 266 – Cass. civ. 2, 18 juin 2009, n° 08-15.424, D. 2009, pan., p. 169, obs. Fricero ; D. 2009, p. 2532, note Norguin ; Dr. et proc. 2009, p. 349, obs. Douchy-Oudot ; RTD civ. 2009, p. 574, obs. Perrot – C.P.C., art. 383 et 537

886 R. Perrot, « Exécution provisoire : radiation du rôle de la juridiction d'appel pour défaut d'exécution du jugement », note sous Cass. civ. 2, 18 juin 2009, précit., RTD civ. 2009, p. 574 : « *Il est difficile de soutenir que le conseiller de la mise en état qui statue sur une demande de radiation formulée par l'intimé pour défaut d'exécution du jugement attaqué, n'exerce pas un pouvoir juridictionnel destiné à départager des intérêts rivaux en conflit, puisque par hypothèse la radiation doit avoir été demandée par l'intimé. Qu'on le veuille ou non, la décision qui sera prise aura une densité contentieuse, avec pour enjeu le sort d'une voie de recours qui est une voie de recours*

concernent également le coup porté au droit d'appel qui, sans être absolu, n'en demeure pas moins fondamental en droit interne et en droit européen. « *Cette radiation, véritable jugement, est donc à tort privée de voies de recours.* »⁸⁸⁷ L'appelant devra donc convaincre en amont le juge de ne pas la prononcer, avant qu'il ne soit trop tard.

Pour que cette mesure soit valablement privée de recours, encore faudrait-il que le droit d'appel fasse l'objet de garanties suffisantes. La radiation ne peut, certes, être prononcée d'office, et le principe du contradictoire est lui aussi respecté ; malgré cela, l'absence de recours le fragilise considérablement. « *On soulignera d'abord l'enchaînement diabolique dont l'exécution provisoire constitue le point de départ pour déboucher en fin de course sur la suppression d'un double degré de juridiction. (...) Cette descente aux enfers est impressionnante. À partir de la décision discrétionnaire d'un tribunal qui a prescrit l'exécution provisoire, au besoin d'office et sans en donner les raisons, l'affaire peut s'acheminer progressivement vers une suppression du double degré de juridiction. Et cela, tout simplement par l'effet de décisions successives rendues à juge unique donc certaines ne peuvent faire l'objet d'aucun recours* »⁸⁸⁸.

La perte du droit d'appel résulte alors de la conjonction de deux éléments : d'une part, la suspension de l'instance qu'entraîne la radiation du rôle⁸⁸⁹ ; d'autre part, la péremption biennale qui éteint l'instance à titre principal⁸⁹⁰. Cette péremption n'éteint pas l'action⁸⁹¹ mais, en appel, confère au jugement la force de la chose jugée⁸⁹². « *Simple intermède procédural, la radiation, tel un caméléon, peut se transformer en une cause d'extinction de l'instance.* »⁸⁹³ Pour ces raisons, certaines ordonnances ont estimé que les dispositions de l'article 526 contrevenaient à celles de

ordinaire. Il est toujours facile de dire qu'il s'agit d'une radiation, et donc d'une mesure d'administration judiciaire. Avec des étiquettes, on peut refaire un monde. Mais le rôle que le juge est appelé à jouer et les conséquences qui découlent de sa décision, généralement prise dans un contexte conflictuel, ne sont pas indifférents à la qualification de la mesure. » – V. contra V. Norguin, « Nature et régime de la radiation du rôle en appel », note sous Cass. civ. 2, 18 juin 2009, précit., D. 2009, p. 2532 : « *Ici, la décision de radiation ne sanctionne pas un défaut de diligence procédurale, mais la non-exécution du jugement attaqué. Le fait qu'elle doive être motivée et qu'elle statue sur des intérêts concurrents ne saurait lui faire perdre son caractère non juridictionnel. (...) Ces mesures de nature administrative, dont l'objet est d'assurer le bon fonctionnement du service de la justice ou le bon déroulement de l'instance, ne tranchent en rien le litige et n'apportent aucune solution au fond ; à ce titre, le conseiller de la mise en état saisi d'une demande de radiation n'a pas à examiner les mérites de l'appel.* » – Monsieur Brenner considère que selon la jurisprudence de la Cour de cassation, « *il ne suffit pas qu'une décision judiciaire affecte même de manière très importante les droits processuels des parties pour être qualifiée de juridictionnelle et se voir reconnaître l'autorité de la chose jugée. Pour elle, cette qualification et cet attribut supposent une incidence, sinon forcément directe, du moins nécessaire sur les droits et obligations des parties, c'est-à-dire leurs droits substantiels* » (C. Brenner, « Les décisions dépourvues d'autorité de chose jugée », Procédures 2007, étude 13).

887 J. Théron, *loc. cit.*

888 R. Perrot, « Les métamorphoses de l'exécution provisoire », in *De Code en Code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, op. cit., p. 611, spéc. p. 618-619, n° 9

889 C.P.C., art. 377

890 C.P.C., art. 385 et 386

891 C.P.C., art. 389

892 C.P.C., art. 390

893 V. Norguin, *loc. cit.*

l'article 6 § 1 de la Convention européenne⁸⁹⁴. L'une d'elles relève « *que l'obligation pour l'appelant d'exécuter une décision assortie par le premier juge de l'exécution provisoire pour préserver l'exercice effectif de son droit d'appel est inconciliable avec la nature même de cette voie de recours ordinaire permettant un nouvel examen du litige en fait et en droit* »⁸⁹⁵.

190. La Cour européenne n'est pas allée aussi loin. Si elle a condamné la France dans l'arrêt *Chatellier*⁸⁹⁶, ce n'est pas en raison d'une inconvencionnalité *per se* de l'article 526 du Code de procédure civile, mais plutôt de ses conditions de mise en œuvre *in specie*. Dans cette affaire, le conseiller de la mise en état aurait dû écarter la radiation en constatant l'impossibilité d'exécuter une condamnation deux-cent-quarante fois supérieure aux revenus de l'appelant, ce qu'il n'a pas fait, croyant pouvoir présumer une fraude fiscale pourtant non établie⁸⁹⁷. L'impossibilité d'exécuter et les conséquences manifestement excessives permettant d'éviter la radiation sont autant de dispositions constituant une « *clause de sauvegarde* »⁸⁹⁸ qui rend l'ensemble du dispositif conforme aux exigences du procès équitable. Selon Madame Ferrand, cette solution de la Cour européenne « *a été décevante dans la mesure où elle n'a pas directement confronté les caractères fondateurs de l'appel à la mesure de radiation instaurée par ledit article 516. Elle s'est contentée d'appliquer un contrôle de la proportionnalité de la mesure plus exigeant qu'il ne l'est dans la procédure de cassation* »⁸⁹⁹.

Il fallait trouver à la lumière du droit européen un juste équilibre entre les intérêts concurrents des parties : l'accès au juge participe du droit au procès équitable, mais c'est non moins le cas de l'exécution des décisions de justice. Une victoire judiciaire non suivie d'effets ne serait d'aucune utilité, car « *le droit tourne à vide si les jugements ne sont pas ultimement exécutés* »⁹⁰⁰.

894 Limoges, ord. prem. prés., 31 août 2006, Dr. et proc. 2007, p. 73, obs. Norguin – Amiens, 1^{ère} ch., 16 février 2007, n° 05/102455 – Amiens, ord. CME, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 13 avril 2007, n° 06/04591, Juris-Data, n° 340976 – Colmar, ord. CME, 10 janvier 2008, Dr. et proc. 2008, p. 107, obs. Hoonakker – V. contra Colmar, 3^{ème} ch. A, 30 avril 2007, D. 2008, jur., p. 204, note Norguin – Paris, ord. CME, 1^{ère} ch., sect. A, 3 février 2009, n° 07/13247 – Paris, 16^{ème} ch., 7 mars 2007, n° 7906 – Douai, ord. CME, 1^{ère} ch., 1^{ère} 1^{ère}sect., 24 mars 2009, n° 08/01251

895 Amiens, ord. CME, 13 avril 2007, précit.

896 CEDH, 31 mars 2011, *Chatellier c/. France*, n° 34658/07, D. 2011, p. 1089 ; Dr. et proc. 2011, p. 176, obs. Hoonakker ; JCP 2011, p. 460 et 735, obs. Milano

897 Le Trésor public avait délivré aux organismes de sécurité sociale et de retraite des avis à tiers détenteurs portant sur le recouvrement de sommes dues à l'administration fiscale par l'appelant. La créance fiscale s'élevait à 292 926 euros, le conseiller de la mise en état avait présumé qu'ils révélaient une habitude de dissimulation fiscale dans la période où avait été souscrit l'emprunt litigieux et que l'importance de la somme devait faire considérer que l'appelant disposait d'un patrimoine supérieur à ses revenus déclarés, lequel devait lui permettre d'exécuter la condamnation. L'ordonnance avait retenu ces éléments non prouvés pour écarter l'impossibilité d'exécuter et prononcer la radiation.

898 N. Fricero, « Droit d'accès à un tribunal et radiation du rôle de la cour d'appel », Procédures n° 5, mai 2011, comm. 171

899 F. Ferrand, *op. cit.*, « Appel », n° 860

900 M.-A. Frison-Roche, « La justice : instaurer une confiance pragmatique et symbolique », in *Le courage de réformer*, (dir.) C. Bébéar, éd. Odile Jacob, 2002, p. 127

Chacun sait, pour rappeler la formule célèbre de l'affaire *Airey*, que « *la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs. (...) La remarque vaut en particulier pour le droit d'accès aux tribunaux, eu égard à la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique* »⁹⁰¹. C'est pourquoi la jurisprudence de la Cour de Strasbourg a intégré à l'article 6 § 1 de la Convention le droit à l'exécution⁹⁰². Dès lors, « *il serait pour le moins paradoxal qu'une mesure visant à garantir cet attribut du procès équitable puisse s'avérer contraire au procès équitable !* »⁹⁰³ Toutefois, selon la Cour européenne, ce droit à l'exécution n'est attaché qu'aux « *décisions judiciaires définitives et obligatoires* »⁹⁰⁴, ce qui, en droit français, correspond aux décisions irrévocables, c'est-à-dire celles se trouvant au bout de la chaîne des instances et n'étant plus soumises à une éventuelle infirmation. Il faut en tirer la conclusion logique que les droits respectifs des parties – le droit à l'exécution pour l'intimé et le droit au recours pour l'appelant – ne sont pas sur un pied d'égalité. La protection moindre que l'article 6 § 1 accorde en l'occurrence à l'intimé a pour conséquence immédiate une protection accrue offerte à l'appelant.

191. Le Conseil d'État a pris acte de ces précisions et a cherché à concilier les dispositions du droit interne avec les exigences du droit européen. Il a considéré « *que cette procédure de radiation, dès lors qu'elle touche à l'exercice d'une voie de recours ordinaire et non d'une voie de recours extraordinaire comme la cassation où elle était jusqu'ici cantonnée, appellera de la part du juge d'appel une vigilance particulière afin de s'assurer dans chaque situation d'espèce, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qu'il ne sera pas porté atteinte à la substance même du droit d'accès au juge* »⁹⁰⁵. Les magistrats sont donc invités à une particulière prudence. Une fois de plus, c'est le respect de la proportionnalité qui est exigé, but qui sera atteint au moyen d'une évaluation adéquate des circonstances économiques de l'appelant.

192. D'autres considérations sont de nature à faire douter de la légitimité de l'article 526 ou, du

901 CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/. Irlande*, n° 6289/73, § 24

902 CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c/. Grèce*, n° 18357/91, § 40 et s. : « *Toutefois, ce droit [à un tribunal] serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un Etat contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie.* » – CEDH, 11 décembre 2003, *Karahalios c/. Grèce*, n° 62503/00, § 29 – CEDH, 22 décembre 2005, *Iera Moni Profitou Iliou Thiras c/. Grèce*, n° 32259/02, § 34 – CEDH, 11 octobre 2011, *Valyrakis c/. Grèce*, n° 27939/08, § 39 – CEDH, 7 janvier 2014, *Fondation Foyers des élèves de l'Église réformée et Stanomirescu c/. Roumanie*, n° 2699/03 et 43597/07, § 56

903 N. Fricero, « Déchéance du pourvoi pour inexécution de l'arrêt », D. 2001, p. 1061

904 CEDH, 18 avril 2002, *Ouzounis c/. Grèce*, n° 49144/99, § 21, D. 2002, p. 2572, note Fricero : « *La Cour ne saurait admettre que l'article 6 protège non seulement la mise en œuvre de décisions judiciaires définitives et obligatoires, mais aussi celle de décisions qui peuvent être soumises au contrôle de plus hautes instances et, éventuellement, infirmées.* »

905 *Sécurité juridique et complexité du droit*, Doc. fr., 2006, p. 56

moins, de la solidité technique du dispositif. Entre autres, en cas de réformation du jugement, aucun régime de responsabilité n'est institué à l'encontre de l'intimé qui a sollicité cette mesure, laquelle a en fait contraint l'appelant à exécuter. En suivant la solution de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière le 24 février 2006, il faudrait pourtant faire peser une responsabilité semblable sur l'intimé, car « *une demande de radiation est autrement plus prégnante qu'une signification. (...) Cette responsabilité potentielle devrait inciter l'intimé à réfléchir sérieusement aux mérites de ses propres défenses avant de demander la radiation de l'instance d'appel* »⁹⁰⁶. Dans le silence des textes et en l'absence de toute précision de la Cour de cassation, c'est la sécurité juridique qui n'est plus assurée à l'égard de l'intimé.

De même, les conditions de la péremption ne sont pas clairement définies par la loi. Alors que devant la Cour de cassation, « *le délai de péremption court à compter de la notification de la décision ordonnant la radiation* »⁹⁰⁷, aucune disposition semblable ne s'applique devant la cour d'appel. La jurisprudence s'est donc reportée au droit commun et a fixé le point de départ du délai au jour du dépôt des dernières conclusions de l'appelant⁹⁰⁸. Si l'on veut sanctionner un défaut de diligence dans la conduite de l'instance, la solution est cohérente ; mais si l'on entend blâmer un défaut d'exécution, ce qui est ici le cas, la solution est inappropriée. Ce mélange des genres est regrettable quoique guère surprenant dans la mesure où l'on s'est servi, pour tenter de résoudre un problème de fond, d'une sanction destinée à résoudre un problème de procédure, d'où de fatales confusions. Un auteur a qualifié le mécanisme d' « *institution baroque* »⁹⁰⁹.

193. Naturellement, il est difficile de savoir en quoi consiste la diligence interruptive du délai biennal. Les diligences ayant pour effet de rétablir l'affaire devraient, selon l'article 383, être relatives à la bonne marche de l'instance : elles sont ici, au contraire, appliquées à l'exécution du jugement. « *On voit poindre la dérive : le défaut de diligence ne devrait être qu'un défaut de diligence lié à l'instance et nullement un défaut de diligence lié à l'exécution de la décision.* »⁹¹⁰ Les dispositions afférentes au pourvoi en cassation ont au moins le mérite de la pondération puisque, tout en exigeant aussi l'exécution de la décision attaquée comme condition d'un nouvel enrôlement, l'article 1009-2 interrompt le délai de péremption « *par un acte manifestant sans*

906 R. Perrot, « Les métamorphoses de l'exécution provisoire », in *De Code en Code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, op. cit., p. 611, spéc. p. 623, n° 12

907 C.P.C., art. 1009-2 al. 1^{er} – Cass., ord. prem prés., 23 avril 2003, n° 98-21597 : cette notification doit être faite à personne. – L'article 1009-2 se substitue à une jurisprudence qui avait fixé le point de départ du délai de péremption à la décision de retrait du rôle : Cass. civ. 3, 20 janvier 1999, Bull. civ. III, n° 15 ; Procédures 1999, comm. n° 149, obs. Perrot

908 Cass. civ. 2, 21 février 2013, n° 11-28.632, Gaz. Pal. 2013, p. 1790, note Raschel

909 J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz action, 2015, 5^{ème} éd., chap. 111, p. 610, n° 18

910 Ph. Gerbay, « L'article 526 du NCPC : premières approches », Gaz. Pal. 14 février 2006, p. 3, n° 45 ; Procédures 2006, étude 15

équivoque la volonté d'exécuter ». L'alinéa 2 de l'article 526 du Code de procédure civile est pour le moins catégorique : il faut exécuter ! La voie ordinaire devient encore moins praticable que la voie extraordinaire. On peut espérer que la jurisprudence tempèrera la rigueur de cette disposition et suivra la logique – cette fois bénéfique – de la transposition : puisqu'une volonté manifeste d'exécuter suffit dans la procédure de cassation, elle devrait convenir également à la procédure d'appel. Actuellement, « *ne peut constituer une diligence interruptive de péremption que la manifestation d'une exécution ce qui n'est d'ailleurs pas sans poser problème, en cas d'exécution partielle, car le débiteur, en versant des sommes à intervalle régulier ne peut-il faire échec indéfiniment à la péremption ?* »⁹¹¹

194. Pour ce qui concerne la stratégie procédurale, « *la tentation (légitime a priori) pour l'intimé de solliciter la radiation de l'affaire peut constituer un véritable piège qui se refermera sur lui* »⁹¹². En effet, si l'appelant peut demander la réinscription au rôle après avoir justifié de l'exécution, l'intimé n'a pas cette faculté. Ce dernier devra donc bien s'assurer que le jugement le satisfait au point de vouloir qu'il passe en force de chose jugée, et garder présent à l'esprit qu'en fermant l'appel principal à son adversaire, il s'interdit *ipso facto* l'appel incident⁹¹³. De la sorte, « *le jugement dont est appel doit être totalement favorable à l'intimé, et par conséquent, ne pas nécessiter un appel incident de sa part* »⁹¹⁴. Il faut relever au passage l'inconfort dans lequel risque de se trouver l'intimé qui a besoin d'un titre définitif pour faire exécuter, par exemple pour l'inscription d'une hypothèque judiciaire qui requiert une décision ayant force de chose jugée, l'exécution provisoire se révélant insuffisante⁹¹⁵. Le titre deviendra définitif à l'issue du délai de péremption, soit deux ans. Dans ce cas de figure, c'est-à-dire si l'intimé a besoin d'un titre définitif, il n'a pas intérêt à demander la radiation, sauf peut-être s'il craint une infirmation de son titre en appel et qu'il juge qu'une attente de deux années pour obtenir un titre définitif vaut mieux que la perte du titre obtenu indûment en première instance. Le mécanisme avait été conçu pour lutter contre les appels dilatoires et assurer l'exécution des décisions de justice... L'intimé devra mesurer d'autres enjeux et garder une vue d'ensemble de sa démarche avant de s'adresser au conseiller de la mise en état. Notamment, il risquerait de se retrouver forclos au regard de l'article 909 pour

911 Ph. Gerbay, « La péremption suite à une radiation faute d'exécution », JCP G 2012, p. 193, n° 7

912 O. Bernabé, « Le nouvel article 526 du NCPC : un piège pour l'intimé », Gaz. Pal. 2007, p. 6, n° 165

913 J. Villacèque, « À propos du décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 réformant la procédure civile. Perspectives et regrets. », D. 2006, p. 539

914 O. Bernabé, « Article 526 du CPC : pour l'intimé, le piège se transforme en guet-apens », Gaz. Pal. 2014, p. 8, n° 319

915 C. pr. civ. ex., art. R. 533-4 – Cass. civ. 2, 24 juin 1998, n° 96-14.579, RTD civ. 1999, p. 210, obs. Perrot : « *Mais attendu que l'inscription définitive d'hypothèque judiciaire, se substituant à l'inscription provisoire, doit être prise dans les deux mois, à dater du jour où la décision statuant au fond, a force de chose jugée, et que tel n'est pas le cas d'un jugement de condamnation frappé d'appel, fût-il assorti de l'exécution provisoire.* »

conclure et former un appel incident ou provoqué. La radiation est donc une arme procédurale qu'il faut manier avec une prudence extrême. Quant à l'appelant dilatoire qui est certain de perdre à nouveau en appel, il a tout intérêt à ne pas exécuter : la radiation ne fera que lui offrir un répit de deux ans.

195. Le Code de procédure civile n'a pas harmonisé les articles 524 et 526. « *Des conflits de compétence et de pouvoir entre premier président et conseiller de la mise en état se profilaient donc naturellement dans l'hypothèse où l'appelant chercherait à éviter d'exécuter un jugement qu'il contestait en appel tandis que l'intimé tenterait d'éviter l'examen par la cour de la décision exécutoire à son profit.* »⁹¹⁶ Il n'est pas difficile d'imaginer un premier président saisi simultanément par l'appelant et par l'intimé sur les fondements respectifs des articles 524 et 526. Plusieurs combinaisons sont possibles et rien ne l'empêche, entre autres possibilités, de rejeter les deux demandes : l'appelant devra exécuter mais l'intimé n'obtiendra pas la radiation.

L'arrêt de l'exécution provisoire étant une compétence exclusive du premier président⁹¹⁷, plus délicate est la question du chevauchement des compétences lorsque le conseiller de la mise en état a déjà ordonné la radiation⁹¹⁸. En d'autres termes, quand la radiation a été demandée voire prononcée, l'appelant peut-il faire échec à cette sanction en contestant le principe même de l'exécution provisoire ? La réponse n'allait pas de soi car le droit commun de l'instance semblait *a priori* s'y opposer. La radiation étant une cause de suspension, l'instance ne devrait plus pouvoir progresser. Cependant, la suspension laisse subsister le lien d'instance contrairement à l'interruption ; et puisque la radiation qui l'a entraînée n'affecte pas la recevabilité de l'appel⁹¹⁹, le premier président peut être valablement saisi.

196. Cette solution a été admise par la Cour de cassation dans un arrêt du 9 juillet 2009⁹²⁰, soit

916 D. Cholet, « Pouvoir du premier président d'arrêter l'exécution provisoire malgré la radiation du rôle », note sous Cass. civ. 2, 9 juillet 2009, n° 08-13.451 et 08-15.176, JCP G 2009, p. 260, n° 39

917 Paris, 18 juillet 1977, JCP G 1978, II, 18826, note J. A.

918 D. Mouralis, « Compétence successive du premier président et du conseiller de la mise en état dans le contentieux de l'exécution provisoire », note sous Aix-en-Provence, ord. réf., 6 décembre 2006, *Giudice c/. Puchois*, Juris-Data n° 2006-324684, JCP G 2007, II, 10080 : « *La centralisation de tout le contentieux de l'exécution provisoire entre les mains du même magistrat serait un autre remède.* »

919 Rennes, 14 février 2008, n° 07/03117

920 Cass. civ. 2, 9 juillet 2009, n° 08-13.451 et 08-15.176 : « *Attendu que, pour déclarer irrecevable la demande de M. Y..., l'ordonnance retient que la radiation a été ordonnée par le conseiller de la mise en état sur le fondement de l'article 526 du code de procédure civile ; qu'en application de l'alinéa 2 de ce texte, le conseiller de la mise en état est compétent pour autoriser la réinscription de l'affaire au rôle et ce, sur justification de l'exécution de la décision attaquée, que même si en application de l'article 377 du même code, la radiation ne fait en principe que suspendre l'instance et laisse subsister l'appel, elle constitue une sanction que seul ce magistrat peut lever en constatant l'exécution, ce qui rend irrecevable la demande en arrêt de l'exécution provisoire présentée postérieurement à la radiation ; qu'en statuant ainsi, alors que la radiation ne faisait pas obstacle à l'application de l'article 524 du code de procédure civile, le premier président, qui a méconnu ses pouvoirs, a violé ce texte.* »

quelques jours seulement après un arrêt⁹²¹ venant rappeler la qualification *ex lege* de mesure d'administration judiciaire exclusive de tout recours que revêt la radiation du rôle. La doctrine a salué une « *réaction salutaire* »⁹²² de la jurisprudence qui rétablit ainsi à mots couverts un semblant de recours, sans doute pour « *désamorcer en amont les risques de condamnation des institutions procédurales françaises par la Cour européenne des droits de l'homme* »⁹²³. Cette opinion n'a pourtant pas été partagée par la juridiction strasbourgeoise, qui a rejeté l'exception d'irrecevabilité tirée du défaut d'épuisement des voies de recours internes – soit l'article 524 qui constituerait ce recours – soulevée par le gouvernement française dans l'affaire *Chatellier*. En effet, « *ce "recours" était accessible au requérant, mais comme le conseiller de la mise en état avait prononcé la radiation de l'instance en décidant qu'elle n'emportait pas de conséquences manifestement excessives, il était voué à l'échec* »⁹²⁴. Pour la Cour européenne, le refus par le conseiller de la mise en état de reconnaître des conséquences manifestement excessives de nature à éviter la radiation entraînerait un refus identique de la part du premier président, rendant dès lors vain tout espoir d'un sursis à exécution.

Il y a peut-être là une appréciation un peu trop rapide du droit interne, et qui ne prend pas suffisamment en compte les distinctions françaises posées par la jurisprudence ou proposées par la doctrine. Les conséquences manifestement excessives ne sont pas rigoureusement identiques en fonction du texte qui préside à leur examen. Une lecture attentive de la jurisprudence permet de conclure que la notion est plus large dans l'article 524 que dans l'article 526. Sur ce dernier fondement, « *la radiation sera exclue pour les condamnations en nature irréversibles (expulsion, démolition), mais aussi lorsque le montant de la condamnation sera disproportionné par rapport aux ressources du débiteur (par exemple si l'appelant bénéficie du RMI ou de l'aide juridictionnelle totale). En revanche, en poursuivant cette transposition, le risque d'insolvabilité du créancier en cas d'infirmité du jugement ne devrait pas constituer une conséquence manifestement excessive au sens de l'article 526, à l'inverse de l'article 524* »⁹²⁵.

921 Cass. civ. 2, 18 juin 2009, n° 08-15.424, précit.

922 R. Perrot, « Exécution provisoire : compétence du premier président après radiation de l'appel », note sous Cass. civ. 2, 17 février 2011, n° 10-15.115, RTD civ. 2011, p. 389 : « *Il ne serait pas impossible de voir là une sorte de réaction salutaire au fait que la décision de radiation est assimilée à une mesure d'administration judiciaire exclusive de tout recours, alors que pourtant le conseiller de la mise en état est appelé à se prononcer sur des intérêts concurrents, après un débat contradictoire.* »

923 D. Cholet, *loc. cit.*

924 N. Fricero, « Droit d'accès à un tribunal et radiation du rôle de la cour d'appel », Procédures n° 5, mai 2011, comm. 171

925 C. Chainais et G. Tapie, « La radiation du rôle pour inexécution de la décision frappée d'appel : précautions d'emploi », D. 2008, p. 2780 – V. contra, D. Mouralis, *loc. cit.* : « *Les premières ordonnances appliquant l'article 526 semblent utiliser les critères du caractère manifestement excessif de l'exécution, au sens de l'article 524 (par ex., l'absence de garantie de remboursement confère à l'exécution éventuelle une conséquence manifestement excessive : Aix-en-Provence, 2^{ème} ch., ord. mise en état, 17 mai 2006). On en trouve même une qui se réfère expressément à l'appréciation du premier président (V. par ex. Aix-en-Provence, 2^{ème} ch., ord. mise en état,*

197. Au-delà des questions de compétence, la saisine simultanée du premier président et du conseiller de la mise en état donne lieu à « *un risque grave de contrariété de décisions, l'un pouvant prononcer la radiation pour défaut d'exécution d'une décision dont, au même moment, l'autre décide d'arrêter l'exécution provisoire* »⁹²⁶. Certaines cours ont estimé que le magistrat saisi en second devait surseoir à statuer⁹²⁷. Les décisions sont certes liées dans le sens où existe entre elles une connexité, mais la seconde décision est-elle liée par la première ? Il faut envisager plusieurs cas de figure, en effet « *lorsque le premier président et le conseiller de la mise en état se retrouvent simultanément saisis, l'un pour appliquer l'article 524, l'autre, l'article 526, il y a un risque de contradiction entre leurs décisions* »⁹²⁸. Si le premier président a décidé d'arrêter l'exécution provisoire, le conseiller de la mise en état ne peut pas prononcer la radiation ; si le premier président a rejeté la demande d'exécution provisoire, le conseiller de la mise en état a le choix d'accueillir ou d'écarter la demande de radiation, mais risque parfois d'être lié *en fait* par la décision présidentielle. Si le conseiller de la mise en état a radié et que le premier président a ensuite arrêté l'exécution provisoire – solution admise par la Cour de cassation mais que la Cour européenne réduit à un cas d'école –, la caducité viendra frapper la décision de radiation⁹²⁹. Si le conseiller de la mise en état n'a pas radié, la décision présidentielle n'aura pas d'effet sur l'instance d'appel. Des confusions peuvent néanmoins surgir au regard de l'autorité de la chose jugée relativement à l'appréciation des conséquences manifestement excessives – bien que rien n'empêche les deux magistrats d'apprécier différemment ces conséquences et que cette divergence n'engendrerait pas de difficulté majeure – et « *de fait, il est logique et souhaitable que le premier président se prononce sur l'obligation d'exécuter la décision frappée d'appel avant que l'appelant*

26 septembre 2006, n° 06/02906, inédit). » – Ph. Hoonakker, « Dernières réformes de l'exécution provisoire. Raison et déraison. », *loc. cit.* : « *Théoriquement le risque de conséquences manifestement excessives devrait se différencier de celui requis en matière d'arrêt de l'exécution provisoire. En effet, dans ce cas, il est attaché, non à l'exécution même du jugement, mais à son exécution provisoire, ce qui place le débat sur la faisabilité de l'anéantissement rétroactif de l'exécution en cas d'infirmité et conduit la jurisprudence à exiger généralement un préjudice irréparable ou quasi irréparable. Or, pour la radiation, cette projection sur l'avenir est inutile car la seule question est d'apprécier les conséquences immédiates de l'exécution au regard de la situation de l'appelant. Mais, en pratique, le résultat devrait être le même car la gravité requise est telle que l'exécution laissera nécessairement des traces. C'est la raison pour laquelle tant pour l'arrêt de l'exécution provisoire que pour la radiation du pourvoi en cassation, la jurisprudence retient comme critère déterminant la précarité de l'intéressé, créée ou substantiellement aggravée.* »

926 C. Chainais et G. Tapie, *loc. cit.*

927 Bordeaux, 18 octobre 2007, n° 07/00136 – D. Mouralis, *loc. cit.* : « *Les magistrats de la cour d'Aix-en-Provence ont trouvé une solution pragmatique au désordre créé par le nouvel article 526. Il y est d'usage, pour le conseiller de la mise en état, d'attendre, avant d'appliquer l'article 526, la décision du premier président lorsque ce dernier est déjà saisi sur le fondement de l'article 524.* »

928 D. Mouralis, *loc. cit.*

929 D. Cholet, *loc. cit.* : « *La radiation du rôle faute d'exécution devient caduque si le jugement n'est plus exécutoire du fait de la décision présidentielle.* » – Comp. avec le mécanisme de radiation devant la Cour de cassation : Cass. ord. prem. prés., 12 novembre 2003, n° 01-15.989

se voie reprocher de ne pas y avoir déféré »⁹³⁰.

198. On peut craindre que *« des interprétations divergentes devant les diverses cours d'appel porteront inmanquablement atteinte à l'égalité des citoyens dans l'accès à la justice. »⁹³¹* Cela n'est que la conséquence de la qualification de mesure d'administration judiciaire octroyée par la loi. L'absence de tout recours empêche nécessairement tout contrôle et, partant, toute harmonisation par la juridiction régulatrice. L'interprétation de la loi devant être donnée au cas par cas, elle est soustraite à toute vue d'ensemble. Heureusement, *« il semble que les magistrats reprennent le plus souvent les solutions dégagées par le premier président de la Cour de cassation, ce qui est souhaitable pour éviter des divergences de jurisprudence, en l'absence de contrôle unificateur de la Haute juridiction »⁹³².* La démarche est louable, mais d'une part, elle consiste à transposer une fois de plus à la voie ordinaire de l'appel ce qui est décidé pour la voie extraordinaire du pourvoi et, d'autre part, le travail des magistrats serait largement facilité par l'existence d'arrêts venant modeler – au besoin en effectuant des revirements de jurisprudence – les contours de la notion.

Pour prévenir encore plus en amont les difficultés que rencontre quotidiennement la pratique judiciaire, il faudrait peut-être repenser complètement le principe même de l'exécution provisoire en instaurant un véritable débat contradictoire sur ce point, qui donnerait lieu à une décision motivée⁹³³. Le paiement deviendrait plus légitime aux yeux du justiciable tenu d'exécuter nonobstant appel ; on éviterait certains abus, *« comme cela arrive parfois devant certaines juridictions d'exception, [où] l'exécution provisoire est semée à tout vent, simplement à l'aide d'un formulaire que le greffier tient sous le coude »⁹³⁴* ; la transparence exigée par toute justice démocratique n'en serait que rehaussée et avec elle l'image de l'institution judiciaire.

199. Un autre enjeu – économique cette fois – soulève la question de la légitimité de la radiation. C'est en se fondant sur cette donnée que le rapport Coulon avait déconseillé la transposition de ce mécanisme à la procédure d'appel : *« Si le système de l'article 1009-1 du nouveau Code de procédure civile est adapté à la Cour de cassation, juge du droit et non du fait, il heurte la conception française des voies de recours ordinaires. En ce qu'il risque de priver les plus démunis du double degré de juridiction, il aurait un impact social défavorable. En outre, il se conçoit mal*

930 C. Chainais et G. Tapie, *loc. cit.*

931 Ph. Gerbay, « L'article 526 du NCPC : premières approches », *loc. cit.*

932 C. Chainais et G. Tapie, *loc. cit.*

933 F. Ferrand, *op. cit.*, « Appel », n° 858 : *« N'aurait-il pas été plus judicieux d'envisager, par exemple, d'imposer un débat sur l'exécution immédiate du jugement devant la juridiction de première instance appelée à le rendre, ce qui permettrait à celle-ci de prendre toute la mesure des circonstances en faveur ou au contraire opposées à une telle exécution immédiate ? »*

934 R. Perrot, « Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 », Procédures 2006, étude 3, n° 25

dans un environnement économique dégradé. »⁹³⁵ Certains justiciables ne seront sans doute pas assez riches pour exécuter commodément et pas assez pauvres pour éviter la radiation. Ces « *justiciables de condition modeste, les plus nombreux, entre ceux qui n'ont rien et ceux qui sont dotés de fortune, quel sera leur sort devant le Premier président ou le conseiller chargé de la mise en état ?* »⁹³⁶ Cela pose indubitablement la question de l'égalité des citoyens devant la loi et dans l'accès à la justice. L'impossibilité de dresser des critères d'harmonisation qui résulte de l'absence de recours ne peut que créer le risque d'une disparité de solutions et donc d'une insécurité juridique d'une cour à l'autre. Le plus dangereux, sans doute, est que le droit d'appel est, pour ainsi dire, autorisé par le juge : peut-on encore parler de droit ? Mais surtout, « *la sélection par l'état de fortune n'était-elle pas la pire qui soit ?* »⁹³⁷

La seule planche de salut pour le justiciable condamné en première instance réside dans la qualité de cette étape du procès. Derrière la revalorisation prétendue de la première instance, c'est surtout son amélioration effective qui doit être recherchée ; car il ne suffit pas d'affirmer à grands cris qu'on veut renforcer la crédibilité des décisions du premier degré : encore faut-il donner à la Justice les moyens d'assurer ce crédit tant désiré. En présence de garanties suffisantes, les restrictions apportées au droit d'appel seront plus faciles à admettre pour les justiciables. Les pays de *common law* connaissent un tel fonctionnement : la qualité et la durée de la première instance, la pratique de la *cross examination*, mais aussi les coûts non plafonnés et parfois exorbitants au regard des intérêts en jeu, rendent compréhensible le caractère conditionnel de la voie d'appel. Néanmoins, il ne va pas de soi qu'une telle imitation soit possible ni souhaitable en France, eu égard à la tradition juridique d'un pays où le double degré de juridiction existe depuis de nombreux siècles et est bien installé dans les mentalités. Il ne va pas non plus de soi qu'un État à forte coloration sociale accueille facilement ce qui se pratique dans des systèmes parfois très libéraux. Enfin, le Conseil de l'Europe a préconisé, il y a déjà plus de vingt ans, l'extension de l'appel à l'ensemble des affaires civiles et commerciales⁹³⁸.

935 J.-M. Coulon, *op. cit.*, p. 112

936 Ph. Gallière, « La justice victime de la chasse aux appels dilatoires », *Gaz. Pal.* du 3 décembre 2005, p. 6, n° 337 – V. aussi J. Villacèque, *loc. cit.* : « *Ce ne seront en effet ni les assurances, ni les banques qui souffriront de la dureté de cette disposition, mais le plaideur petit ou moyen, c'est-à-dire beaucoup de plaideurs.* »

937 Ph. Hoonakker, « Dernières réformes de l'exécution provisoire. Raison et déraison. », *loc. cit.*

938 Conseil de l'Europe, recommandation R. 5/95 du 7 février 1995 : « *Estimant que des procédures de recours devraient aussi pouvoir être engagées dans les affaires civiles et commerciales et non pas seulement dans les affaires pénales ; (...) En principe, toute décision rendue par un tribunal inférieur ("premier tribunal") devrait pouvoir être soumise au contrôle d'un tribunal supérieur ("deuxième tribunal").* »

CHAPITRE II : L'EFFET DÉVOLUTIF, ASSOUPPLISSEMENT DE LA RÉPÉTITION

200. À l'instar de toutes les autres institutions juridiques, l'appel produit des effets de droit. L'un d'eux, la dévolution ou effet dévolutif, apparaît si consubstantiel à cette voie de recours qu'on aurait volontiers tendance à confondre la cause avec sa conséquence. L'article 561 du Code de procédure civile en donne une définition simple : « *L'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel. Il est statué à nouveau en fait et en droit.* » Cette réalité est également illustrée par l'adage *Tantum devolutum quantum appellatum* : la cour ne doit statuer que sur ce dont est appel.

« *L'acte d'appel a donc, pour l'appelant, un effet de fixation quant à l'effet dévolutif.* »⁹³⁹ Il détermine l'étendue de l'effet dévolutif mais pas l'étendue des débats car cette dernière n'est pas conditionnée par le seul effet dévolutif. Dit autrement, l'effet dévolutif tel qu'il a été marqué par l'acte d'appel pourra trouver une amplification dont les causes sont diverses : elle peut résulter des parties au procès (Section I) ou des tiers (Section II) et même du juge (Section III).

SECTION I : L'ÉLARGISSEMENT DE L'EFFET DÉVOLUTIF PAR LES PARTIES AU PROCÈS

201. Dans une vision du procès réduite à sa plus simple expression, l'une des parties aura obtenu gain de cause en première instance tandis que l'autre aura été condamnée et aura la possibilité de former appel. Loin de cette présentation simpliste, la condamnation peut n'être que partielle, et partielle aussi la satisfaction de la partie gagnante. Cette situation est la plus fréquente : chacune des parties aura obtenu des avantages et s'en sera vu refuser d'autres. Les plaideurs devront alors évaluer l'option la plus intéressante : d'une part, se résoudre au moindre mal d'une condamnation partielle ou d'une victoire incomplète ; d'autre part, interjeter appel.

Nous pourrions imaginer une partie qui s'était résignée à accepter un jugement faisant droit à la majorité de ses conclusions mais la déboutant d'autres demandes. S'apercevant que son adversaire a fait appel, elle comprend que ses gains sont à nouveau menacés et qu'il faudra jouer la seconde manche de ce duel judiciaire en se munissant des mêmes armes qui l'avaient fait triompher

⁹³⁹ J. Miguet, *op. cit.*, p. 531, n° 441

dans la première. Elle comprend aussi que l'occasion s'offre à elle d'obtenir devant la cour ce qu'elle n'avait pas obtenu devant le tribunal. Elle conclura à la confirmation du jugement tout en critiquant les chefs lui faisant grief. En effet, à l'issue du jugement, « *il arrive souvent que celui qui n'a obtenu qu'une partie de ses conclusions devant le premier tribunal, préfère de l'exécuter, plutôt que de s'exposer à de nouvelles chances ; mais si la partie [adverse] fait appel, pourquoi lui serait-il interdit de se porter appelant ? Souvent les jugements contiennent une espèce de transaction : il ne faut pas que celui qui est prêt à s'y soumettre soit victime de l'inquiétude de son adversaire* »⁹⁴⁰. On dira alors qu'à l'appel principal répond l'appel incident (§ 1) au sein ou à côté duquel existe également l'appel provoqué (§ 2).

§ 1. L'appel principal et l'appel incident

202. L'appel incident est l'appel émanant de l'intimé. Il permet de défendre à l'appel principal tout en critiquant le jugement. La qualification de l'appel principal et de l'appel incident ne dépend pas de leur valeur, de leurs enjeux ou de leurs mérites mais du seul ordre chronologique dans lequel ils sont formés⁹⁴¹. Ils « *ne se distinguent entre eux que par l'antériorité ou la postérité. L'importance de leur objet respectif n'entre pour rien dans la détermination de leur caractère ; l'appel incident n'est pas d'ailleurs l'accessoire de l'appel principal ; il peut avoir un objet distinct et séparé* »⁹⁴², d'où la censure de la Cour de cassation lorsque des cours d'appel croient à tort que l'appelant incident doit critiquer les mêmes chefs du jugement que son colitigant⁹⁴³, même si les

940 J.-G. Locré de Roissy, *Législation civile, commerciale et criminelle*, Bruxelles, 1837, t. 9, p. 349, n° 1 – V. aussi G. Ameilhaud, *op. cit.*, p. 119 : « *Une partie peut, par amour de la quiétude, par esprit de célérité et d'économie renoncer aux voies de recours contre une décision dont elle est en droit de se plaindre, pourvu toutefois, que l'adversaire l'accepte de son côté. Si donc, celui-ci entend se pourvoir contre le jugement rendu et remettre en cause les chefs qui lui sont défavorables, alors elle est déliée à son tour de son acceptation toute conditionnelle.* »

941 V. E. Garsonnet et C. Cézard-Bru, *op. cit.*, n° 2136 – S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *op. cit.*, p. 862, n° 1272 – N. Fricero, « Appel. – Parties à l'instance d'appel. – Appel incident. Appel incident provoqué », *Juriscl. proc. civ.*, Fasc. 714 : « *La qualification d'appel incident est exclusivement fonction de la date à laquelle il est interjeté ; l'appel interjeté le premier est l'appel principal ; celui qui est formé le second est, dans tous les cas, l'appel incident. Peu importe que l'appel principal soit limité à certains des chefs du jugement ; ainsi le premier appel interjeté est l'appel principal, alors même qu'il ne porte que sur une disposition accessoire, comme les dépens, tandis que le second porte sur les chefs principaux.* »

942 G.-L.-J. Carré et A. Chauveau, *op. cit.*, « Appel », quest. droit, n° 1571 bis

943 Cass. civ. 2, 29 mai 1979, n° 78-10.263 – Cass. civ. 3, 9 mai 1983, n° 82-70.135 et 82-70.139 – Cass. soc., 21 décembre 2006, n° 05-42.522 – Cass. soc., 5 juillet 2005, n° 03-46.193, inédit, Gaz. Pal. 5 avril 2006, p. 6 – Cass. soc., 28 novembre 2000, n° 98-42.999, Gaz. Pal. 2001, pan., p. 21 – Cass. civ. 3, 9 mai 1983, n° 82-70.135 – Cass. civ. 1, 21 mai 1990, n° 87-14884, inédit, JCP 1990, IV, 275 – V. aussi Cass. civ., 22 mars 1826, DP 1919, I, 16, jur. gén., « appel incident », n° 35 : « *Attendu (...) qu'en effet l'article 443 [du Code de procédure civile] autorise l'intimé à interjeter appel incidemment en tout état de cause ; que cette disposition est générale et absolue, sans aucune distinction ni exception et a essentiellement pour objet de rétablir l'équilibre dans les droits et prétentions respectifs des parties, qu'elle autorise par conséquent l'intimé à interjeter incidemment appel des chefs distincts et indépendants de ceux dont il y a appel principal, comme de ceux qui dépendent de cet appel ou qui y sont connexes.* »

prétentions que formule l'appel incident doivent conserver un lien de connexité avec celles de l'appel principal⁹⁴⁴.

Cette conception n'a pas toujours existé en droit français, et l'on a longtemps estimé que l'appel incident ne pouvait subsister que dans la dépendance de l'appel principal. Initialement, il s'agissait seulement de considérer que l'appel incident constituait une « *légitime défense* »⁹⁴⁵ au profit de l'intimé, face à un appel principal perçu comme une attaque⁹⁴⁶. Une partie de la doctrine⁹⁴⁷ et de la jurisprudence⁹⁴⁸ affirmait que l'irrecevabilité de l'appel principal faisait disparaître l'appel incident. L'appel incident émanerait en effet d'une partie n'ayant pas eu l'intention initiale de réagir contre le jugement. Sa démarche procédurale serait donc seulement la défense à une attaque et n'aurait dès lors plus lieu d'être quand cette même attaque tombe. Ainsi, puisqu'« *il n'est qu'une réponse à l'appel principal (...) l'appel incident ne peut s'appuyer que sur un appel principal valable* »⁹⁴⁹. C'est pourquoi lorsque l'intimé soulève l'irrecevabilité de l'appel principal, il n'a plus besoin de défendre au fond à une attaque qu'il vient de faire cesser⁹⁵⁰. Comment admettre en effet, une fois l'appel principal déclaré irrecevable, que soit jugé l'appel incident ? Cela reviendrait à réformer le jugement au seul profit de l'intimé sans s'être penché sur les chefs faisant grief à l'appelant. La cour d'appel de Paris y a vu jadis une « *injustice choquante* »⁹⁵¹.

203. En suivant ce raisonnement, ne risque-t-on pas pourtant – ce qui serait non moins injuste – d'offrir une stratégie à la partie qui, pour éviter une réformation subséquente à un appel incident, n'aurait qu'à inscrire un appel principal artificiel parce que sciemment mal engagé, à dessein de le voir déclaré irrecevable et, du même coup, de rendre aussi irrecevable l'appel incident ? Pour cette

944 Cass. civ. 2, 11 mars 1999, n° 96-14.886

945 F.-J.-J. Bigot de Préameneu, *Exposé des motifs des livres III et IV de la première partie du Code de procédure civile*, séance du Corps législatif du 7 avril 1806, in J.-G. Locré de Roissy, *op. cit.*, p. 365, n° 4

946 Pour l'appel incident considéré comme une contre-attaque à l'appel principal dans le procès pénal, V. P.-D. de Boisvilliers, « La règle de l'interdiction d'aggraver le sort du prévenu », RSC 1993, p. 694, spéc. n° 49, 50 et 64 – Pour une vision semblable dans le procès administratif, V. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} éd., p. 990 : « *Juger une riposte à un appel qui ne peut pas lui-même être jugé n'aurait pas de sens.* »

947 V. par ex. G.-L.-J. Carré et A. Chauveau, *op. cit.*, quest. droit, n° 1850

948 Dijon, 14 août 1868, DP 1869, II, 167 – Paris, 7 novembre 1861, DP 1861, II, 238 – Bruxelles, 23 juin 1888, DP 1889, II, 111 – V. contra Riom, 23 mars 1907, DP 1908, II, 62

949 C. Béquignon-Lagarde, note sous Cass. civ. 28 novembre 1935, S.1936, I, 129

950 G.-L.-J. Carré et A. Chauveau, *op. cit.*, quest. droit, n° 1580 : « *Si l'intimé fait anéantir l'appel principal, il reconnaît par là que la base de son appel incident n'existe plus, il ne peut être admis à invoquer un appui que lui-même vient de détruire.* »

951 Paris, 10 juillet 1928, DH 1928, p. 516 : « *En permettant à l'intimé d'appeler incidemment en tout état de cause, d'un jugement attaqué par l'adversaire, le législateur a voulu que le juge de second degré fut saisi à la fois des critiques des deux parties ; qu'il y aurait une injustice choquante à retenir le seul appel incident de l'intimé, lorsque l'appel principal se trouve soustrait à son examen pour quelque cause que ce soit ; que seule, l'existence d'un appel principal peut légitimer la procédure exceptionnelle d'un appel incident et que, par conséquent, ce dernier n'est plus recevable s'il n'y a pas l'appel principal valable.* »

raison, la cour d'appel d'Alger⁹⁵² a estimé que l'appel principal, malgré son irrecevabilité, a bien été interjeté et produit des effets de droit et que son auteur, qui seul a pris l'initiative de l'instance au second degré, conserve la liberté de défendre à l'appel incident. Commentant cette décision, Tissier en a tiré la conclusion suivante : « *si l'appel incident n'est que l'appel second en date, et non une réponse à l'appel principal, il est clair qu'il doit avoir un caractère distinct et non plus subordonné ; il n'est plus l'accessoire de l'appel principal ; il doit subsister et être jugé alors même que l'appel principal serait nul ou irrecevable. (...) Il faut rechercher si on est en présence d'un appel incident émanant d'une partie qui avait accepté le jugement et ne pouvait par suite être admise qu'en raison de l'appel principal et comme réponse à cet appel, ou d'un appel nettement distinct et qui n'est incident que parce qu'il est postérieur en date ; ce dernier est indépendant de l'appel principal qui l'a précédé, son sort ne saurait dépendre de la nullité ou de la non recevabilité de l'appel antérieurement formé par l'autre partie* »⁹⁵³. Il serait en effet tout aussi injuste d'abandonner le destin de l'appel incident aux aléas de la chronologie. C'est ce qu'a jugé un arrêt de la Cour de cassation qui, visiblement, était consciente de se trouver face à deux appels principaux dans leur substance, le caractère incident du second ne tenant qu'à sa date⁹⁵⁴.

204. Cette dernière solution a le mérite de tenir compte de l'essence profonde de l'appel, au-delà de sa qualification procédurale. Certains auteurs ont donc proposé de parler d'« *appel ordinaire* »⁹⁵⁵ plutôt que d'appel principal. Il apparaît en outre que la vision de l'appel incident comme une défense ne correspond pas à son contenu : il doit en effet servir à poursuivre la réformation du jugement. Si l'intimé se borne à demander sa confirmation – fût-ce en reprenant un moyen de défense rejeté ou non examiné par les premiers juges – ce n'est pas un appel incident mais seulement une défense à l'appel principal⁹⁵⁶. Il est donc plus conforme à la physionomie de l'appel

952 Alger, 18 décembre 1906, S. 1908, II, 57, note Tissier : « *Attendu que si l'appel principal est déclaré non recevable par la Cour, il n'en a pas moins existé ; que du fait qu'il a été formé, qu'il a suspendu l'exécution du jugement, est né pour l'intimé le droit non seulement de défendre ledit jugement, mais encore d'en attaquer les parties dans lesquelles il n'est pas fait droit à ses conclusions ; attendu que l'appelant principal dont l'appel est déclaré nul, objecterait vainement qu'il se trouverait désarmé vis-à-vis de son adversaire ; que tout d'abord ce n'est point la faute de celui-ci, s'il s'est placé dans la situation de la partie qui n'a pas interjeté appel ; qu'en outre il conserve le droit de défendre sur l'appel incident et de le discuter.* »

953 A. Tissier, note sous Alger, 18 décembre 1906, précit., S. 1908, II, 57

954 Cass. civ., 5 mars 1928, S. 1928, I, 169 : un appel interjeté avant acquiescement contre un jugement en premier ressort, dans les formes et délais fixés par l'appel principal est nécessairement recevable. Il importe peu, que second en date, il ait été précédé d'un appel principal de la partie adverse interjeté dans des conditions qui le rendent nul et irrecevable.

955 V. G. Ameilhaut, *op. cit.*, pp. 116-118

956 Cass. civ. 2, 19 avril 1985, n° 84-10.081, JCP 1985, IV, 223 ; Gaz. Pal. 1985, pan., p. 291, obs. Croze et Morel – Cass. civ. 2, 19 février 1970, n° 68-11.934 – Paris, 12 décembre 1961, D. 1962, somm., p. 96 – Cass. civ. 3, 24 février 1993, n° 90-21.485 : l'appel incident ne saurait servir à conclure à la confirmation pure et simple du jugement. – Cass. req., 8 juillet 1861, S. 1862, I, 617 ; DP 1862, I, 190 : « *Attendu que les demoiselles D... en demandant d'être maintenues sur la possession... comme ayant été spoliées par voie de fait, ou comme ayant été troublées dans cette possession faisaient valoir deux moyens pour obtenir d'être maintenues dans la possession*

incident de le considérer comme un second appel principal, car « *l'appel incident réclamant un avantage distinct et n'étant pas un "appel en défense" se présente comme un appel reconventionnel connexe, la connexité tenant au fait que c'est le même jugement qui est attaqué, bien que ce ne soit pas les mêmes parties du jugement qui le soient* »⁹⁵⁷.

On peut alors affirmer qu' « *interjeter appel incident n'est pas "accepter le débat", c'est en créer un autre* »⁹⁵⁸ et, pour cette raison, ni l'irrecevabilité de l'appel principal ni le désistement de son auteur ne devraient contraindre l'appelant incident à retirer son apport dans la création du litige au second degré⁹⁵⁹. *A contrario*, lorsqu'il n'a apporté aucune contribution au débat devant le second juge, il n'a aucun droit acquis à ce que l'instance d'appel se poursuive⁹⁶⁰. Pour le dire autrement, l'appel incident n'est pas une défense mais une réplique ou, « *pour employer une formule imagée, il s'agit d'un appel "boomerang"* »⁹⁶¹.

205. La question a pu aussi être posée sous l'angle du lien d'instance devant la cour : puisque l'appel incident doit être régularisé de la même manière que le sont les demandes incidentes⁹⁶², c'est-à-dire par voie de conclusions⁹⁶³, cela suppose que le lien d'instance ait déjà été créé devant la juridiction du second degré. Pour cela il faut, *prima facie*, un appel principal recevable. Autrement, l'intimé ne serait pas dans l'instance d'appel puisque cette dernière n'aurait pas commencé à exister. Il faut pourtant considérer que « *l'instance est ouverte dès l'appel et que, quelle que soit son issue, toutes les parties intimées ou appelées devant la cour sont parties à l'instance même si l'appel est déclaré irrecevable à l'égard de toutes ou seulement de certaines d'entre elles. (...) Ainsi la réalité du lien d'instance devant la cour n'est pas subordonnée à la décision de la cour, ni*

dudit domaine ; que le juge de paix, en les maintenant dans la possession annale, n'avait pas à s'expliquer sur l'action en réintégrande, que l'appel ayant tout remis en question les demoiselles D... ont eu le droit de faire valoir tous les moyens qu'elles avaient présentés en première instance, sans qu'elles eussent besoin de former un appel incident. »

957 J. Miguet, *op. cit.*, p. 544, n° 451

958 *Ibid.*, p. 547, n° 453

959 N. Fricero, « Appel. – Parties à l'instance d'appel. – Appel incident. Appel incident provoqué », *op. cit.*, n° 19 : « *L'intimé, qui a formé son appel incident postérieurement à un appel principal qui était, alors, recevable et valable, a un droit acquis au maintien de son appel incident, alors même qu'il l'aurait interjeté à un moment où il était forcloso pour agir à titre principal.* »

960 Cass. civ. 2, 11 juillet 1974, Bull. civ. II, n° 227, p. 190, JCP 1975, IV, p. 1, n° 6473, obs. J. A. – V. aussi Cass. civ. 2, 16 octobre 1959, Bull. civ. II, n° 430, D. 1960, somm., p. 16 – Cass. civ., 3 janvier 1969, Bull. civ. II, n° 3 – Cass. civ., 11 octobre 1972, Bull. civ. II, n° 241

961 M.-C. Bergerès, « L'appel incident de l'administration fiscale », LPA, 13 janvier 2004, p. 8

962 C.P.C., art. 551 : « *L'appel incident ou l'appel provoqué est formé de la même manière que le sont les demandes incidentes.* » – Pour un appel provoqué, V. Cass. civ. 2, 2 octobre 1985, Bull. avoués 1985, IV, 104 – Mais cela n'interdit pas la déclaration d'un appel incident dans les mêmes formes que l'appel principal : Cass. soc., 21 mars 2000, n° 97-45.780, Procédures 2000, n° 139, obs. Perrot

963 C.P.C., art. 68 al. 1^{er} : « *Les demandes incidentes sont formées à l'encontre des parties à l'instance de la même manière que sont présentés les moyens de défense.* » – V. aussi Cass. civ. 2, 14 décembre 1981, Gaz. Pal. 1982, I, 210, note Viatte – Cass. soc., 9 mai 1973, n° 71-14.406 – Cass. civ. 3, 17 janvier 1990, n° 88-70.322, D. 1990, inf. rap., p. 27 – Cass. civ. 2, 4 mai 1977, n° 75-13.458

à la recevabilité d'un appel ou d'une prétention. Le lien d'instance existe entre toutes les parties appelées devant la cour, à tort ou à raison, que l'appel soit déclaré recevable ou non ou bien ou mal fondé »⁹⁶⁴. La solution avait déjà été proposée devant la cour d'appel de Paris dès 1861 par un avocat général⁹⁶⁵.

Ces éclaircissements laissent cependant entier le problème suivant : ne devrait-on pas continuer de distinguer l'appel qui n'est incident qu'en raison des aléas du temps, de l'appel qui est incident parce qu'il émane d'une partie qui critique les chefs d'un jugement qu'elle avait accepté mais qu'elle voit remis en cause par l'appel principal ? Selon Ameilhaud, l'appel incident est accessoire de l'appel principal en fonction de l'attitude de l'intimé à l'issue du premier jugement : s'il a acquiescé, l'appel incident est accessoire ; s'il n'a pas acquiescé, l'appel incident est indépendant⁹⁶⁶. Raynaud adopte une démarche qui se fonde sur les mêmes présupposés tout en proposant une méthode différente. Dans plusieurs articles publiés à la *Revue trimestrielle de droit civil*⁹⁶⁷, il pose le critère suivant : il convient d'observer si l'appel incident a été interjeté ou non pendant le délai d'appel. Dans le premier cas, ce serait un véritable appel principal, dit incident pour des raisons chronologiques ; dans le second, il s'agirait seulement d'un appel incident accessoire, une simple réponse à l'appel principal.

206. Le décret du 28 août 1972⁹⁶⁸ a retenu cette distinction⁹⁶⁹. Son article 94, devenu l'article 550

964 G. Verdun, *op. cit.*, spéc. p. 130

965 Concl. de l'avocat général Moreau devant la cour d'appel de Paris, non retenues par la solution du 7 novembre 1861 : « *Cet appel principal tombera sans doute sous le coup de la déchéance, mais encore une fois, jusqu'à ce que cette déchéance soit prononcée par arrêt, il frappe d'impuissance la sentence du premier juge, il l'interdit à l'intimé tout acte d'exécution. Il n'en faut pas davantage pour que l'appel incident ait été de sa part l'exercice d'un droit à quelque moment de l'instance d'appel qu'il ait été interjeté.* » –V. contra, Y. Abou-Zeid, *op. cit.*, p. 165, n° 186 : « *En déclarant qu'un acte nul est valable tant que sa nullité n'a pas été prononcée en justice, cette opinion ne tient pas compte de l'effet rétroactif de la nullité une fois prononcée.* »

966 G. Ameilhaud, *op. cit.*, pp. 123-124 : « *La vérité c'est que les systèmes opposés de la doctrine et de la jurisprudence sont excessifs, et ne tiennent aucun compte des réalités imposées par les circonstances. Il nous paraît nécessaire de distinguer ; à l'opinion qui considère l'appel incident comme ayant toujours un caractère accessoire et lié au sort de l'appel principal, nous dirons : l'appel de l'intimé nous paraît bien être l'accessoire de l'appel principal, lorsqu'il émane d'une partie qui avait acquiescé à ce jugement ou qui n'était plus dans les délais d'appel, montrant par là que la sentence rendue lui donnait pleine satisfaction et que son appel incident n'est qu'une réponse à l'action de celui qui vient troubler la paix rétablie. Vienne cette déclaration d'hostilités à disparaître, l'appel de l'intimé tombera ipso facto, comme n'étant qu'une accessoire conditionné par son existence. L'intimé se trouve dans la même situation qu'auparavant, en présence d'un état de choses qu'il avait accepté et ne désirait point voir disparaître. Mais l'appel de l'intimé n'est plus subordonné à l'existence d'un appel principal, lorsqu'il émane d'une partie qui n'a pas accepté le jugement et qui se trouve encore dans les délais pour se pourvoir. Force lui est donc d'emprunter la voie incidente, puisque c'est la seule qui reste à sa disposition. N'oublions pas que ces deux appels ne se distinguent génériquement que par l'antériorité ou la postériorité. Il serait trop facile au plaideur victorieux en première instance et soucieux de voir sa situation comprise sur appel, de frustrer son adversaire de son droit de recours ; il n'aurait qu'à faire déclarer son appel irrecevable, en sorte que l'intimé qui désirait se pourvoir également, se verrait frauduleusement privé du second examen de son procès.* »

967 P. Raynaud, RTD civ. 1943, p. 286 ; *ibid.* 1951, p. 433 ; *ibid.* 1954, p. 370 ; *ibid.* 1954, p. 709

968 Décret n° 72-788 du 28 août 1972 instituant une troisième série de dispositions destinées à s'intégrer dans le nouveau Code de procédure civile

969 De même que la jurisprudence : V. par ex. Paris 8 juin 1954, D. 1954, p. 556 ; RTD civ. 1954, p. 709, obs. Raynaud

du Code de procédure civile, a prévu que « *l'appel incident ou l'appel provoqué peut être formé, en tout état de cause, alors même que celui qui l'interjetterait serait forclos pour agir à titre principal. Dans ce dernier cas, il ne sera toutefois pas reçu si l'appel principal n'est pas lui-même recevable ou s'il est caduc* ». Autrement dit, l'appel incident est indépendant lorsqu'il a été formé dans les délais de l'appel principal. En revanche, s'il est interjeté en dehors de ces délais, sa survivance dépend de celle de l'appel principal⁹⁷⁰. « *Il est donc important que celui qui souhaite faire un appel incident dans le réel dessein d'obtenir une réformation, le fasse dans le délai qu'il devrait respecter pour un appel principal.* »⁹⁷¹ Cette solution se révèle cohérente au regard de la chose jugée et de l'effet suspensif : lorsque l'appel incident est interjeté hors délai, il s'appuie nécessairement sur l'appel principal, mais « *quand l'appel principal ne peut plus produire son effet suspensif à cause de sa nullité ou irrecevabilité, l'effet tombant avec l'appel, l'appel incident se heurte à l'irrévocabilité de la chose jugée par l'expiration du délai d'appel* »⁹⁷².

On retrouve dans l'article 550 du Code de procédure civile l'idée qu'un plaideur qui souhaite effectivement critiquer certains chefs du jugement ne se laisse pas forclore et que s'il a laissé s'écouler une certaine durée avant de se décider, ce n'était que pour réagir à un appel principal. On notera au passage qu'est préservé le droit d'action de la partie intimée par un appel principal formé très peu de temps avant l'expiration du délai. Un délai de deux mois lui est offert pour appeler incidemment à compter à compter de la notification des conclusions de l'appelant⁹⁷³. « *Quoi qu'il en soit il demeure que l'appel incident a acquis une certaine autonomie et a ainsi légèrement changé de nature en se rapprochant de celle d'un appel principal.* »⁹⁷⁴

207. En tout état de cause, l'appel incident conduit à une reconstitution du litige au second degré contre le gré de l'appelant principal. Ce dernier n'avait pas souhaité que soient remis en question certains chefs du jugement, d'où l'interdiction conséquente d'aggraver sa situation sur son seul

– Cass. civ. 2, 13 mars 2008, n° 06-18.796, Procédures 2008, n° 6, comm. 170, note Perrot ; JCP 2008, IV, 1693 – Cass. civ. 1, 13 octobre 1982, n° 81-14.430, JCP 1983, IV, 1 – Paris, 19 octobre 1983, Bull. avoués 1983, p. 70 – Cass. civ. 2, 16 avril 1986, n° 84-16.074, Bull. avoués 1986, p. 106, obs. Lecharny – Cass. soc., 21 juillet 1986, n° 83-45.320, Gaz. Pal. 1987, somm., p. 275, obs. Guinchard et Moussa. – Cass. civ. 2, 31 mars 2011, n° 09-14.382

970 G. Verdun, *op. cit.*, spéc. p. 128 : « *En cas d'irrecevabilité de l'appel principal la recevabilité de l'appel principal subordonne celle des appels incidents et provoqués uniquement si les auteurs de ces derniers sont forclos pour régulariser l'appel principal, ce qui est le cas le plus fréquent. En revanche si ces appels incidents ou provoqués sont régularisés alors que leurs auteurs ne seraient pas forclos pour former eux-mêmes appel principal, ils seront recevables quand même bien l'appel principal serait déclaré irrecevable.* »

971 J. Pellerin, « Droit d'appel », in *Droit et pratique de la procédure civile. Droits interne et de l'Union européenne*, (dir.) S. Guinchard et T. Moussa, Dalloz action, 2014, 8^{ème} éd., chap. 542, p. 1479, n° 153

972 J. Miguet, *op. cit.*, p. 543, n° 451

973 Décret n° 2010-1647 du 28 décembre 2010 modifiant la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile, art. 5 et 9, modifiant les art. 550 et 909 du Code de procédure civile

974 D. Gas, « Autonomie des appels incidents », Gaz. Pal. 1981, doctr., p. 325

recours⁹⁷⁵, règle dite de l'interdiction de la *reformatio in pejus*⁹⁷⁶. Ce mécanisme rejoint d'ailleurs celui qui existe en procédure pénale⁹⁷⁷ car étant une voie de recours, « *l'appel ne peut produire que des effets conformes à l'intérêt de son auteur* »⁹⁷⁸, qu'il s'agisse du prévenu ou de la partie civile. L'appel incident combiné à l'appel principal peut ainsi avoir pour conséquence d'élargir la matière litigieuse devant la cour au moyen d'un « *élargissement de l'effet dévolutif* »⁹⁷⁹ et de procéder ainsi à une reconstitution complète du litige dans l'instance d'appel⁹⁸⁰.

§ 2. L'appel provoqué

208. Dans les litiges qui voient s'affronter plus de deux parties, celles qui n'ont pas été intimées pourront former un appel dit provoqué. Ce cas de figure n'est pas rare étant donné l'entrelacement des rapports juridiques, notamment en cas de chaînes de contrats, de responsabilité, de successions ou de copropriété. C'est en effet surtout la matière immobilière qui offre le plus d'exemples de liens de droit entremêlés les uns aux autres. Lorsque ces situations juridiques dégénèrent en litiges, les procès qui en résultent reflètent nécessairement cette complexité.

975 Cass. civ., 3 août 1937, Rev. de procédure, mars 1937, fiche 570 : « *Attendu que les principes de l'autorité de la chose jugée et du contrat judiciaire ne permettent pas d'aggraver en l'absence d'un appel incident de l'intimé, une condamnation prononcée contre l'appelant ; que les juges du second degré ne peuvent se saisir eux-mêmes d'un grief que l'appel principal ne pouvait leur déférer et qu'aucun appel incident ne leur a dénoncé.* » – V. aussi Cass. civ., 31 décembre 1878, DP 1879, I, 375 : lorsqu'une partie déterminée du terrain est grevée de servitude, la cour d'appel ne peut à défaut d'appel incident étendre cette servitude à une plus grande partie du terrain. – Cass. civ., 24 juin 1924, DP 1924, I, 140 : lorsque l'intimé conclut à la confirmation d'un jugement qui a partagé les dépens par moitié, tout en demandant la condamnation de l'appelant aux dépens, le juge outrepassé ses pouvoirs, qui condamne ce dernier en tous les dépens de première instance et d'appel, car la condamnation demandée ne pouvait avoir trait qu'aux dépens exposés sur l'appel. – Cass. civ. 2, 23 janvier 1991, n° 89-18.001 : fixation du point de départ des intérêts au taux légal assortissant l'indemnité due par l'appelant à une date antérieure à celle qui avait été fixée par le jugement. – Cass. com., 3 novembre 1992, n° 90-16.555 : prononcé de la faillite personnelle d'un dirigeant social sans en fixer la durée alors que le tribunal avait limité cette durée à un certain nombre d'années.

976 V. Avis C.E., 12 novembre 1806, S. lois annotées 1789 à 1830, p. 736 in *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'État*, Paris, Guyot et Scribe, 1836, 27^{ème} éd., t. 16, p. 50

977 C.P.P., art. 515 – Cass. crim., 26 juillet 1844, Bull. crim., p. 393, n° 276 : il est interdit à la cour de revenir sur une décision qui a acquitté une prévenue pour défaut de discernement tout en ordonnant une mesure de placement à son encontre dans une maison de correction, en infirmant le jugement et en prononçant une condamnation contre cette prévenue alors déclarée coupable. – Cass. crim., 13 juin 1968, n° 68-90940 : viole l'art. 515 du C.P.P., la cour qui, sur le seul appel du prévenu, élève la peine d'emprisonnement ferme prononcée par les premiers juges, en l'assortissant du sursis. – Cass. crim., 24 avril 2013, n° 12-83.602 : en l'absence d'appel du ministère public, sur l'appel formé par le seul prévenu contre un jugement ayant ordonné la révocation d'un sursis avec mise à l'épreuve assortissant une condamnation à l'emprisonnement et refusé d'ordonner la révocation d'un autre sursis pour une autre condamnation, une cour d'appel ne peut ordonner la révocation refusée par les premiers juges. – V. aussi P.-D. de Boisvilliers, « La règle de l'interdiction d'aggraver le sort du prévenu », RSC 1993, p. 694 ; « La règle de l'interdiction d'aggraver le sort de la partie civile et de la partie civilement responsable », RSC 1994, p. 237 – F. Ehrhard, « L'interdiction de la *reformatio in pejus* », RSC 1939, V, p.469, n° 3

978 P. Bouzat et J. Pinatel, *op. cit.*, p. 1416, n° 1481

979 J. Miguet, *op. cit.*, p. 538, n° 448

980 V. Cass. civ. 2, 29 mai 1979, Bull. civ. II, n° 160, Gaz. Pal. 1979, II, somm., p. 385 – Cass. civ. 3, 9 mai 1983, Bull. civ. III, n° 107, D. 1983, inf. rap., p. 413 – Cass. civ. 2, 10 juillet 1991, n° 90-15.446 – Cass. soc., 22 mars 2006, n° 04-43.662

Le décret-loi du 14 juin 1938⁹⁸¹ avait institué l'*appel éventuel*. Cette institution a été renommée *appel provoqué par l'appel principal* par la loi du 23 mai 1942 sur l'appel des décisions judiciaires⁹⁸². L'appel provoqué poursuit la même finalité que l'appel incident, c'est-à-dire la reconstitution du litige devant la cour, quoique selon des modalités différentes, car « *tandis que l'appel incident tend à élargir l'effet dévolutif par la remise en cause de certains chefs du jugement qui n'avaient pas été critiqués par l'appelant, l'appel provoqué, en principe, entraîne un élargissement de l'effet dévolutif, non point quant à son objet, mais quant au cercle des personnes visées* »⁹⁸³. Il ne s'agit donc plus de critiquer les chefs d'un jugement qui donnaient satisfaction à l'appelant principal mais d'attirer dans l'instance d'appel des parties à la première instance qui ne souhaitaient pas contester le jugement. Cette forme d'appel se distingue par sa nature juridique (A), notamment parce que n'ayant pas pour but de contester le jugement, son intérêt ne s'identifie pas à la succombance (B), d'où une certaine ressemblance avec le mécanisme de l'intervention (C).

A. La nature juridique de l'appel provoqué

209. On a pu s'interroger sur la nature juridique de l'appel provoqué⁹⁸⁴, les textes n'étant d'ailleurs pas exempts de contradictions. Auparavant, l'appel provoqué ne pouvait émaner que de la personne non intimée. Si elle avait été intimée elle n'aurait pas formé appel provoqué mais appel incident. Le décret du 28 août 1972 a remis en question cette conception mais a en même temps semé la confusion, si bien qu'il est difficile de savoir si l'appel provoqué et l'appel incident sont clairement distincts ou si le premier n'est qu'une variété du second. Ainsi, l'article 93 de ce décret, devenu l'article 549 du Code de procédure civile, dispose que « *l'appel incident peut également émaner, sur l'appel principal ou incident qui le provoque, de toute personne, même non intimée, ayant été partie en première instance* ». De cette disposition – qui n'est pas d'une clarté remarquable – il faut retenir que l'appel incident peut aussi être provoqué, ce qui revient à dire que l'appel provoqué est une forme d'appel incident. Il est en outre détaché désormais de la qualité

981 DP 1938, IV, 314

982 DA 1942, p. 120

983 Y. Abou-Zeid, *op. cit.*, p. 157, n° 175 – V. aussi *ibid.*, p. 204, n° 241 : « *Il faut bien se rendre compte, en effet, que l'appel incident et l'appel provoqué, au sens classique des termes, n'ont pas la même finalité. L'appel incident a uniquement pour but d'élargir l'objet de l'appel en saisissant la Cour d'un chef du jugement que l'appelant principal n'a pas critiqué dans son acte d'appel. Ainsi par le moyen d'un appel incident l'intimé qui a partiellement succombé en première instance peut déférer à la juridiction du second degré les chefs du jugement sur lesquels il a succombé. Avec l'appel provoqué l'extension de la saisine de la Cour est d'une autre nature ; car il contribue, cette fois, à étendre la dévolution initiale opérée par l'acte d'appel, peut-être d'une façon accessoire quant à son objet, si l'auteur de l'appel provoqué a succombé en première instance sur certains chefs, mais aussi et surtout quant aux personnes. Là apparaît toute l'importance de l'appel provoqué dans la liaison du contentieux en appel et l'élargissement du litige quant au nombre des parties.* »

984 H. Solus, « Appel provoqué et indivisibilité en matière d'appel », in *La voie d'appel*, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 93, spéc. p. 97 : « *La nature juridique de l'appel provoqué est malaisée à déterminer.* »

d'intimé, seule la qualité de partie à la première instance étant requise. « À lire ce texte, on a l'impression que l'appel provoqué n'est plus aujourd'hui qu'une simple espèce dont l'appel incident serait le genre. »⁹⁸⁵ En revanche, l'article 94 du décret rétablit immédiatement la distinction en parlant de « l'appel incident ou l'appel provoqué ». Ici, « on a le sentiment que l'on revient à la notion traditionnelle d'un appel provoqué distinct de l'appel incident »⁹⁸⁶. Finalement, l'article 123 du décret vient à nouveau gommer la différence au moyen d'une disposition sur « l'appel incident, même provoqué ». La plus récente réforme a complété l'article 909 du Code de procédure civile en ajoutant l'appel provoqué à l'appel incident qui y figurait déjà⁹⁸⁷, suivant ainsi l'interprétation de la Cour de cassation⁹⁸⁸. Aucun article du Code de procédure civile n'est spécifiquement consacré à l'appel provoqué, toujours traité de concert avec l'appel incident⁹⁸⁹ ou comme une forme d'appel incident⁹⁹⁰. Un large courant jurisprudentiel conforte cette assimilation⁹⁹¹. Selon certains auteurs, il eût été préférable et « juridiquement plus élégant »⁹⁹² d'étendre l'appel incident classique plutôt que de créer un nouveau type d'appel⁹⁹³.

210. La doctrine, loin d'être unanime, propose diverses qualifications de l'appel provoqué : il pourrait être analysé comme une forme d'appel incident⁹⁹⁴, qui lui même constituerait une espèce dont la demande incidente serait le genre⁹⁹⁵. En faveur de cette dernière conception, on relèvera que l'appel incident et l'appel provoqué obéissent au même formalisme que les demandes incidentes et que, tout comme elles, il exige un lien de droit entre les parties qu'il opposera au second degré. L'article 4 du Code de procédure civile soumet en effet les demandes incidentes à un lien suffisant qui les rattache aux prétentions originaires. On ne conçoit certes pas l'absence de lien entre l'intimé qui forme un appel incident et l'appelant principal. Cependant, la jurisprudence a aussi étendu cette règle à l'objet de l'appel incident en jugeant « que lorsqu'un jugement contient plusieurs chefs

985 R. Perrot, « L'effet de l'appel quant aux personnes », in Chambre nationale des avoués, Journées des 29 et 30 octobre 1973, Dijon, Gaz. Pal. 1974, I, doct. 393, spéc. p. 411

986 *Ibid.*

987 Décret n°2017-891 du 6 mai 2017, art. 20

988 Cass. civ. 2, 9 janvier 2014, n° 12-27.043

989 C.P.C., art. 550, 551 et 910

990 C.P.C., art. 549

991 Cass. civ. 2, 19 février 1958, D. 1958, p. 447 ; JCP 1958, II, 10642, note Sinay ; RTD civ. 1958, p. 455, obs. Raynaud – Cass. civ. 2, 5 janvier 1972, JCP 1972, IV, 6100, obs. J. A. ; RTD civ. 1972, p. 647, obs. Raynaud

992 H. Solus, *loc. cit.*

993 P. Hébraud, DC 1943, lég., p. 3 col. 1 – V. aussi P. Raynaud, RTD civ. 1950, p. 239 *in fine* – P. Cuhe et J. Vincent, *Précis de procédure civile*, Paris, Dalloz, 1963-1966, 13^{ème} éd., p. 493, n° 428

994 N. Fricero, « Appel. – Parties à l'instance d'appel. – Appel incident. Appel incident provoqué », *Juriscl. proc. civ.*, Fasc. 714, n° 2 : « L'appel provoqué est une variété d'appel incident. » – *Code de procédure civile commenté*, Lamy, art. 549 : « L'appel provoqué est une espèce particulière d'appel incident. » – M.-C. Bergerès, « L'appel incident de l'administration fiscale », LPA, 13 janvier 2004, p. 8 : l'appel provoqué « est traditionnellement considéré comme une espèce particulière d'appel incident ».

995 V. Y. Abou-Zeid, *op. cit.*, p. 204 et s.

distincts et qu'une partie interjetée appel de l'un d'eux, l'intimé peut appeler incidemment des autres chefs contre un autre intimé s'il existe, quant à l'objet du litige, un lien juridique entre toutes les parties »⁹⁹⁶.

211. La Chambre commerciale a confirmé⁹⁹⁷ cette solution, affinée par la deuxième Chambre civile : dans un arrêt du 14 novembre 2013 rendu à l'occasion de la liquidation d'une S.C.I.⁹⁹⁸, la formation spécialisée en procédure a distingué la recevabilité de l'appel de la recevabilité des prétentions portées par cet appel⁹⁹⁹. Ainsi a-t-elle procédé en deux temps : elle a d'une part déclaré que n'était pas fondé le moyen tiré de l'absence de lien juridique d'instance entre les parties, qui reprochait à la cour d'appel de Paris d'avoir déclaré recevable l'appel d'une partie non comparante dirigé contre une personne à l'encontre de laquelle elle n'avait formulé aucune demande en première instance. Seule la qualité de partie à la première instance est à prendre en compte, car l'article 547 du Code de procédure civile dispose sans plus de précisions que toutes les parties à la première instance peuvent être intimées¹⁰⁰⁰. L'existence d'un lien de droit (relatif au fond) n'est pas exigée, seul le lien d'instance (de nature processuelle) étant requis. D'autre part, la deuxième Chambre civile a cassé l'arrêt déferé au visa de l'article 564 du Code de procédure civile – bien que pour Roger Perrot, « *la raison qui en est donnée n'a rien à voir avec l'article 564* »¹⁰⁰¹ – en déclarant « *que le droit d'intimer en appel tous ceux qui ont été parties en première instance n'emporte pas celui de présenter des prétentions à l'encontre des parties contre lesquelles l'appelant n'avait pas conclu en première instance* ». Cet arrêt de la Cour de cassation vient clarifier certaines notions, dont le mélange avait déjà été pointé du doigt, notamment la confusion entre l'appel en tant qu'acte processuel et la demande qu'il met en jeu ainsi que le défaut de lien

996 Cass. civ. 1, 12 février 1991, n° 86-18.678 – V. aussi Cass. com., 12 octobre 1977, n° 76-11.641, RTD civ. 1978, p. 935, obs. Perrot : le seul fait d'avoir intimé un codéfendeur n'autorise pas une partie à former contre celui-ci une demande qu'elle n'avait pas soumise aux premiers juges. – En revanche la jonction d'instances, simple mesure d'administration judiciaire, ne crée aucun lien juridique entre les parties : Cass. civ. 2, 9 mai 1985, n° 84-11.318, Gaz. Pal. 1985, II, pan., p. 242 ; JCP 1985, IV, 249 – Cass. civ. 3, 26 mai 1994, n° 92-19.453

997 Cass. com., 19 novembre 2013, n° 12-26.660, RTD civ. 2014, p. 163, obs. Perrot

998 Cass. civ. 2, 14 novembre 2013, n° 12-23.910, RTD civ. 2014, p. 163, obs. Perrot

999 G. Verdun, *op. cit.*, spéc. p. 130 : « *Il est d'ailleurs indispensable de différencier la recevabilité d'une demande ou prétention de celle d'un appel. L'appel est le premier acte de procédure par lequel une partie saisit la cour pour obtenir l'infirmité ou la nullité d'un jugement, alors que la demande ou prétention est l'objet de cet appel.* »

1000 Pour des applications jurisprudentielles, V. Cass. civ. 2, 16 février 1984, JCP G 1984, IV, 125 ; Gaz. Pal. 1984, I, pan. jur., p. 145, obs. Guinchard – Cass. civ. 3, 26 mai 1988, Gaz. Pal. 1988, II, somm., p. 490, obs. M. et C. – Cass. civ. 2, 3 juin 2010, n° 09-14.427, inédit – Cass. civ. 3, 3 janvier 1978, D. 1978, inf. rap., p. 175 ; JCP G 1978, II, 19000, note J. A. – Cass. civ. 3, 4 juin 1986, Bull. civ. III, n° 97, JCP G 1986, IV, 233 ; Gaz. Pal. 1987, I, somm., p. 72, obs. Croze et Morel – Cass. soc., 4 juillet 1990, JCP G 1990, IV, 331 – Cass. com., 1^{er} juin 1999, n° 97-11.415 et 97-14.717 : la cour d'appel de Paris dénonçait un appel provoqué « *artificiellement greffé sur un appel principal* », argumenté que la Cour de cassation ne commente pas, se contentant de rappeler que la qualité d'intimé n'est pas nécessaire pour être attiré dans l'instance au second degré au moyen d'un appel provoqué.

1001 R. Perrot, « Appel : qui peut-on intimer ? », note sous Cass. civ. 2, 14 novembre 2013, n° 12-23.910 et Cass. com., 19 novembre 2013, n° 12-26.660, RTD civ. 2014, p. 163

d'instance et le défaut de lien de droit¹⁰⁰². Il est quelque peu surprenant que la cassation soit fondée sur l'article 564 relatif à la prohibition des demandes nouvelles mais à y regarder de plus près, la solution n'a rien d'aberrant : diriger un appel contre quelqu'un est une chose, élever une prétention à son endroit en est une autre. Or, former devant la cour une demande qui ne figurait pas dans les conclusions prises devant le tribunal revient à introduire un nouveau litige non débattu devant les premiers juges, et donc former une demande nouvelle, en principe irrecevable, bien qu'elle opposât deux parties à la première instance. On pourrait soulever aussi la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, puisqu'en appel la succombance est la mesure de l'intérêt, et qu'on ne saurait avoir perdu si l'on a rien demandé : cet argument n'est pourtant pas valable pour ce qui concerne l'appel provoqué, et c'est là qu'apparaît au grand jour sa distinction essentielle d'avec l'appel incident.

B. L'intérêt pour former un appel provoqué

212. L'intérêt est une condition de l'action en justice en général¹⁰⁰³ et de la voie d'appel en particulier¹⁰⁰⁴. À cette condition sont donc soumises toutes les formes d'appel, y compris l'appel incident¹⁰⁰⁵. Il est de jurisprudence constante que la succombance est la mesure de l'intérêt pour interjeter appel¹⁰⁰⁶. Cette condition n'est pourtant pas requise pour former un appel provoqué ou, pour le dire mieux, l'intérêt pour régulariser un tel appel ne se limite pas à la succombance : il est plus large¹⁰⁰⁷. On peut intimer, par exemple, pour des raisons d'opposabilité de l'arrêt. Mais surtout, « *il suffit que la situation de son auteur soit menacée par l'instance d'appel et par une réformation possible du jugement pour que l'intérêt soit établi* »¹⁰⁰⁸. Un risque de grief résultant d'une éventuelle réformation suffit donc¹⁰⁰⁹. L'auteur de l'appel provoqué, contrairement à ceux des appels

1002 Y. Lobin, « L'appel incident et l'appel provoqué », Gaz. Pal. 1986, doct., p. 1

1003 C.P.C., art. 31 et 122

1004 C.P.C., art 546

1005 Toulouse, 24 avril 1984, JCP 1984, II, 20408, note Tomasin – Paris, 8 novembre 1990, Bull. avoués, p. 95, n° 119 – Cass. civ. 2, 16 novembre 1988, n° 87-16.312, JCP 1989, IV, 19 – Cass. civ. 2, 18 janvier 1984, n° 82-11.317, Gaz. Pal. 1984, somm., p. 145, note Guinchard

1006 Cass. civ. 1, 29 juillet 1952, Bull. civ. I, n° 251 – Cass. civ. 1, 10 octobre 1962, Bull. civ. I, n° 409 – Cass. civ. 2, 18 juin 1969, Bull. civ. II, n° 212 – Colmar, 8 juillet 1970, JCP G 1971, II, 16604, note J. A. – Cass. civ. 1, 21 avril 1970, JCP A 1970, IV, 5744 ; RTD civ. 1970, p. 824, obs. Raynaud – Cass. civ. 1, 16 janvier 1979, D. 1979, inf. rap., p. 289, obs. Julien – Cass. civ. 2, 19 juin 1980, D. 1980, inf. rap., p. 462, obs. Julien ; D. 1981, p. 531, note Massip – Cass. civ. 3, 5 novembre 1997, AJDI 1998, p. 1074 – Cass. civ. 2, 10 décembre 1998, n° 97-12.843 – Paris, 19^{ème} ch., sect. B, 7 juillet 2006, n° 06/04111, Juris-Data n° 306645

1007 H. Solus, « Appel provoqué et indivisibilité en matière d'appel », in *La voie d'appel*, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 93, spéc. p. 101 : « *La notion d'intérêt n'a pas nécessairement pour mesure la succombance.* »

1008 Y. Abou-Zeid, *op. cit.*, p. 212, n° 252

1009 Paris, 17 février 1982, Bull. avoués 1982, p. 120, n° 84 – Cass. civ. 3, 5 janvier 1978, JCP 1978, II, 19000, obs. J. A. – Toulouse, 24 avril 1984, JCP 1985, II, 20408, obs. Tomasin : est irrecevable l'appel provoqué d'une partie dont la situation n'est pas menacée par l'appel principal. – Paris, 5 juin 1986, Bull. avoués 1986, III, 112 : le caractère éventuel de ce risque est suffisant. – Cass. civ. 2, 7 octobre 1982, n° 81-10.623, Gaz. Pal. 1983, I, pan., p. 37, obs. Guinchard – Cass. civ. 2, 17 mai 1977, Bull. civ. II, n° 132, D. 1977, inf. rap., p. 385, obs. Julien : est recevable l'appel provoqué se greffant sur un autre appel provoqué, dès lors que l'appel principal et l'appel provoqué peuvent modifier la situation de la partie qui a formé le second et lui découvrent ainsi un intérêt nouveau à

principal et incident, peut donc avoir triomphé en première instance, si bien que son intérêt ne se trouve pas dans le contenu du jugement rendu mais dans celui de l'arrêt d'appel à venir, pouvant s'agir éventuellement d'un arrêt infirmatif. Cela implique, sinon d'envisager la situation future résultant de l'arrêt d'appel, du moins d'anticiper une modification substantielle des données juridiques à l'issue de l'instance d'appel. De cette sorte l'intérêt n'est pas évalué à l'aune du jugement mais, « *en dernière analyse, son appréciation est fonction de l'arrêt qui sera rendu sur l'appel principal* »¹⁰¹⁰. Exprimée d'une autre façon, l'idée est celle d'un intérêt subsistant non dans la réformation du jugement mais dans sa confirmation¹⁰¹¹. « *Il résulte de cette observation que la seule menace d'un préjudice éventuel suffit à justifier la recevabilité de l'appel provoqué.* »¹⁰¹² La jurisprudence ne s'est d'ailleurs pas limitée à ce cas de figure et a semblé admettre des appels provoqués dont les auteurs pourraient attendre un bénéfice par une amélioration de leur situation au second degré. L'exemple se présente lorsque des architectes ou des entrepreneurs font appel pour discuter l'existence de la garantie due à une société civile immobilière condamnée pour malfaçons à l'égard des copropriétaires. L'intérêt que peuvent avoir ces derniers à former un appel provoqué est fonction de la solution qui sera donnée sur la garantie des architectes : leur intérêt, sans être hypothétique, est purement éventuel¹⁰¹³.

Un arrêt déjà ancien¹⁰¹⁴ illustre cette situation : la *Société générale d'entreprises* s'était retrouvée intimée devant la cour d'appel de Lyon. Une de ses sous-traitantes, la *Société Carrières Foréziennes* avait inscrit un appel provoqué contre une autre sous-traitante, la *Société Bornhauser-Molinari*. Cet appel avait été déclaré irrecevable « *car ce dernier ne tendait qu'à remettre en cause la charge d'une somme de 12 000 francs qui ne pouvait être supportée que par l'appelante principale ou l'intimée* ». Cette considération était erronée, parce qu'en réalité, l'appel incident de la *Société générale d'entreprises* tendait à aggraver la condamnation de la *Société Carrières Foréziennes* ; il lui était donc loisible d'attirer dans l'instance la *Société Bornhauser-Molinari* « *afin de se décharger de tout ou partie de sa responsabilité* », d'où la censure de la Cour de cassation. L'intérêt à former un appel provoqué – tout comme l'intérêt pour intervenir¹⁰¹⁵ – ne se

exercer ce recours.

1010 R. Perrot, « L'effet de l'appel quant aux personnes », in Chambre nationale des avoués, Journées des 29 et 30 octobre 1973, Dijon, Gaz. Pal. 1974, I, doct. 393, spéc. p. 413

1011 H. Solus, « Appel provoqué et indivisibilité en matière d'appel », in La voie d'appel, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 93, spéc. p. 102 : « À défaut de succombance, l'appel provoqué a davantage pour objet la confirmation du jugement que sa réformation. »

1012 *Ibid.*, spéc. p. 101

1013 V. par ex. Cass. civ. 2, 28 janvier 1970, JCP 1970, IV, 5686 ; RTD civ. 1970, p. 627, obs. Raynaud

1014 Cass. civ. 3, 5 janvier 1978, n° 76-12.615, JCP 1978, II, 19000, note J. A.

1015 Cass. civ. 1, 7 mars 1989, n° 86-19.609 – Paris, 10 juillet 1957, RTD civ. 1958, p. 136, obs. Raynaud – Cass. civ. 3, 15 février 1968, D. 1968, somm., p. 84 – Cass. civ. 1, 20 mai 1969, JCP 1969, II, 15982, note R. L. – V., pour des exemples où l'intérêt de l'intervention a été jugé suffisant : Cass. civ. 1, 22 octobre 1974, Bull. civ. I, n° 270 – Cass. civ. 1, 13 octobre 1981, Bull. civ. I, n° 287 – Cass. civ. 1, 8 mars 1988, JCP 1988, IV, 183 – V., pour des exemples d'intérêt à intervenir : Cass. civ. 1, 22 octobre 1974, Bull. civ. I, n° 270 : intervention du tiers cocontractant d'un

fondait donc que sur une condamnation future et tout à fait éventuelle.

C. Les liens unissant l'appel provoqué et l'intervention

213. Devant le phénomène juridique de l'appel provoqué, Roger Perrot s'était exclamé : « *Curieux appel que celui qui a pour objet d'obtenir une confirmation ! Et voilà qui souligne à l'évidence que l'appel provoqué n'a plus rien de commun avec l'appel incident.* »¹⁰¹⁶ Ce qui vient d'être dit précédemment permet en outre de s'apercevoir « *que l'appel provoqué est une notion qui demeure fort éloignée de l'appel proprement dit. En réalité, contrairement à ce que suggère son appellation traditionnelle, "l'appel provoqué" n'a pas pour objet essentiel de déférer un "mal jugé" à la juridiction du second degré ; par son but, il tend à permettre la reconstitution du litige au stade de l'appel, en favorisant le regroupement des personnes qui ont figuré au procès en première instance* »¹⁰¹⁷. L'appel provoqué, bien qu'assimilé à l'appel incident par les textes et la jurisprudence, diverge donc considérablement de lui.

Pour cette raison, Solus a suggéré de supprimer l'appel provoqué et d'utiliser l'intervention à sa place. On a d'ailleurs fait remarquer que l'appel provoqué « *est une intervention par son but, mais un appel par son cadre* »¹⁰¹⁸ et « *une sorte de doublet, en appel, de l'intervention forcée* »¹⁰¹⁹. L'appel provoqué aurait d'ailleurs été institué « *parce que l'intervention proprement dite ne paraissait pas pouvoir être utilisée pour étendre l'instance d'appel à des personnes qui avaient été parties au procès devant le premier juge* »¹⁰²⁰. L'intervention ne se révèle d'aucun secours lorsque le défendeur est déjà partie au procès¹⁰²¹. L'appel incident, quant à lui, ne pouvait pas non plus être régularisé à cette fin. Cette conception mérite d'être développée.

214. L'appel provoqué ressemble moins à l'appel incident qu'à l'intervention dans la mesure où il permet d'étendre l'instance d'appel à des personnes parties à la première instance qui n'avaient pas

époux dans le procès qui oppose ce dernier à son conjoint qui argue d'un acte frauduleux à l'occasion de la liquidation de la communauté. – TGI Paris, 21 septembre 1983, Gaz. Pal. 1984, p. 51, note Bonneau : intervention des auteurs prétendus de logiciels aux côtés de la société soutenant contre une autre qu'elle en est propriétaire et agissant en contrefaçon. – Cass. civ. 1, 8 mars 1988, JCP 1988, IV, 183 : intervention d'un comité d'entreprise aux côtés d'un associé exerçant une action en révocation de donation pour cause d'ingratitude du donataire. – V., pour une application dans le cadre d'un contentieux des élections prud'homales : Cass. civ. 2, 28 mars 2002 (cinq arrêts), n° 99-60.360, 99-60.361, 99-60.362, 99-60.371 et 99-60.385

1016 R. Perrot, « L'effet de l'appel quant aux personnes », in *Chambre nationale des avoués, Journées des 29 et 30 octobre 1973*, Dijon, Gaz. Pal. 1974, I, doct. 393, spéc. p. 413

1017 H. Solus, « Appel provoqué et indivisibilité en matière d'appel », in *La voie d'appel*, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 93, spéc. p. 103

1018 Y. Abou-Zeid, *op. cit.*, p. 198, n° 235

1019 *Ibid.*, p. 200, n° 236

1020 H. Solus, « Appel provoqué et indivisibilité en matière d'appel », in *La voie d'appel*, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 93, spéc. p. 103, n° 15

1021 Cass. civ., 31 décembre 1900, Gaz. Pal. 1901, I, 348 – Cass. civ., 18 décembre 1958, Bull. civ. II, p. 575, n° 872

formé un appel principal ni été intimées¹⁰²². Ce qui avait été conçu comme un appel est la plupart du temps utilisé comme un mode d'intervention volontaire ou forcée si l'on retient qu'il sert plus souvent à faire entrer dans l'instance d'appel une partie à la première instance qu'à critiquer un des chefs du jugement déféré. « *En d'autres termes, il serait plus exact de considérer l'appel provoqué comme un type particulier d'intervention que comme une forme étendue de l'appel incident.* »¹⁰²³ La lecture de la jurisprudence ne fait que confirmer cette analyse.

Dans certains cas l'appel provoqué est utilisé comme une intervention volontaire. Cette hypothèse peut se rencontrer lorsqu'une partie à la première instance a obtenu satisfaction et n'a pas été intimée mais souhaite défendre ses intérêts dans l'instance d'appel¹⁰²⁴. Classiquement, il s'agit de l'assureur appelé au procès à titre de garant et qui interjette un appel provoqué aux fins de préserver ses droits devant la cour.

Dans des cas plus nombreux, l'appel provoqué est utilisé pour procurer les mêmes effets qu'une intervention forcée. Par exemple, lorsqu'un syndic de faillite avait assigné les administrateurs d'une société en vue d'obtenir leur condamnation personnelle aux dettes sociales et que, sur l'appel de deux d'entre eux qui seuls avaient été condamnés, le syndic estime prudent de former un appel provoqué contre le troisième qui avait été mis hors de cause¹⁰²⁵. Lorsque les garants et sous garants sont nombreux on assiste parfois à une véritable cascade de recours successifs qui prennent la forme d'appels provoqués¹⁰²⁶. Dans toutes ces configurations l'appel provoqué s'apparente moins à un appel qu'à une intervention, mais surtout il s'apparente moins à une intervention volontaire qu'à une intervention forcée¹⁰²⁷. On comprend alors que le mécanisme de l'appel provoqué aurait pu trouver sa place dans la catégorie des interventions. Cela aurait permis de mieux prendre en considération « *la force d'expansion que recèle l'appel provoqué, lequel, si l'on n'y prend garde, risque d'altérer les règles les plus essentielles de l'appel* »¹⁰²⁸.

1022 R. Perrot, « L'effet de l'appel quant aux personnes », in *Chambre nationale des avoués, Journées des 29 et 30 octobre 1973, Dijon, Gaz. Pal. 1974, I, doct. 393, spéc. p. 413* : « *Mais il reste que l'appel provoqué remplit une fonction qui lui est spécifique dans la mesure où il joue un rôle comparable à celui d'une intervention volontaire ou forcée, entre gens de la même "famille" qui s'était déjà connus en première instance et qui tardivement cherchent à se retrouver devant la cour.* »

1023 H. Solus, « Appel provoqué et indivisibilité en matière d'appel », in *La voie d'appel, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 93*

1024 Cass. civ. 2, 16 février 1984, Bull. civ. II, n° 32, Gaz. Pal. 1984, I, pan., p. 145, obs. Guinchard – Cass. civ. 3, 5 janvier 1978, JCP 1978, II, 19000, note J. A. – Cass. civ. 3, 4 juin 1986, Gaz. Pal. 1987, somm., p. 172, obs. Croze et Morel – Cass. soc., 4 juillet 1990, JCP 1990, IV, 331

1025 Paris, 25 mai 1970, Gaz. Pal. 1970, II, 193

1026 H. Solus, *op. cit.*, p. 99

1027 Pour d'autres illustrations jurisprudentielles, V. Cass. civ. 3, 5 janvier 1978, D. 1978, inf. rap., p. 174 ; JCP 1978, II, 19000, note J. A. – Paris, 17 février 1982, Bull. avoués 1982, p. 120, n° 84 – Cass. civ. 3, 4 juin 1986, Bull. civ. III, n° 85, Gaz. Pal. 1987, I, somm., p. 172, note Croze et Morel – Cass. soc., 21 mai 1992 (deux arrêts), n° 89-16.903 et 89-17.691

1028 H. Solus, « Appel provoqué et indivisibilité en matière d'appel », in *La voie d'appel, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 93, spéc. p. 100*

215. Ces situations ne sont pas en soi choquantes. Le double degré de juridiction, en effet, n'est ni violé ni contourné, dans la mesure où il ne s'agit que de faire revenir dans le procès des parties qui s'y trouvaient déjà. La dévolution virtuelle existait en puissance dans les conclusions prises devant le premier juge¹⁰²⁹. Ce mouvement participe de la reconstitution du litige devant la cour qui, sans être indispensable, peut s'avérer utile. « *Pour en comprendre toute l'importance, il faut se rendre compte que le procès est souvent un échafaudage subtil et complexe constitué par un ensemble de pièces qui se soutiennent mutuellement : que l'une d'elles soit remise en cause et c'est tout l'édifice qui risque d'être déséquilibré.* »¹⁰³⁰ Cette reconstitution évitera le morcellement de la situation juridique et favorisera l'unité des solutions apportées au litige. Il existe en effet une nécessité de maintenir l'homogénéité de la chose jugée. Or, il serait peu souhaitable que cette homogénéité soit brisée, ou du moins mise en péril, par les aléas que constituent les initiatives ou les abstentions des plaideurs. Même si « *techniquement il y a solution de continuité entre les deux instances* »¹⁰³¹, un morcellement du litige entre ces deux phases du procès risque d'entraîner des difficultés : certaines de ses données trouveraient leur règlement dans les chefs du jugement que personne n'a critiqués ; d'autres en revanche seraient remises en question pour être rejugées. L'unité de la chose jugée en ressortirait menacée. Les juges du second degré éviteront certes de statuer de façon à entraîner des contrariétés de décisions. Néanmoins, malgré cette précaution, il se peut que l'éclatement du litige rende leur office plus pénible à maîtriser. Il serait illusoire d'imaginer un procès dont les éléments seraient parfaitement détachables les uns des autres et pourraient être traités dans une totale indépendance. La réalité montre que ces éléments, au contraire, entretiennent souvent des relations de connexité, voire de dépendance. De la sorte, il apparaît de meilleure justice de donner une solution définitive à l'ensemble du litige, au moyen d'une reconstitution la plus complète possible, « *en se départissant de cette idée que l'instance d'appel doit être nécessairement la photographie exacte de l'instance devant les premiers juges* »¹⁰³², c'est-à-dire en y intégrant les données résultant d'une évolution postérieure au jugement de première instance.

1029 P. Hébraud, « Effet dévolutif et évocation, la règle du double degré de juridiction », in *La voie d'appel*, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 141, spéc. p. 156 : « *Je suis tout de même frappé du fait qu'il s'agit seulement de remettre dans le circuit, au second degré, une partie qui y figurait au premier ; loin d'être étrangère au procès, dans son ensemble et sa continuité, elle y a participé, et il est normal qu'elle y soit réintégrée ; cela ne fait que réaliser une dévolution qui était demeurée virtuelle, et qui trouve dans les conclusions des parties une base effective.* »

1030 R. Perrot, « L'effet de l'appel quant aux personnes », in *Chambre nationale des avoués*, Journées des 29 et 30 octobre 1973, Dijon, Gaz. Pal. 1974, I, doct. 393, spéc. p. 412

1031 *Ibid.*

1032 *Ibid.*, spéc. p. 413

SECTION II : L'ÉLARGISSEMENT DE L'EFFET DÉVOLUTIF PAR LES TIERS AU PROCÈS

216. Plusieurs auteurs ont souligné la ressemblance de l'appel provoqué avec l'intervention. Ces deux mécanismes procéduraux se distinguent surtout par le fait que l'extension réalisée par l'appel provoqué se limite aux personnes ayant déjà figuré au procès en première instance, tandis que l'intervention concerne indistinctement tous les tiers au procès¹⁰³³. Pour cette raison, l'intervention se présente comme une dérogation beaucoup plus grande au principe du double degré de juridiction. Elle s'inscrit cependant dans la conception de l'appel comme voie d'achèvement. Le procès doit en effet pouvoir être suivi dans ses évolutions, si bien que l'instance d'appel en sera le réceptacle¹⁰³⁴. *« Plus précisément, le jugement rendu à l'issue de la première instance est à même de révéler des aspects nouveaux dans le litige qui en a fait l'objet ; il est donc logique que cette révélation incite des personnes qui, jusque-là, étaient demeurées étrangères au procès, à y intervenir ou conduise les parties à attirer au procès ces mêmes personnes. »*¹⁰³⁵ Cette exception majeure au double degré de juridiction s'explique par le mouvement consistant à vouloir vider devant la cour la totalité du litige en souffrance, y compris en jugeant les éléments survenus au cours du procès et n'ayant pas été tranchés par le premier juge¹⁰³⁶. Il y a là nécessairement un facteur d'accélération de la procédure, qui d'ailleurs justifie une mise en œuvre différente de l'intervention lorsque cette dernière n'est pas de nature à favoriser la célérité recherchée mais au contraire tend à être une source de lenteur¹⁰³⁷. Si

1033 *Ibid.*, spéc. p. 411 : « En réalité, [l'appel provoqué] se rattache à l'appel proprement dit par le fait qu'il se développe, intra-muros, pour attirer devant la Cour, non point des tiers stricto sensu, mais des personnes qui déjà avaient été parties en première instance, à seule fin de reconstituer l'unité du litige tel qu'il avait été formalisé devant les premiers juges. »

1034 F. Terré, « L'intervention en appel », in *La voie d'appel*, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 115, spéc. p. 116, n° 2 : « Si étrange que cela puisse paraître, de prime abord, certaines données peuvent, en cause d'appel, inciter à affirmer plus facilement qu'en première instance la recevabilité des interventions. Plus fréquentes, elles y répondent à certains besoins légitimes, encore mal dégagés au début du litige. La personne étrangère au procès, qui souhaite que ses intérêts ne soient pas compromis, n'est tentée d'intervenir volontairement que si le cours du litige et le comportement adopté effectivement par les plaideurs suscite ou confirme ses craintes. De leur côté, les plaideurs ne sont parfois incités à attirer d'autres personnes dans le procès que si le cours de celui-ci en précise, chemin faisant, la nécessité. Auparavant, il est encore trop tôt. Il n'empêche que, plus le temps passe, plus le train est à bout de course, et plus l'apparition de nouvelles personnes dans l'instance paraît insolite. De manière générale, le procès se complique au lieu de se purifier peu à peu. Plus précisément, des règles essentielles à l'instance d'appel sont, alors, escamotées : c'est une demande nouvelle qui va être portée en cause d'appel ; et, du même coup, c'est le premier degré de juridiction qui est supprimé, à la faveur de ces interventions. Les avantages de l'intervention se manifestent peut-être davantage en cause d'appel ; mais les inconvénients qu'elle engendre s'accroissent, en même temps. Voilà le problème. »

1035 C. Giverdon et P. Avril, « Les interventions en appel », *Gaz. Pal.* 1^{er} mars 1986, p. 121

1036 M. Domingo, avis sous Cass. mixte, 9 novembre 2007, n° 06-19.508, BICC n° 676 du 15 février 2008 : le décret du 18 août 1973 « traduit la volonté de l'autorité publique d'accroître la célérité de la justice et de renforcer l'efficacité de la procédure en autorisant les parties à faire l'économie d'un nouveau procès. La possibilité leur est désormais offerte de vider l'ensemble d'un contentieux en faisant figurer en cause d'appel tous les acteurs susceptibles d'y avoir part ».

1037 C.P.C., art. 326 : « Si l'intervention risque de retarder à l'excès le jugement sur le tout, le juge statue d'abord sur la cause principale, sauf à statuer ensuite sur l'intervention. » – V. pour une application : Paris, 10 mars 1977,

l'intervention trouve sa légitimité dans ces considérations, elle n'en demeure pas moins un élément perturbateur¹⁰³⁸, dans la mesure où elle risque de dénaturer le rôle de la cour d'appel en faisant d'elle une juridiction statuant en premier et dernier ressort.

217. L'intervention étant une forme de demande incidente¹⁰³⁹, elle n'est recevable que si elle se rattache aux prétentions originaires par un lien suffisant¹⁰⁴⁰, condition qui, en plus de se déduire du droit commun, est spécifiquement exigée par les textes¹⁰⁴¹ et par une jurisprudence constante¹⁰⁴². Il faut y ajouter la qualité de tiers¹⁰⁴³ – c'est-à-dire celui qui n'a été ni partie ni représenté en première instance¹⁰⁴⁴ ou qui y a figuré en une autre qualité¹⁰⁴⁵ – ainsi que l'intérêt pour agir, lequel relève de l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁰⁴⁶.

Une précision légistique nous semble ici utile : l'article 63 du Code de procédure civile prévoit trois types de demandes incidentes, qui sont la demande reconventionnelle, la demande additionnelle et l'intervention. L'article 70 n'exige de lien suffisant que pour ces deux premières demandes, mais l'article 325 le prévoit aussi pour l'intervention. Il faut en déduire que cette condition est valable pour toutes les demandes incidentes, quelles qu'elles soient. L'article 4, quant à lui, permet la modification de l'objet du litige par les demandes incidentes lorsqu'elles se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant.

L'intervention peut être volontaire (§ 1) ou forcée (§ 2) selon que le tiers à l'instance y aura été intégré à sa demande ou contre son gré. C'est pourquoi, « *il n'est pas anormal que la sévérité dans l'appréciation de la recevabilité varie selon que la perte d'un degré de juridiction a été voulue ou subie par le tiers* »¹⁰⁴⁷. Cette dernière hypothèse est de loin la plus grave, puisqu'elle prive du bénéfice du double degré de juridiction une partie qui n'a pas eu l'intention d'y renoncer.

D. 1977, inf. rap., p. 230, obs. Julien

1038 J. Pellerin, « Droit d'appel », in *Droit et pratique de la procédure civile. Droits interne et de l'Union européenne*, op. cit., chap. 542, p. 1488, n° 231

1039 C.P.C., art. 63

1040 C.P.C., art. 4 et 70

1041 C.P.C., art. 325

1042 Cass. civ., 29 août 1870, DP 1870, I, 353 – Cass. civ. 2, 21 juillet 1964, Bull. civ. II, n° 576, JCP A 1964, IV, 4512, obs. J. A. – V. aussi Cass. civ. 3, 9 octobre 1991, n° 89-13.299

1043 C'est souvent en se référant aux personnes qui auraient pu former tierce-opposition que la jurisprudence considère qu'est satisfaite la condition d'être un tiers au procès : Cass. req., 9 mars 1903, DP 1903, I, 576 ; S. 1908, I, 86 – Cass. req., 11 mai 1908, DP 1908, I, 365 ; S. 1914, I, 355 – Cass. civ., 14 juin 1920, DP 1924, I, 34 – Cass. req., 23 février 1920, S. 1921, I, 265 – Cass. req., 1^{er} février 1926, DH 1926, p. 114

1044 V. par ex. Paris, 13 septembre 1996, Procédures 1997, n° 8, obs. Croze

1045 V. par ex. Cass. civ. 1, 28 février 1995, Justices 1996/3, p. 375, obs. Wiederkehr

1046 V. par ex. Caen, 22 octobre 1992, Gaz. Pal. 12 août 1993, note Lachand

1047 Y.-M. Serinet, « La recevabilité de l'intervention volontaire en cause d'appel relève de l'appréciation souveraine des juges du fond », note sous Cass. mixte, 9 novembre 2007, JCP G 2008, II, 10070

§ 1. L'intervention volontaire

218. L'intervention volontaire est admise en première instance comme en appel, mais elle suscite des remarques diverses en fonction de la juridiction devant laquelle elle se produit. Si l'on a pu considérer que ce qui était permis en appel pouvait *a fortiori* être transposé à la première instance, le raisonnement inverse ne tient pas, en raison précisément de la règle du double degré de juridiction. C'est pourquoi il est plus difficile de justifier l'intervention, même volontaire, dans l'instance d'appel qu'en première instance. Au sein même de l'intervention volontaire, deux modalités sont possibles : l'intervention peut être principale¹⁰⁴⁸ ou accessoire¹⁰⁴⁹ selon que son auteur aura pour ambition d'élever une prétention propre ou simplement d'appuyer les prétentions d'une partie déjà présente au procès. Ces deux possibilités ont été qualifiées d'agressive ou de conservatoire¹⁰⁵⁰. La première pose naturellement plus de difficultés que la seconde, que ce soit pour l'intervenant lui-même ou pour les parties contre lesquelles il élève des prétentions.

On peut en quelque sorte considérer que l'intervenant volontaire se met sciemment en danger, qu'il prend un risque : il consent par avance à perdre un degré de juridiction et à ne pouvoir se prévaloir de la relativité de la chose jugée¹⁰⁵¹. « *L'appel alors se présente non comme voie d'achèvement, mais comme une voie de commencement et le principe du double degré de juridiction est ici mis en échec.* »¹⁰⁵² Il faut objecter néanmoins que s'il pouvait intervenir en première instance mais a préféré attendre l'instance d'appel pour entrer en lice, ce n'était que pour suivre l'évolution du procès *ab extra* et aux fins de mieux évaluer l'opportunité de sa démarche¹⁰⁵³. Il a donc fait le choix de renoncer implicitement¹⁰⁵⁴ au double degré de juridiction qui, tout bien considéré, « *n'est pas un carcan qui oppresse systématiquement celui qui estime devoir s'en passer* »¹⁰⁵⁵. Cette renonciation existe d'ailleurs de plein droit en matière d'arbitrage, sauf volonté contraire des parties¹⁰⁵⁶. Or, renoncer à un droit est une chose, en priver autrui en est une autre. La

1048 C.P.C., art. 329

1049 C.P.C., art. 330

1050 F. Terré, « L'intervention en appel », in *La voie d'appel*, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 115, spéc. p. 119, n° 7

1051 C. Giverdon et P. Avril, *op. cit.*, spéc. p. 123, n° 19 : « *La décision ainsi rendue ne passe donc pas par le premier degré de juridiction. Le fait que l'intervention soit volontaire permet donc, a priori, de fonder sur la libre renonciation du tiers intervenant l'entorse ainsi apportée au principe du double degré de juridiction.* »

1052 J. Miguet, *op. cit.*, p. 441, n° 357

1053 F. Terré, *op. cit.*, spéc. p. 117, n° 4 : « *Bien souvent, le tiers préfère rester dans l'ombre tant que le procès n'est pas suffisamment décanté : il attend qu'il vienne en appel pour entrer en lice afin de préserver ses droits.* »

1054 J. Vincent, « Les dimensions nouvelles de l'appel en matière civile », D. 1973, chron., p. 179, spéc. n° 15 : « *Le caractère volontaire de cette intrusion dans le procès laisse présager une renonciation implicite à l'ouverture d'un nouveau procès au niveau du premier degré.* »

1055 R. Perrot, « L'effet de l'appel quant aux personnes », in *Chambre nationale des avoués*, Journées des 29 et 30 octobre 1973, Dijon, Gaz. Pal. 1974, I, doct. 393, spéc. p. 414

1056 C.P.C., art. 1489

prétention formée par l'auteur d'une intervention volontaire principale pourrait constituer une demande nouvelle, en principe irrecevable au stade de l'appel. Cette intervention étant agressive, elle concernera des personnes qui étaient déjà parties et qui, contre leur gré, seront privées du double degré de juridiction. Il y a donc une certaine symétrie¹⁰⁵⁷. C'est pourquoi on a pu soutenir que l'intervention volontaire contient en germe l'intervention forcée¹⁰⁵⁸. Il faut alors réaliser un difficile équilibre, parce « *que l'intérêt du tiers intervenant n'est pas le seul objectif et que celui des parties ne doit pas non plus être négligé* »¹⁰⁵⁹.

219. C'est pour cette raison que la Cour de cassation a constamment rappelé la condition légale selon laquelle la prétention formée par l'intervenant volontaire doit se rattacher au litige par un lien suffisant, même si un courant de la troisième Chambre civile a pu un temps valoriser excessivement l'intérêt pour agir en n'abordant même pas la question de ce lien suffisant¹⁰⁶⁰. Cela peut s'expliquer par l'absence d'exigence de lien suffisant par l'article 466 de l'ancien Code de procédure civile régissant l'intervention volontaire : il se peut que même après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, cette Chambre ait conservé pendant quelques années les habitudes prises sous l'ancienne législation et ne se soit pas attardée outre mesure à l'examen du lien suffisant. Par la suite, cette Chambre s'est tenue « *dans une prudente expectative qui semble révéler une méfiance fondamentale à l'égard de l'intervention volontaire en cause d'appel* »¹⁰⁶¹. Malgré tout, une jurisprudence constante a subordonnée la recevabilité de l'intervention à un lien suffisant par renvoi au régime des demandes incidentes qui sont le genre dont l'intervention est une espèce¹⁰⁶².

1057 Cass. com., 17 mai 1954, Bull. civ. III, n° 179 : « *Toute personne ayant qualité pour intervenir en appel peut être mise en cause par voie d'intervention forcée.* » – Cass. com., 16 novembre 1954, Gaz. Pal. 1955, I, 385 – Cass. civ., 14 décembre 1955, Bull. civ. II, n° 583 – Cass. soc., 5 juillet 1956, Bull. civ. IV, n° 624 – Cass. civ., 8 juillet 1959, Bull. civ. II, n° 366

1058 F. Terré, *op. cit.*, spéc. p. 123, n° 16 : « *Renonçant finalement pour lui-même – et comme la loi le lui permet – au premier degré de juridiction, il en prive du même coup, qu'elles le veuillent ou non, les parties contre lesquelles il va pouvoir former sa demande. Et c'est peut-être ce qui est le plus grave. Au demeurant, l'intervention volontaire contient en germe l'intervention forcée.* » – Pour une position plus nuancée quant aux régimes respectifs des interventions, V. *ibid.*, spéc. p. 124, n° 17 : « *La tentation est grande de voir dans l'intervention forcée, en dépit de quelque inélégance de vocabulaire, l'envers de l'intervention volontaire et de transposer de celle-ci à celle-là les solutions du droit positif. L'équité et le bon sens inclinent à penser que les plaideurs peuvent faire aux personnes jusque-là étrangères au procès ce que le droit positif permet à celles-ci de leur faire. Les positions des protagonistes seraient inversées. Un point, c'est tout. Mais la référence à quelque précepte évangélique serait ici source d'erreur.* » – G. Légier, « *L'intervention forcée en appel et l'évolution du litige (art. 555 nouv. c. pr. civ.)* », D. 1978, chron., p. 151, spéc. p. 153, n° 13 : « *Dès lors, le libéralisme relatif à l'intervention volontaire pourrait rejaillir sur l'intervention forcée.* »

1059 R. Perrot, « *Appel. Intervention volontaire en cause d'appel : conditions de recevabilité.* », RTD civ. 1981, p. 907

1060 Cass. civ. 3, 20 janvier 1976, n° 74-13.290 – Cass. civ. 3, 1^{er} février 1978, n° 76-14.147, D. 1979, inf. rap., p. 509, obs. Julien – Cass. civ. 3, 20 février 1979, n° 77-12.863

1061 R. Perrot, « *Appel. Intervention volontaire : conditions de recevabilité* » obs. sous Cass. civ. 1, 11 janvier 1983, *SNCF c/. Fevret*, RTD civ. 1983, p. 392

1062 Cass. civ., 29 août 1870, DP 1870, I, 353 – Cass. civ. 2, 21 juillet 1964, Bull. civ. II, n° 576, JCP A 1964, IV, 4512, obs. J. A. – V. aussi Cass. civ. 3, 9 octobre 1991, n° 89-13.299

L'intérêt relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, que ce soit de façon générale¹⁰⁶³ ou plus spécialement pour l'intervention volontaire en appel¹⁰⁶⁴. Le législateur peut également attribuer qualité pour intervenir¹⁰⁶⁵. Ces conditions, bien connues en procédure, ne soulèvent pas de difficultés particulières et n'appellent donc pas de remarques supplémentaires. Il en va autrement pour le lien suffisant censé rattacher l'intervention volontaire aux prétentions originaires. On peut mettre en lumière trois types de situations.

220. D'abord, dans certaines situations simples, la suffisance du lien ne fait aucun doute parce que les points litigieux devant être débattus sur intervention ne diffèrent pas de ceux déjà examinés par les premiers juges. Ainsi en est-il lorsque l'intervenant volontaire demande en appel l'indemnisation de son préjudice dont la réparation avait déjà été sollicitée par son assureur en première instance¹⁰⁶⁶.

Ensuite, dans d'autres situations, au demeurant simples elles aussi, l'insuffisance voire l'absence de lien est également flagrante. Pour rester dans le domaine de la responsabilité, tel est le cas lorsque l'intervenant réclame en appel la réparation d'un préjudice distinct de celui discuté devant les premiers juges¹⁰⁶⁷.

Enfin, entre ces deux extrémités, « *s'étend toute une gamme de situations diversifiées liées aux circonstances concrètes des causes et variant selon la nature des différends envisagés* »¹⁰⁶⁸. Ces situations, les plus nombreuses, sont également les plus délicates. Comment fournir aux juges du

1063 Cass. civ. 1, 4 novembre 1980, n° 79-13.554 – Cass. civ. 2, 11 décembre 1985, n° 84-12.855

1064 Cass. civ. 3, 22 mai 1975, Bull. civ. III, n° 174 – Cass. civ. 3, 20 janvier 1976, n° 74-13.290 – Cass. civ. 3, 31 octobre 1978, Gaz. Pal. 1979, I, somm., p. 22 – V. aussi Cass. civ. 3, 9 octobre 1991, n° 89-13.299, Bull. civ. III, n° 236 – Cass. civ. 1, 10 janvier 2006, JCP 2006, IV, 1221 – Cass. civ. 3, 1^{er} février 1978, Bull. civ. III, n° 68 – Cass. com., 11 juin 1991, n° 89-15.216 – Cass. civ. 1, 28 février 1995, n° 93-11.310

1065 L'article 20 de l'ordonnance n° 58-896 du 23 septembre 1958 relative à des dispositions générales d'ordre financier a inséré dans l'article 15 de la loi n° 51-1508 du 31 décembre 1951 relative aux comptes spéciaux du Trésor pour l'année 1952 un alinéa, devenu l'article L. 421-5 du Code des assurances, aux termes duquel « *le fonds de garantie [contre les accidents de circulation et de chasse] peut intervenir, même devant les juridictions répressives et même pour la première fois en cause d'appel, en vue notamment de contester le principe ou le montant de l'indemnité réclamée dans toutes les instances engagées entre les victimes d'accidents corporels ou leurs ayants droit, d'une part, les responsables ou leurs assureurs, d'autre part. Il intervient alors à titre principal et peut user de toutes les voies de recours ouvertes par la loi* ». – Cass. civ. 1, 4 juin. 2007, n° 06-18.515, D. 2007, p. 2690, obs. Douchy-Oudot ; RTD civ. 2007, p. 551, obs. Hauser ; AJ fam. 2007, p. 313, obs. David ; JCP 2007, IV, 2428 : seuls les époux ont qualité pour intenter une action en divorce ou y défendre, de sorte que l'intervention principale en cause d'appel du mandataire liquidateur de la société propriétaire de l'immeuble ayant constitué le domicile conjugal, n'est pas recevable.

1066 Cass. civ. 2, 17 mars 2005, n° 03-13.720

1067 Cass. civ. 2, 11 janvier 2006, n° 03-18.079 : l'Association centrale des autos taxis de Strasbourg avait assigné l'association France Taxis ; en appel, plusieurs dizaines de personnes physiques membres de la première personne morale étaient intervenues volontairement pour demander la réparation de leurs préjudices personnels ; la cour d'appel de Colmar, approuvée par la Cour de cassation, a déclaré ces interventions irrecevables. – Cass. civ. 2, 5 juillet 2006, n° 03-19.588 : la fille de la victime était intervenue volontairement en appel pour obtenir la réparation du préjudice à elle causé par l'accident de sa mère.

1068 M. Domingo, *loc. cit.*

fond des instruments juridiques aptes à valoriser un lien suffisant ou à en stigmatiser l'absence ? La doctrine est unanime pour déplorer l'imprécision de la notion de lien suffisant : « *fuyante et largement en prise avec les circonstances* »¹⁰⁶⁹, « *rebelle à toute détermination positive de son contenu* »¹⁰⁷⁰, elle « *fait partie de ces concepts à la fluidité déconcertante qu'il est impossible de définir abstraitement* »¹⁰⁷¹ et donc « *est réfractaire à toute définition précise* »¹⁰⁷².

221. La jurisprudence non seulement n'a pas donné de définition mais encore a rendu la notion toujours plus incertaine. En effet, en matière d'appel en garantie ou en intervention entre assureurs, la Cour de cassation avait saisi la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle¹⁰⁷³ relative à l'interprétation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968¹⁰⁷⁴. La juridiction communautaire a répondu qu'en cette matière, un lien de connexité n'était pas requis, seul un lien suffisant étant exigé¹⁰⁷⁵. Dès lors, la Cour de cassation a logiquement considéré qu'un lien suffisant était d'une intensité moindre qu'un lien de connexité et que les deux notions ne se recoupaient pas¹⁰⁷⁶. « *Le lien suffisant est en effet une notion susceptible d'être entendue beaucoup plus largement que celle de la connexité qui implique une dépendance entre la demande originaire et la demande reconventionnelle* »¹⁰⁷⁷ et, pour cette raison, il est de nature à recouvrir un nombre de situations processuelles beaucoup plus important.

Aux termes de la Convention de Bruxelles en son article 22 alinéa 3, « *sont connexes, au sens du présent article, les demandes liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément* »¹⁰⁷⁸. Cette définition se rapproche de celle contenue dans

1069 Y.-M. Serinet, *loc. cit.*

1070 M. Domingo, *loc. cit.*

1071 R. Perrot, « Appréciation souveraine de l'intérêt à agir et du lien suffisant », obs. sous Cass. mixte, 9 novembre 2007, Procédures 2008, comm. 5

1072 V. Avena-Robardet, « Recevabilité de l'intervention volontaire en cause d'appel », note sous Cass. mixte, 9 novembre 2007, D. 2007, p. 2955

1073 Cass. civ. 1, 20 janvier 2004, n° 01-11.229

1074 Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

1075 CJUE, 26 mai 2005, *Groupement d'intérêt économique (GIE) Réunion européenne et autres c/. Zurich España et Société pyrénéenne de transit d'automobiles (Soptrans)*, aff. C-77/04, Rev. crit. DIP 2006, p. 168, note Sinay-Citermann

1076 Cass. civ. 1, 10 mai 2006, *Réunion européenne*, n° 01-11.229, D. 2006, inf. rap., p. 1480, obs. Gallmeister ; Rev. crit. DIP 2006, p. 899, note Sinay-Citermann ; D. 2007, chron., p. 1751, obs. Jault-Seseke – V. contra J.-F. Kriegk, « *La procédure civile revisitée au travers des principes généraux : la voie d'appel* », Gaz. Pal. 8 novembre 1997, p. 1467, pour qui l'évolution du litige est toujours conditionnée par l'exigence d'un lien de connexité suffisant avec la demande originaire. – M.-É. Ancel, « Les reconventions nouvelles en appel : une recevabilité à restreindre », D. 2000, p. 559 : « *Le lien suffisant dont fait état la Cour de cassation n'est rien d'autre que la connexité [de] l'art. 101 NCPC.* »

1077 J.-P. Rouse, « Les demandes reconventionnelles formées pour la première fois en appel », Gaz. Pal. 2 novembre 1976, p. 619

1078 Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, précit.

l'article 101 du Code de procédure civile, selon lequel la connexité entre deux affaires s'entend d' « *un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble* ».

Il apparaît assez évidemment que la suffisance admet une laxité que ne suppose même pas un rapport « *si étroit* ». Le lien suffisant ne signifie pas que le jugement séparé de deux affaires serait contraire à la bonne justice ou abriterait un risque de contrariété de décisions. On a écrit qu' « *il est à craindre que le concept de connexité ne constitue un obstacle trop fragile et trop souple* »¹⁰⁷⁹ aux atteintes portées au double degré. Que dire alors du lien suffisant dont la consistance est encore plus aléatoire ? C'est pourquoi il était nécessaire d'élever un critère supplémentaire auquel pourrait s'adosser le lien suffisant exigé en matière d'intervention.

222. Lorsque l'intervention volontaire survient dans l'instance d'appel, il n'est pas illogique de la traiter à la lumière du droit commun de l'appel. À ce titre on peut recenser deux courants jurisprudentiels, qui ont tenté de régir les interventions volontaires en appel avec des outils juridiques propres à cette voie de recours.

D'une part, si les prétentions nouvelles ne sont pas admises en appel, on ne voit pas pourquoi cette prohibition devrait s'appliquer aux parties déjà présentes dans le procès alors que les tiers venant s'y joindre en seraient affranchis. C'est pourquoi de nombreux arrêts émanant en grande partie de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation ont invité les juges du fond à vérifier que la demande en intervention volontaire ne soumette pas à la cour d'appel un litige nouveau comportant des demandes de condamnations personnelles n'ayant pas subi l'épreuve premier degré de juridiction¹⁰⁸⁰. Cette absence au second degré d'un litige nouveau est un critère beaucoup plus objectif que celui du lien suffisant. Pour aller plus loin, on pourrait considérer que

1079 J. Vincent, *op. cit.*, spéc. n° 33

1080 Cass. civ. 2, 11 juin 1975, n° 73-14.233 – Cass. civ. 2, 11 mars 1981, n° 79-16.775, RTD civ. 1981, p. 907, obs. Perrot – Cass. civ. 3, 2 juin 1981, RTD civ. 1981, p. 907, obs. Perrot – Cass. civ. 2, 5 juin 1996, n° 94-13.507 : « *Attendu que les personnes qui n'ont été ni parties ni représentées en première instance ou qui y ont figuré en une autre qualité peuvent intervenir en cause d'appel, dès lors qu'elles y ont intérêt, à condition de ne pas soumettre à la cour d'appel un litige nouveau.* » – Cass. soc., 7 juillet 2004, n° 02-40.955 : « *Mais attendu que lorsqu'a été soumis aux premiers juges, par un salarié, un manquement de l'employeur aux dispositions légales relatives au travail à temps partiel, l'intervention en cause d'appel d'un syndicat poursuivant la réparation du préjudice causé par le même manquement à la profession dont il défend les intérêts ne soumet pas à la cour d'appel un litige nouveau ; que le moyen n'est pas fondé.* » – Cass. civ. 2, 11 janvier 2006, n° 03-18.079 : « *Mais attendu qu'ayant relevé que les personnes physiques membres de l'association ACAT, en intervenant volontairement en appel pour demander la réparation du préjudice personnel que leur auraient causé les agissements imputés à l'association France Taxis, la cour d'appel a pu retenir que ces demandes, instituant un litige nouveau, ne se rattachaient pas par un lien suffisant aux prétentions originaires, et étaient irrecevables.* » – Cass. civ. 2, 5 juillet 2006, n° 03-19.588 : « *Mais attendu que, si, en application de l'article 554 du nouveau code de procédure civile, peuvent intervenir en cause d'appel dès lors qu'elles y ont intérêt les personnes qui n'ont été ni parties ni représentées en première instance, c'est à la condition que l'intervenant ne soumette pas un litige nouveau n'ayant pas subi l'épreuve du premier degré de juridiction.* » – Cass. civ. 1, 14 novembre 1966, JCP 1967, II, 14973, note Voirin ; D. 1967, p. 186 : évoque « *un droit personnel, distinct de ceux mis en cause par le litige principal* ». – Cass. civ. 3, 2 juin 1981, *La Foncière c/. Europart et autres*, inédit

cette donnée ne serait pas une condition autonome – d’ailleurs non requise par la loi – mais ferait partie intégrante de la condition de lien suffisant. Plus précisément, la présence d’un litige nouveau permettrait d’affirmer que la suffisance du lien n’est plus assurée et serait un indice, voire une preuve, que la condition légale n’est pas remplie¹⁰⁸¹.

D’autre part, la prohibition des demandes nouvelles est assortie d’exceptions. En particulier, la demande n’est pas réputée nouvelle lorsqu’elle tend aux mêmes fins que celle formulée devant les premiers juges. Ce tempérament a pu être transposé au domaine de l’intervention volontaire. Certains arrêts, tout en continuant de se référer à l’instauration d’un nouveau litige, ont également exigé que la demande formée par l’intervenant procède de la demande originaire ou tende aux mêmes fins, en en faisant des conditions tantôt cumulatives tantôt alternatives¹⁰⁸². Il n’est pas difficile de retrouver dans cette « *précision assez énigmatique* »¹⁰⁸³ les conditions posées à l’admission des demandes nouvelles en appel. Il faut pourtant reconnaître que cette vision est moins satisfaisante que celle qui se fonde sur le litige nouveau : on étudiera combien les « *mêmes fins* » permettant la recevabilité des demandes nouvelles en appel constituent un concept imprécis, au moins autant sinon plus que celui de « *lien suffisant* ». Il semble difficilement envisageable – et en aucun cas souhaitable – de préciser un concept imprécis au moyen d’un autre concept imprécis... On ne peut donc que déplorer les « *notions vagues, propres à engendrer toute solution et son contraire au prix de l’arbitraire du juge* »¹⁰⁸⁴.

223. Cette interprétation de l’intervention d’appel se fondant sur les règles propres à l’instance d’appel semble cependant fragilisée par un arrêt de la troisième Chambre civile du 9 novembre 2005¹⁰⁸⁵. Dans cette espèce, une S.C.I. formée par un couple, Bernard X... et Monique Y..., avait commandé à une société la construction d’un garage en sous-sol du jardin de leur propriété. À la

1081 M. Domingo, *loc. cit.* : « *Si l’on veut bien admettre que l’exigence d’une absence de litige nouveau caractérisé par une demande de condamnations personnelles n’est pas une condition autonome de recevabilité de l’intervention volontaire (sinon ce serait ajouter à la loi) mais fait partie intégrante de la notion de lien suffisant ou plutôt constitue le domaine au-delà duquel le caractère suffisant du lien disparaît, de telle sorte que l’identification du litige nouveau révèle cette insuffisance, il y a là un critère opérationnel dont il est aisé de contrôler l’existence et dont la mise en œuvre permet d’écarter les interventions tendant à obtenir des condamnations contre des parties ainsi privées du bénéfice du double degré de juridiction.* »

1082 Cass. civ. 2, 29 mars 1979, n° 77-12.062, RTD civ. 1980, p. 424, obs. Perrot – Cass. civ. 2, 22 février 1984, n° 82-15.231 – Cass. civ. 3, 15 décembre 2004, n° 01-01.463 : « *Qu’en statuant ainsi, alors qu’elle avait relevé que l’indemnisation du préjudice né des pertes d’exploitation avait été réclamée en première instance par la société Letierce, et que la Société générale tirait son droit éventuel de la subrogation dans les droits de la société Letierce par suite de la cession de sa créance, l’intervention de cette banque ne créant dès lors aucun litige nouveau, procédant directement de la demande originaire, et tendant aux mêmes fins, la cour d’appel a violé les textes susvisés.* » – Cass. civ. 3, 9 octobre 1991, Bull. civ. III, n° 236, qui relève que l’intervention volontaire ne modifie pas l’objet du litige.

1083 R. Perrot, « Appel. Intervention volontaire en cause d’appel : conditions de recevabilité », RTD civ. 1981, p. 907

1084 G. Bolard, Procédures, mars 2012, témoignages, p. 6, n° 2

1085 Cass. civ. 3, 9 novembre 2005, n° 04-14.046

suite de différends, les travaux ont été interrompus, et la S.C.I. a assigné l'entrepreneur sur le fondement de l'article 1147 ancien du Code civil, lequel a reconventionnellement demandé le paiement du solde du prix des travaux. Monsieur X... et Madame Y... sont intervenus volontairement en appel – non plus en tant que personne morale mais comme personnes physiques – pour demander la réparation de leur préjudice de jouissance. La cour d'appel de Nîmes a déclaré cette intervention recevable mais a rejeté la demande de dommages et intérêts sur le fondement de l'article 564 du Code de procédure civile en considérant qu'il s'agissait d'une prétention nouvelle. La Cour de cassation a cassé cet arrêt pour violation du texte susvisé en retenant qu'il « *ne s'applique pas à l'intervention volontaire en cause d'appel de personnes qui n'ont pas été parties, ni représentées en première instance ou qui y ont figuré en une autre qualité* ». Cette solution doit-elle nous conduire à démentir ce qui a été exposé précédemment ? La réponse négative doit s'imposer. La Cour de cassation a seulement censuré la cour d'appel pour avoir appliqué un texte inadéquat et qui n'a pas été édicté pour l'intervention. Elle rappelle ainsi que l'intervention en cause d'appel possède sa logique propre et qu'elle doit être envisagée à partir des règles qui lui sont applicables. Preuve qu'elle n'apprécie guère un tel mélange des genres, elle a également refusé que les conditions de l'intervention soient appliquées aux demandes nouvelles formées en appel entre les mêmes parties¹⁰⁸⁶. Le procès n'est pas une grande marmite dans lequel il serait permis de verser toutes sortes d'ingrédients juridiques !

Peut-être la Cour de cassation aurait-elle accepté de la cour d'appel de Nîmes une solution partant d'un fondement juridique différent mais aboutissant au même résultat : les juges d'appel auraient pu tout simplement rejeter la demande en intervention au motif que le préjudice dont la réparation était demandée n'avait pas été discuté devant les premiers juges. Ceux-ci avaient été saisis d'une demande d'indemnisation d'un préjudice résultant d'une inexécution ou d'un retard ; ceux-là étaient invités à se prononcer sur une demande d'indemnisation d'un préjudice de jouissance. Les deux préjudices sont distincts et insuffisamment liés. À ces considérations afférentes au litige, il faut ajouter que cet arrêt de 2005 n'a fait l'objet d'aucune publication au

1086 Cass. civ. 3, 15 juin 1982, n° 81-10.509, RTD civ. 1983, p. 394, obs. Perrot qui critique la solution tout en reconnaissant sa solidité technique, puisque « *par définition, une intervention forcée ne se conçoit pas à l'égard de personnes qui sont déjà parties à l'instance ou qui y sont représentées* ». – Cass. civ. 2, 1^{er} juillet 2010, n° 09-15.594 : « *Attendu que la notion d'évolution du litige est étrangère à la recevabilité des demandes formées en appel contre une personne qui était partie au procès devant le tribunal.* » – Cass. civ. 2, 9 juillet 1997, Procédures 1997, n° 257, note Perrot – Cass. civ. 3, 1^{er} mars 2011, n° 10-11.540, AJDI 2011, p. 389, obs. de La Vaissière – Cass. civ. 3, 10 janvier 2001, Bull. civ. III, n° 1, D. 2001, p. 2541, note Becquet ; Procédures 2001, n° 77, obs. Perrot – Cass. civ. 3, 25 janvier 1995, n° 93-12.815, RTD civ. 1995, p. 962, obs. Perrot qui commente que « *si cette condition devait être banalisée, hors de son domaine et s'étendre insidieusement à la recevabilité de toutes les demandes nouvelles en cause d'appel, autant dire que les limites tracées par les articles 564 à 567 nouv. c. pr. civ. seraient vite dépassées par cette condition envahissante et que la prohibition des demandes nouvelles devant la cour agoniserait lentement à travers des discussions sans fin sur l'évolution du litige. C'est bien là le danger de ces notions dont la fluidité ne permet plus d'en conserver la maîtrise* ».

bulletin ; aussi serait-il téméraire d'en tirer des conclusions trop générales.

224. Dans l'impossibilité de donner une définition claire du lien suffisant, la solution la plus commode consistait naturellement à en abandonner l'appréciation à la souveraineté des juges du fond, comme cela était déjà le cas pour la connexité¹⁰⁸⁷. De nombreux arrêts de la Cour de cassation vont dans ce sens¹⁰⁸⁸, malgré la position opposée de la formation spécialisée en procédure civile qui, pour sa part, a pu assurer un contrôle, lourd¹⁰⁸⁹ ou plus léger¹⁰⁹⁰, voire à casser au motif qu'il n'existait pas de lien suffisant¹⁰⁹¹ ou procéder à une substitution de motifs¹⁰⁹². La suffisance n'est cependant pas un concept juridique. C'est pourquoi « *il n'est pas possible dans ces conditions de déceler un repère objectif permettant de fixer le seuil de suffisance du lien légitimant la recevabilité de l'intervention* »¹⁰⁹³. Les divergences des chambres de la Cour de cassation appelaient une unification de sa doctrine. C'est pourquoi une Chambre mixte composée de toutes les formations non répressives a décidé dans un arrêt du 9 novembre 2007 « *que l'appréciation de l'intérêt à agir de l'intervenant volontaire et du lien suffisant qui doit exister entre ses demandes et les prétentions originaires relève du pouvoir souverain des juges du fond* »¹⁰⁹⁴. Cette solution a suscité des réactions diversifiées tant sur le plan pratique que théorique.

Concrètement, priver une notion de la lumière du droit apportée par l'interprétation de la Cour régulatrice pour la rejeter dans l'ombre du fait soumis aux juges du fond laisse à craindre que chaque juridiction n'élabore sa propre doctrine¹⁰⁹⁵. Il pourrait en résulter une atteinte au principe

1087 Cass. soc., 13 octobre 1988, Bull. civ. V, n° 514 – Cass. civ. 1, 19 avril 1983, Bull. civ. I, n° 123 – Cass. com., 30 novembre 1982, Gaz. Pal. 1983, pan., p. 105, obs. S. G. – Cass. civ. 1, 21 novembre 1995, Bull. civ. I, n° 419 – Cass. civ. 3, 8 janvier 1997, Bull. civ. III, n° 9 – M.-É. Ancel, *loc. cit.* : « *Dans ces conditions, inévitablement, il est possible de recenser des décisions qui ne se coordonnent pas toujours très bien en un courant homogène. (...) On pourrait donc estimer, au bout du compte, que la Cour de cassation, tout en obligeant les juridictions d'appel à se prononcer sur l'existence d'un lien suffisant, laisse chacune d'elles décider de l'encombrement de son rôle. Tout ne serait donc que question d'opportunité, même si la sécurité juridique, l'égalité de traitement et le principe du double degré de juridiction doivent en pâtir.* »

1088 Cass. civ. 3, 20 janvier 1976, Bull. civ. III, n° 22 – Cass. com., 13 juin 1984, Bull. civ. IV, n° 196 – Cass. civ. 3, 1^{er} juillet 1987, Bull. civ. III, n° 137 – Cass. civ. 3, 9 octobre 1991, n° 89-13.299, Bull. civ. III, n° 236 – Cass. civ. 3, 30 juin 1993, n° 91-14.210 – Cass. civ. 1, 21 novembre 1995, n° 93-17.468, Bull. civ. I, n° 419 – Cass. com., 16 décembre 1997, n° 95-12.244 – Cass. civ. 3, 12 juin 2001, n° 99-19.814 – Cass. civ. 3, 4 avril 2002, n° 96-12.284 – Cass. civ. 1, 10 janvier 2006, n° 03-17.839, JCP G 2006, IV, 1221 – Cass. civ. 2, 4 juillet 2007, n° 06-18.335, JCP G 2007, IV, 2676

1089 Cass. civ. 2, 25 mars 1999, n° 97-13.029 – Cass. civ. 2, 17 mars 2005, n° 03-13.720

1090 Cass. civ. 2, 11 janvier 2006, n° 03-18.079

1091 Cass. civ. 2, 23 septembre 2004, n° 01-12.738 : cassation au motif qu'il n'existe pas de lien suffisant pour une intervention devant le tribunal d'instance.

1092 Cass. civ. 2, 24 mai 2006, n° 05-18.049, Bull. civ. II, n° 132

1093 M. Domingo, *loc. cit.*

1094 Cass. mixte, 9 novembre 2007, n° 06-19.508, BICC 15 février 2008, p. 18, rapp. Lacabarats, avis Domingo et le communiqué ; JCP 2008, II, 10070, note Serinet ; JCP 2008, I, 138, obs. Amrani-Mekki ; Procédures 2008, n° 5, note Perrot ; Dr. et proc. 2008, p. 90, note Douchy-Oudot – Pour une application, V. Cass. com., 6 juillet 2010, n° 09-14.937

1095 R. Perrot, « Appréciation souveraine de l'intérêt à agir et du lien suffisant », obs. sous Cass. mixte, 9 novembre 2007, Procédures 2008, comm. 5

d'égalité devant la justice et devant la loi. Mais n'est-ce pas le risque de toute réalité de fait ? Et les cours d'appel ne sont-elles pas là pour unifier la jurisprudence des juridictions de leur ressort¹⁰⁹⁶ ? La solution a surtout l'avantage d'une certaine souplesse, car le juge pourra à loisir peser le pour et le contre, apprécier l'opportunité d'une intervention en fonction du litige dont il a connaissance en fait et en droit¹⁰⁹⁷. Il pourra, le cas échéant, déclarer l'intervention recevable ou, au contraire, renvoyer l'intervenant à saisir la justice de première instance. Pour justifier la solution théoriquement, il faut faire remarquer que le lien suffisant exigé pour les demandes incidentes a toujours relevé de l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁰⁹⁸. On comprendrait mal pourquoi l'appréciation de la suffisance de ce lien devrait faire l'objet d'un contrôle par la Cour de cassation lorsqu'elle concerne l'instance d'appel mais être confiée à la sagesse des juges du fond lorsqu'elle intéresse la première instance. Le lien suffisant est requis pour toutes les demandes incidentes, il l'est aussi bien pour l'intervention en première instance que pour l'intervention en appel. Il est une réalité de fait ou une réalité de droit mais ne saurait être l'une et l'autre en fonction du moment du procès où il est envisagé.

225. En tout état de cause, l'intervention s'inscrit clairement dans la logique d'un appel voie d'achèvement. Le lien suffisant avec la première instance est donc une condition de l'intervention, quelle qu'elle soit. Pourtant, ce lien a pu être envisagé diversement en fonction du caractère volontaire ou forcé de l'intervention. Il en résulte que son identification est plus facile en matière d'intervention forcée. En effet, pour reprendre l'analyse d'un avocat général, le lien suffisant se déduit nécessairement de l'évolution du litige rendant nécessaire l'intervention d'un tiers contre son gré¹⁰⁹⁹. Si l'évolution du litige implique d'intégrer un tiers à l'instance, il est évident que cette intégration a bien quelque chose à voir avec le litige préexistant. La condition du lien suffisant est donc automatiquement vérifiée dès lors qu'est démontrée la condition de l'évolution.

1096 Même si une cour d'appel n'a pas à « donner d'injonction à une juridiction du premier degré sur la manière d'interpréter la loi » (R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 2012, 15^{ème} éd., p. 87, n° 86)

1097 Y.-M. Serinet, *loc. cit.* : « Outre qu'elle présente, au regard de la gestion des flux judiciaires, l'incontestable avantage de tarir une source importante de pourvois, la solution retenue a l'avantage de la souplesse : n'est-il pas finalement raisonnable que les juges du fond mesurent l'opportunité d'une évolution subjective du litige en fonction des données concrètes du différend ? »

1098 Cass. civ. 1, 6 juin 1978, Bull. civ. I, n° 214 – Cass. com., 30 novembre 1982, Bull. civ. IV, n° 389, Gaz. Pal. 1983, I, pan., p. 105, obs. Guinchard – Cass. civ. 2, 14 janvier 1987, Bull. civ. II, n° 12 – Cass. civ. 3, 4 avril 2002, Bull. civ. III, n° 79.

1099 M. Domingo, *loc. cit.* : « Cette exigence qui concerne aussi bien l'intervention volontaire que l'intervention forcée est en principe de plein droit satisfaite relativement à cette dernière lorsqu'elle est réalisée en cause d'appel dès lors que la reconnaissance de l'évolution du litige suppose la révélation de données certes nouvelles mais cependant en rapport étroit avec l'instance initiale à laquelle elles impriment seulement des développements impliquant la mise en cause de personnes primitivement étrangères à la procédure. En revanche dès lors que l'évolution du litige n'est pas une condition de recevabilité de l'intervention volontaire, la notion de lien suffisant acquiert une autonomie rendant difficile, voire impossible, toute tentative d'en donner une définition tant soit peu précise. »

C'est pourquoi, on a pu regretter que l'évolution du litige ne soit pas exigée en matière d'intervention volontaire. En plus des facilités probatoires procurées par cette imbrication, cela aurait sans doute conduit à garantir le droit au double degré de juridiction aux parties à l'instance d'appel exposées à des prétentions formulées par un intervenant volontaire¹¹⁰⁰. La jurisprudence n'est pas d'une clarté totale, car certains arrêts ont pu prendre en compte l'évolution du litige lorsque l'intervention volontaire avait pour but de faire condamner une partie déjà présente à l'instance¹¹⁰¹ – mais il faut convenir qu'elle ressemble ici à une intervention forcée si l'on se place du côté de cette partie –, tandis que d'autres arrêts ont retenu qu'elle n'était pas applicable à l'intervention volontaire¹¹⁰². Cette dernière jurisprudence est conforme aux textes du Code de procédure civile qui exige ou n'exige pas l'évolution du litige selon le caractère volontaire ou forcé de l'intervention. En tout cas, l'indifférence d'une évolution du litige pour justifier l'intervention volontaire s'inscrit elle aussi dans une logique d'achèvement plus que de réformation.

§ 2. L'intervention forcée

226. Initialement, n'étaient admises que l'assignation en déclaration d'arrêt commun¹¹⁰³ et la mise

1100 R. Perrot, « Appel. Intervention volontaire : l'évolution du litige n'est pas une condition de recevabilité », note sous Cass. civ. 2, 15 janvier 2004, RTD civ. 2004, p. 350 : « *On ne voit pas dès lors pourquoi l'exigence d'une évolution du litige, qui est une sage précaution lorsqu'il s'agit de protéger les tiers contre une intervention forcée en cause d'appel, serait dépourvue d'utilité lorsque ce sont les parties à l'instance qui sont exposées à l'intervention volontaire d'un tiers.* »

1101 Cass. civ. 1, 11 janvier 1983, n° 80-14.950, Gaz. Pal. 1983, II, pan., p. 138 : « *Mais attendu, d'abord, que, si en principe un tiers ne peut intervenir pour la première fois en cause d'appel pour demander la condamnation personnelle de l'une des parties à l'instance, il en va autrement quand l'évolution du litige fonde cette intervention.* »

1102 Cass. civ. 2, 15 janvier 2004, n° 02-10.745, D. 2004, inf. rap., p. 539 ; JCP 2004, IV, 1443 ; RTD civ. 2004, p. 350, obs. Perrot : « *Attendu que pour déclarer irrecevable l'intervention volontaire de M. X..., l'arrêt, après avoir relevé qu'intervenant en son nom propre, M. X... était tiers au litige de première instance et justifiait par ailleurs de son intérêt, retient qu'il n'était pas établi d'évolution du litige ; qu'en statuant ainsi, alors qu'elle n'avait pas à rechercher si une évolution du litige était survenue en cause d'appel, la cour d'appel a ajouté à la loi une condition qu'elle ne prévoit pas et a ainsi violé les textes susvisés.* » – Cass. civ. 2, 2 juillet 2009, n° 08-14.156 : « *Attendu que Mme A... reproche encore à l'arrêt de déclarer irrecevable son intervention volontaire ; mais attendu qu'ayant exactement relevé que l'intervention volontaire principale de Mme A..., qui sollicitait l'indemnisation de son préjudice personnel, lui soumettait un litige nouveau, non soumis au premier degré de juridiction, la cour d'appel a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision, abstraction faite du motif erroné, mais surabondant, tiré de l'absence d'évolution du litige.* »

1103 Cass. civ. 2, 8 juillet 1959, Bull. civ. II, n° 559 – Cass. civ. 2, 27 février 1969, D. 1970, p. 581, note Raynaud – Cass. civ. 3, 16 février 1972, Bull. civ. III, n° 114 – La jurisprudence des cours d'appel était cependant divisée. Certaines en effet l'admettaient : Paris, 18 décembre 1954, D. 1957, p. 40, note Crémieu ; Gaz. Pal 1955, I, 217 – Paris 1^{er} juin 1970, JCP 1970, II, 16458, obs. C.P.L. – D'autres ne l'admettaient pas : Paris, 2 février 1953, D. 1953, p. 204 ; Gaz. Pal. 1953, I, 256 ; JCP 1953, II, 7689, note Poussière – Poitiers, 28 février 1962, JCP éd. Avoués 1962, IV, 4075, obs. J. A. – RTD civ. 1962, p. 710, obs. Raynaud

en cause en appel¹¹⁰⁴, tandis qu'était prohibé l'appel en garantie¹¹⁰⁵, solution étrange quand on pense que ces deux dernières modalités ont le même caractère agressif. C'est l'article 98 du décret du 28 août 1972 devenu l'article 555 du Code de procédure civile qui est venu consacrer l'intervention forcée en appel aux fins de condamnation. Ce mécanisme révèle, encore plus que l'intervention volontaire, la fonction de voie d'achèvement de l'appel : en partant du principe que le litige doit « s'épanouir »¹¹⁰⁶ au second degré, on accepte nécessairement que soient présentes à l'instance toutes les personnes utiles à sa solution.

Une des premières décisions prises en application de ce texte peut nous servir d'illustration¹¹⁰⁷. L'affaire est assez banale mais la décision ne laisse pas de surprendre par son libéralisme qui tend à « sacrifier délibérément le principe du double degré de juridiction au mythe d'une justice expéditive »¹¹⁰⁸. Un piqueur blessé par un cheval avait recherché en responsabilité la propriétaire de l'équidé. Déclarée civilement responsable, elle avait assigné sa compagnie d'assurance en intervention forcée à l'instance d'appel. Par un arrêt du 2 mai 1973, la cour d'appel de Pau avait déclaré cette intervention recevable. La motivation de cette décision mérite d'être rapportée : « attendu surtout essentiellement en droit, que la Compagnie X... prétend indûment ajouter à la lettre et trahir l'esprit de l'art. 98 ; attendu que, dans sa lettre cet article trouve son application à une seule et unique condition, savoir l'évolution du litige rendant cette application nécessaire, utile ou souhaitable ; que dès lors aucun fait, ou faute n'y met obstacle comme par exemple une négligence, un oubli, ou même une omission volontaire devant le premier juge ; attendu que dans son esprit ce même texte veut que l'instance soit rétablie ou complétée au plus vite et au mieux, la célérité et l'efficacité inhérentes à la procédure nouvelle (dans la parfaite loyauté du débat, la contradiction étant assurée), l'emportant sur la règle habituelle des deux degrés de juridiction, règle à laquelle au surplus une exception était déjà connue et reste toujours en vigueur, l'évocation ».

1104 Cass. civ., 5 novembre 1941, DC 1942, p. 58 – Cass. com., 17 mai 1954, Bull. civ. III, n° 179 – Cass. com., 16 novembre 1954, Bull. civ. III, n° 351 – Cass. soc., 31 mai 1961, D. 1962, p. 184 ; S. 1962, p. 186 ; RTD civ. 1962, p. 557, obs. Raynaud

1105 Cass. req., 21 juillet 1876, S. 1878, I, 455 – Cass. civ. 1, 10 avril 1964, D 1965, p. 1, note Lobin – Cass. civ. 2, 26 février 1970, Bull. civ. II, n° 74 – Cass. civ. 3, 10 octobre 1972, Bull. civ. III, n° 501

1106 J. Cédras, avis sous Cass. plén., 11 mars 2005, n° 03-20.484, BICC n° 620 du 1^{er} juin 2005

1107 Pau, 2 mai 1973, JCP 1973, II, 17512, obs. J. B. – V. aussi Pau, 12 janvier 1973, cité par R. Perrot et Me Tissot, « Les effets de l'appel. - L'ouverture quant aux personnes. », in Chambre nationale des avoués, Journées des 29 et 30 octobre 1973, Dijon, Gaz. Pal. 1974, I, doct. 393, spéc. p. 408 : l'intervenant forcé n'était pas étranger à la procédure puisqu'il avait assisté à l'expertise et qu'il convenait d'accueillir la demande dans un but de bonne administration de la justice. Or les demandeurs auraient dû l'appeler en garantie devant le TGI. Il n'y a pas de vraie évolution car aucun élément nouveau n'est survenu depuis le jugement. – V. aussi Nancy, 8 avril 1976, cité par M.-J. Gisser-Pierrard, « L'évolution du litige. Bilan de cinq années d'application jurisprudentielle de l'article 555 du nouveau Code de procédure civile », JCP G 1978, I, 2888 qui admet la réparation d'un oubli par l'article 555 du C.P.C.

1108 R. Perrot, « L'effet de l'appel quant aux personnes », in Chambre nationale des avoués, Journées des 29 et 30 octobre 1973, Dijon, Gaz. Pal. 1974, I, doct. 393, spéc. p. 414

227. Dans son engouement pour appliquer la réforme, la cour d'appel s'est précipitée et s'est livrée à une interprétation hâtive des textes. Elle semble dire, ce qui sera démenti par la suite, que l'intervention forcée pourrait être le remède à la négligence, voire à la mauvaise foi, d'une partie. Elle estime certes avec raison que l'article 98 du décret permet que l'instance soit complétée en temps utile mais elle établit – ce qui est excessif – une échelle de valeur qui soumet le principe du double degré de juridiction à ceux de la célérité et de l'efficacité. Pour justifier ce raisonnement, elle prend pour prétexte l'évocation et souligne la loyauté du débat assurée par la contradiction, laquelle serait de nature à légitimer tout et son contraire.

La bonne justice devrait-elle céder le pas à la bonne administration de la justice ? C'est ce qu'a retenu un arrêt rendu l'année suivante par la cour d'appel de Lyon qui ne tient compte que de l'opportunité de l'intervention en subordonnant sa recevabilité à une bonne administration de la justice¹¹⁰⁹. L'annotateur fait remarquer que la notion d'évolution du litige devient encore plus imprécise si l'on fait appel à celle de bonne administration de la justice¹¹¹⁰. En outre, cette solution d'opportunité n'est pas sans exposer le justiciable à l'arbitraire du juge¹¹¹¹. Curieusement, le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation¹¹¹². La Chambre sociale a en effet estimé que dans cette espèce, l'évolution du litige permettant l'intervention était avérée. Elle considère que l'évolution du litige rend nécessaire certaines précisions, nécessité qui implique la mise en cause d'autres parties. C'est déjà un indice, mais on peut néanmoins regretter qu'elle ait laissé subsister un arrêt dont la motivation laisse songeur.

228. Autre révélateur de « *la richesse insoupçonnée de ce texte* »¹¹¹³, l'article 555 du Code de procédure civile emploie le verbe « *impliquer* » au sujet de la mise en cause des tiers conséquente à l'évolution du litige. La jurisprudence a parfois pu aborder ce texte en termes de nécessité¹¹¹⁴ alors qu'elle aurait dû recourir à l'idée d'utilité ou d'opportunité. En effet, impliquer n'est pas

1109 Lyon, 2 avril 1974, JCP 1975, IV, p. 12 ; RTD civ. 1975, p. 159, obs. Perrot : « *Il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait évolution du litige, que des faits matériels nouveaux aient été révélés depuis l'introduction de celui-ci, il suffit que la situation juridique implique, pour une bonne administration de la justice, que cette situation soit dénouée à l'égard de tous ceux ayant un intérêt commun à ce qu'elle le soit.* »

1110 R. Perrot, *loc. cit.*

1111 R. Perrot, « L'effet de l'appel quant aux personnes », in Chambre nationale des avoués, Journées des 29 et 30 octobre 1973, Dijon, Gaz. Pal. 1974, I, doct. 393, spéc. p. 414 : « *Il est d'autant plus utile de le souligner que certaines formules généreusement semées à tout vent – comme la “bonne administration de la justice” par exemple – tendent à introduire dans nos procédures une redoutable imprécision ; et par delà, cette imprécision, des germes d'arbitraire.* »

1112 Cass. soc., 16 octobre 1975, n° 74-12.403

1113 R. Perrot, « Appel. Intervention forcée : domaine, conditions d'application et sanction de l'art. 555 nouv. C. pr. civ. », RTD civ. 1980, p. 425

1114 G. Légier, *op. cit.*, p. 157, n° 32

imposer¹¹¹⁵, et cette précision sémantique n'a pas échappé à un demandeur en cassation¹¹¹⁶. Affirmer que l'intervention n'est pas nécessaire mais utile ou opportune signifie que le litige aurait tout aussi bien pu être tranché en l'absence du tiers, mais que par sa présence, « *le procès recevra une solution plus proche de la vérité* »¹¹¹⁷. L'intervention est opportune « *au sens étymologique du terme, c'est-à-dire pour amener le litige à bon port (ob portum)* »¹¹¹⁸. Par ailleurs, l'intervention doit se présenter comme une suite logique des événements processuels. Selon la Chambre criminelle de la Cour de cassation, le fait nouveau doit être « *directement et étroitement lié à l'instance* »¹¹¹⁹. De cela, s'infère la nécessité d'un juste milieu : plus précisément, si l'évolution du litige est négligeable, elle ne saurait permettre l'intervention, mais si elle est trop considérable, elle commandera une nouvelle saisine au premier degré sur un fondement distinct. C'est « *donc une métamorphose significative mais incomplète* »¹¹²⁰.

À l'instar du lien suffisant, l'évolution du litige n'a pas été définie par les textes. La doctrine, une fois de plus, a dénoncé l'emploi « *d'une notion assez fluide, rebelle à toute définition précise* »¹¹²¹, « *aux contours imprécis* »¹¹²², « *à la fois nouvelle et vague* »¹¹²³, qui « *fait un peu penser à la mouche du coche dont le bruissement intempestif finit par désarçonner l'attelage* »¹¹²⁴ et qui « *est une notion malléable qui fait penser à une auberge espagnole : on y trouve tout ce que le juge veut y mettre* »¹¹²⁵. Cela est d'autant plus gênant que « *l'absence de précédent et d'expérience rend délicate la tâche de l'interprète. L'imprécision des termes et le défaut de travaux préparatoires ne peuvent qu'accroître ce sentiment d'incertitude* »¹¹²⁶. Il est regrettable de constater que ce « *concept semble insusceptible d'une définition abstraite et généralisante* »¹¹²⁷ car il s'agit bien de la clef de voûte de tout l'édifice de l'intervention. La définition de l'évolution du litige est « *d'autant plus importante qu'elle est en dernière analyse le seul rempart appelé à défendre le bastion du double degré* »¹¹²⁸. Aussi était-il regrettable que certaines cours d'appel se soient

1115 *Ibid.*

1116 Cass. civ. 3, 12 mai 1976, n° 75-10.160 : le second moyen du pourvoi relève que « *les juges du fond ont fait une application restrictive de l'article 98 du décret du 28 août 1972, qui ne prévoit pas que l'évolution du litige doit "imposer" la mise en cause du garant appelé pour la première fois en cause d'appel, mais décide qu'il suffit que cette évolution "l'implique", ce qui n'emporte pas la même degré de nécessité.* »

1117 G. Légier, *loc. cit.*

1118 *Ibid.*

1119 Cass. crim., 10 mars 2004, n° 02-85.751

1120 M. Domingo, *loc. cit.*

1121 *Ibid.*

1122 M. Betch, rapp. sous Cass. plén., 11 mars 2005, n° 03-20.484, BICC 1^{er} juin 2005

1123 G. Légier, *op. cit.*, p. 151, n° 3

1124 R. Perrot, « Appel : évolution du litige, demande nouvelle et intervention forcée », RTD civ. 1995, p. 962

1125 R. Perrot, « Appel. Intervention volontaire : conditions de recevabilité » obs. sous Cass. civ. 1, 11 janvier 1983, *SNCF c/. Fevret*, RTD civ. 1983, p. 392

1126 G. Légier, *loc. cit.*

1127 J. Cédras, *loc. cit.*

1128 R. Perrot, « L'effet de l'appel quant aux personnes », *in* Chambre nationale des avoués, Journées des 29 et 30 octobre 1973, Dijon, Gaz. Pal. 1974, I, doct. 393, spéc. p. 414

contentées de formules sommaires et laconiques, se limitant parfois à affirmer péremptoirement que « les conditions de l'art. 98 sont remplies »¹¹²⁹ ou que « la situation ayant évolué depuis le jugement »¹¹³⁰ l'intervention était possible. La Cour de cassation a certes exigé, comme elle le fait habituellement, que les juges du fond motivent leur décision¹¹³¹, mais la Chambre commerciale a pu se réfugier derrière leur appréciation souveraine dans un arrêt aux termes équivoques¹¹³². Elle a généralement exercé un contrôle étroit des arrêts déclarant l'intervention recevable¹¹³³ et un contrôle léger de ceux la jugeant irrecevable¹¹³⁴. Cette solution se comprend eu égard aux conséquences respectives de ces décisions : d'une part la privation d'un degré de juridiction pour le défendeur, d'autre part la faculté d'assigner en première instance pour le demandeur.

229. Tant que la Cour de cassation n'avait pas donné une interprétation autorisée de l'article 555 du Code de procédure civile, cette notion d'évolution du litige restait « dominée par la recherche d'un équilibre entre le respect du principe du double degré de juridiction et le désir d'accroître la célérité et l'efficacité de la justice »¹¹³⁵. Certaines juridictions, comme la cour d'appel de Pau dans l'arrêt précité, on pu accentuer unilatéralement l'un de ces deux impératifs. D'autres s'y sont refusées, veillant à ce que les justiciables ne soient pas indûment privés d'une voie de recours ordinaire. L'équilibre est instable entre ces deux exigences du procès qu'il faut pourtant s'efforcer d'harmoniser, et l'on constate que la notion d'évolution du litige n'a pas été interprétée isolément mais en fonction de la priorité que l'on voulait donner à l'un ou l'autre de ces besoins¹¹³⁶. Une

1129 *Ibid.*, spéc. p. 410

1130 *Ibid.*

1131 Cass. civ. 3, 31 mai 1976, n° 74-11.877 – Cass. civ. 3, 24 mai 1976, D. 1976, inf. rap., p. 254 – Cass. civ. 3, 7 décembre 1977, Bull. civ. III, n° 438 – Cass. civ. 2, 27 avril 1981, Gaz. Pal. 1981, II, pan., p. 340 – V. aussi Cass. civ. 3, 13 mars 1996, n° 94-15.700, JCP 1996, IV, 1055 ; RTD civ. 1996, p. 478, obs. Perrot ; Gaz. Pal. 1996, pan., p. 187.

1132 Cass. com., 5 janvier 1988, n° 86-13.569, JCP 1988, IV, 94 : « Mais attendu que si toute personne intéressée peut être mise en cause devant la cour d'appel par voie d'intervention forcée, en cas d'évolution du litige, il entre dans le pouvoir souverain des juges du fond d'apprécier si cet intérêt est suffisant. » On comprend mal la référence à l'intérêt et l'on se demande si la Chambre commerciale fait référence à l'intérêt de la partie qui sollicite l'intervention forcée d'un tiers ou à l'intérêt que présente cette intervention pour le procès. Le terme doit-il être considéré dans son sens juridique ou dans son acception commune ?

1133 R. Perrot, « Appel. Intervention forcée : domaine, conditions d'application et sanction de l'art. 555 nouv. C. pr. civ. », RTD civ. 1980, p. 425 : « Il faut se résigner à ne plus comptabiliser les arrêts qui refusent d'admettre l'intervention forcée d'un tiers pour la première fois en cause d'appel, au motif qu'il n'y a pas eu évolution du litige, au sens où l'entend l'art. 555 nouv. C. pr. civ. : ils sont si nombreux que finalement l'ouverture offerte par ce texte devient aussi étroite que le trou d'une aiguille. »

1134 M. Domingo, *loc. cit.*

1135 G. Légier, *op. cit.*, p. 151, n° 2

1136 *Ibid.* : « Célérité et efficacité de la procédure, d'un côté, et respect du principe du double degré, de l'autre, sont ainsi deux impératifs contradictoires, difficiles à concilier. L'interprétation de l'évolution du litige dépend en définitive de la prépondérance accordée à l'un ou l'autre de ces impératifs. Deux orientations se sont manifestées en jurisprudence : l'une interprète largement l'évolution du litige, l'autre l'entend plus restrictivement. Du choix entre ces deux tendances dépend l'examen des différentes conditions d'une évolution. » – M. Betch, *loc. cit.* : « En application de l'article 555 du nouveau Code de procédure civile, l'interprétation de la notion d'évolution du litige est dominée par la recherche d'un équilibre entre le respect du principe du double degré de juridiction et celui de la

acceptation large ou au contraire étroite de l'évolution du litige sera commandée par la conception de l'appel qui aura été retenue : à un appel conçu comme une voie de réformation correspondra plutôt une conception étroite tandis qu'un appel considéré comme une voie d'achèvement privilégiera une conception large de la notion¹¹³⁷.

Devant la difficulté à concilier parfaitement ces deux aspirations – la sauvegarde du double degré d'une part, l'efficacité et la célérité de la justice d'autre part – il faudra se résoudre à privilégier l'une au détriment de l'autre¹¹³⁸. « *Le droit connaît bien ce type de dilemme, il sait aussi les résoudre. La question n'est pas celle de l'efficacité contre les principes mais plutôt celle de l'efficacité comme exception aux principes.* »¹¹³⁹ La faveur accordée depuis les dernières décennies à la voie d'achèvement ne doit pas pour autant conduire à neutraliser le double degré de juridiction, car « *bien qu'assoupli, le principe demeure et si ce texte lui porte une atteinte, ce doit être avec sagesse et circonspection* »¹¹⁴⁰. Il faut donc parvenir à aménager la procédure sans pour autant que la malléabilité des notions juridiques soit de nature à priver de tout effet le double degré¹¹⁴¹. Puisque ce dernier demeure la règle et que la notion d'évolution, qui conduit à y déroger, est l'exception¹¹⁴², l'adage *Exceptio est strictissimae interpretationis* commande d'en donner une interprétation restrictive. Cette « *interprétation restrictive est le garde-fou qui permet d'éviter l'anéantissement du principe du double degré* »¹¹⁴³. Certaines cours d'appel ont suivi cette recommandation¹¹⁴⁴. Pour autant, l'irrecevabilité de la demande en intervention forcée n'est pas d'ordre public et le juge n'a pas à la relever d'office¹¹⁴⁵. Lorsque l'irrecevabilité est couverte par la défense au fond, c'est en

célérité de la Justice, qui sont deux impératifs contradictoires. L'interprétation de l'évolution du litige dépend en définitive de la prépondérance accordée à l'un au détriment de l'autre. »

1137 M.-J. Gisser-Pierrard, *op. cit.*, n° 2 : « *Selon que l'on met l'accent sur l'un ou l'autre de ces aspects, l'on aboutit à une conception de l'évolution du litige large ou restrictive.* »

1138 J. Cédras, *loc. cit.* : « *Il n'y a pas d'équilibre réalisable, à proprement parler, entre ces deux aspirations. L'une des deux doit forcément être reconnue comme prépondérante, mais elle ne doit pas écraser l'autre. Il doit y avoir une coexistence, une conciliation, sous la forme d'un principe et d'une exception.* »

1139 *Ibid.*

1140 G. Légier, *op. cit.*, p. 154, n° 17

1141 F. Ferrand, *op. cit.*, « Appel », n° 638 : « *La notion d'évolution du litige est un concept indéterminé. Il était donc intéressant de savoir comment la jurisprudence allait l'analyser. En effet, une conception trop extensive aurait conduit à une violation flagrante du principe de double degré de juridiction, tandis qu'une interprétation trop restrictive aurait ôté tout intérêt à la nouvelle disposition de l'article 555.* »

1142 V. en ce sens Cass. civ. 1, 3 mars 1976, D. 1976, inf. rap., p. 156 ; Gaz. Pal. 1976, I, 388 ; JCP 1976, IV, 6616, obs. J. A. – Cass. civ. 1, 10 mai 1977, Bull. civ. I, n° 220, D. 1977, inf. rap., p. 410, note Julien – V. surtout Cass. com., 6 juin 1977, n° 75-13.186

1143 G. Légier, *op. cit.*, p. 154, n° 18

1144 Rennes, 27 février 1974 cité par R. Perrot dans RTD civ. 1974, p. 862 : « *La notion d'évolution du litige doit s'entendre d'une manière restrictive.* » – V. aussi Paris, 3^{ème} ch., 17 avril 1975, Gaz. Pal. 1975, II, 442 ; RTD civ. 1975, p. 600, obs. Perrot – Aix-en-Provence, 4^{ème} ch., 3 février 1976, n° 50 – Paris, 10 juillet 1976, Gaz. Pal. 1977, I, somm., p. 132 – Paris, 11 janvier 1975, Gaz. Pal. 1975, I, 413 ; JCP 1976, IV, 157 ; RTD civ. 1975, p. 600, obs. Perrot : « *L'art. 98 doit donner lieu à une application stricte.* » – Paris, 19^{ème} ch. A, 12 mai 1976, Gaz. Pal. 1977, I, somm., p. 55 : l'article 555 est une « *atteinte* » au principe du double degré. – Paris, 5^{ème} ch., 7 mars 1974, Bull. avoués, p. 26, n° 63 – Lyon, 6 juillet 1976, JCP 1977, II, 18561, obs. J. A. – Reims, ch. réunies, 10 février 1976, Bull. inf. Service documentation et études C. cass., n° 67-1121

1145 Cass. civ. 2, 3 octobre 1979, n° 78-11.767, Gaz. Pal. 1980, I, 3, note Viatte ; JCP 1979, IV, 359 ; RTD civ. 1980,

quelque sorte l'intervention forcée qui contient en germe l'intervention volontaire¹¹⁴⁶. Le décret du 9 décembre 2009 n'a apporté aucun changement à cette règle, contrairement aux demandes nouvelles formulées pour la première fois en appel¹¹⁴⁷.

230. Dans le silence de la loi, la jurisprudence s'est efforcée d'esquisser les traits saillants de l'évolution du litige. En quoi consiste cette évolution ? Il conviendrait en tout premier lieu d'identifier ce à quoi elle ne correspond pas. En somme, un procès évolue toujours : les actes qui l'alimentent et les débats visant à éclairer le juge constituent une marche dont l'arrivée est le jugement offrant une solution. Le procès, pour linéaire qu'il soit, n'est jamais figé. C'est une « *chose vivante* »¹¹⁴⁸ pour reprendre l'expression de Pierre Hébraud. En témoigne son origine étymologique, puisque le terme « *procès* » vient du mot latin « *processus* » qui signifie « *progression* ». Parmi les auteurs classiques, Sénèque l'emploie pour désigner le cours d'un fleuve¹¹⁴⁹, et l'on pourrait bien être tenté de comparer l'instance à un fleuve qui s'achemine vers la mer. Or, chacun peut constater qu'en temps normal, l'écoulement des fleuves est paisible. Sans affirmer que le déroulement d'un procès est toujours serein, les coups de théâtre – comme celui qu'on peut trouver chez Beaumarchais¹¹⁵⁰ – y sont peu fréquents.

Faut-il admettre alors que l'évolution inhérente à tout litige remplit nécessairement la condition posée par l'article 555, de telle sorte qu'il serait toujours possible d'assigner en intervention forcée au stade de l'appel ? Évidemment, ce sophisme ne résiste pas à l'analyse, car l'évolution du litige au sens de l'article 555 n'est pas, pour ainsi dire, une évolution ordinaire et « *ne doit pas se confondre avec son simple déroulement. C'est ainsi que l'existence d'un jugement*

p. 426, obs. Perrot : l'irrecevabilité d'une demande présentée en appel contre une personne qui n'a été ni partie ni représentée en première instance n'est pas d'ordre public, même si sa mise en cause n'est pas impliquée par l'évolution du litige. Les juges d'appel ne peuvent donc pas se refuser à statuer sur une telle demande si la partie intéressée ne propose pas la fin de non-recevoir. Par suite encourt la cassation l'arrêt qui relève d'office l'irrecevabilité d'une assignation en intervention forcée. – Cass. soc., 18 février 1981, n° 79-16.962 : saisis de l'action exercée par une caisse contre une veuve, en remboursement des sommes indûment perçues par son mari au titre de la majoration de la pension de vieillesse pour conjoint à charge, les juges d'appel ne sauraient décider que les héritiers du *de cuius*, qui n'avaient été ni parties ni représentés en première instance, ne pouvaient être appelés devant la cour que lorsqu'une évolution du litige impliquait leur mise en cause, alors que la commission de première instance ayant soulevé d'office le moyen selon lequel le trop-perçu constituait une dette de la succession, les héritiers du défunt, non comparant, n'avaient ni soulevé l'irrecevabilité de leur mise en cause, ni soutenu que l'évolution du litige ne l'impliquait pas.

1146 G. Légier, *op. cit.*, p. 153, n° 14 : « *Cette solution est d'autant plus logique que si le tiers ne proteste pas devant la cour d'appel, son comportement n'est pas loin d'une intervention volontaire.* »

1147 Décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009 relatif à la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile, art. 10 – V. aussi. R. Perrot, RTD civ. 1980, p. 425, spéc. p. 427 : « *Dès lors qu'il est admis que l'irrecevabilité des demandes nouvelles en cause d'appel n'est pas d'ordre public, il est normal qu'il tel libéralisme trouve son prolongement en matière d'intervention forcée.* »

1148 P. Hébraud, obs. sous Cass. civ. 1, 28 avril 1970, *Viguié*, RTD civ. 1971, p. 189

1149 Sénèque, *De beneficiis*, III, 29 : « *Adspice Rhenum, adspice Euphraten, omnes denique inclutos amnes : quid sunt, si illos illic, unde effluunt, aestimes ? Quidquid est, quo timentur, quo nominantur, in processu paraverunt.* »

1150 Beaumarchais, *Le mariage de Figaro*, acte III, scène 16, in *Théâtre complet – Parades – Lettres*, La Pléiade, 1934

de première instance, aboutissement normal du cours du litige devant les premiers juges, ne peut, à elle seule, caractériser une évolution du litige, car sinon l'intervention forcée serait toujours possible en appel »¹¹⁵¹.

231. La transformation requise doit être « *non pas graduelle mais soudaine* »¹¹⁵², et il n'y a rien d'inattendu à ce que le juge du premier degré donne raison à une partie et déboute l'autre. Le jugement n'est donc pas en soi un élément nouveau : il est censé non pas faire évoluer le litige mais y mettre un terme et, à ce titre, il ne saurait être invoqué pour justifier une intervention forcée¹¹⁵³. Il peut certes créer une nouvelle situation réalisant ainsi une évolution du litige, mais il est intrinsèquement insuffisant pour permettre l'intervention forcée¹¹⁵⁴. En revanche, une modification du droit positif résultant d'un revirement de jurisprudence¹¹⁵⁵ ou d'une loi nouvelle¹¹⁵⁶ constitue cette évolution. De même, on ne saurait intervenir volontairement pour provoquer artificiellement les conditions d'une intervention forcée¹¹⁵⁷.

1151 G. Légier, *op. cit.*, p. 152, n° 4

1152 M. Domingo, *loc. cit.*

1153 Cass. civ. 1, 11 avril 1995, n° 93-16.147, D. 1996, p. 121, note Bénabent ; RDSS 1996, p. 342, obs. Mémeteau ; RTD civ. 1996, p. 155, obs. Mestre : « *Attendu qu'il est reproché à l'arrêt d'avoir déclaré irrecevable l'appel en garantie de l'UAP, alors selon le moyen, que la garantie due par l'assureur était véritablement en jeu dès l'instant où des condamnations étaient prononcées à l'encontre de l'assuré ; que le jugement ayant condamné la clinique et la société Paracelsus au paiement d'une indemnité provisionnelle, cette évolution du litige justifiait donc la mise en cause de l'assureur, d'où il suit qu'en déclarant irrecevable la mise en cause de la compagnie UAP, la cour d'appel a violé l'article 555 du nouveau Code de procédure civile ; mais attendu que la clinique et la société Paracelsus connaissaient les demandes formées contre elles devant le juge du premier degré ; que la condamnation prononcée en conséquence de celles-ci ne peut donc être considérée comme une évolution du litige au sens du texte précité ; que le moyen n'est pas fondé.* » – V. aussi Cass. civ. 2, 23 septembre 1999, n° 96-22.753, 97-14.086, 97-15.093, 97-16.016, Bull. civ. II, n° 143 qui a pu être interprété en sens contraire ; dans cette espèce, en réalité, la Cour de cassation, tout en ne se prononçant pas sur l'évolution du litige, retient que la mise en cause de l'intervenant forcé n'a pas eu lieu pour la première fois en cause d'appel puisqu'elle avait déjà été ordonnée par le jugement entrepris. – V. cependant Cass. civ. 1, 22 mars 1977, n° 75-12.213, D. 1977, inf. rap., p. 410, note Julien : l'arrêt relève « *qu'au sens de l'article 98 du décret du 28 août 1972, applicable à la cause, l'évolution du litige permettant d'appeler devant la cour d'appel des personnes qui n'étaient pas parties en première instance, implique l'existence d'un élément nouveau, né du jugement ou survenu postérieurement* » mais c'est surtout pour préciser que cette évolution « *n'est pas constituée par une variation des moyens invoqués au cours de la procédure de première instance* ». Selon nous, cet arrêt ne signifie donc pas que le jugement serait à lui seul un facteur d'évolution du litige. – Amiens, 16 octobre 1975, Gaz. Pal. 1975, I, somm., p. 104 ; JCP 1976 IV 6612 obs. J. A. : « *la condamnation en première instance ne saurait être assimilée à une transformation des données du litige* ».

1154 Cass. civ. 2, 4 mai 1977, n° 75-13.225, D. 1977, inf. rap., p. 410, note Julien : le jugement ayant créé une situation nouvelle entre les parties par la création d'une obligation indemnitaire, le litige a bien évolué du fait de cette décision ; toutefois, le demandeur en intervention connaissant dès la première instance le contrat litigieux, « *le jugement entrepris ne pouvait constituer une évolution du litige de nature à faire échec au principe du double degré de juridiction* ».

1155 Cass. civ. 1, 15 janvier 1985, n° 83-14.058, D. 1985, inf. rap., p. 265, obs. Julien ; JCP 1985, IV, 117 ; Gaz. Pal. 1985, pan., p. 172, obs. Croze et Morel ; RTD civ. 1985, p. 621, obs. Perrot, mais la Cour de cassation ne se livre ici qu'à un contrôle léger de l'arrêt d'appel. – Cass. soc., 10 janvier 1995, n° 92-40.084

1156 Poitiers, 18 juin 1986, Gaz. Pal. 4 avril 1987

1157 Cass. civ. 2, 21 novembre 1979, Bull. civ. II, n° 188, Gaz. Pal. 26-27 mars 1980, note J. V. ; JCP 1980, IV, 47 – R. Perrot, « *Appel. Intervention forcée : domaine, conditions d'application et sanction de l'art. 555 nouv. C. pr. civ.* », RTD civ. 1980, p. 425 : « *L'évolution du litige cesse d'autoriser la mise en cause d'un tiers devant la cour lorsque cette évolution, loin d'être accidentelle, a été provoquée par celui qui s'en prévaut. Sans doute, la Cour de cassation a-t-elle craint que les prévisions de l'art. 555 nouv. C. pr. civ. ne soient dépassées par un plaideur qui*

Plusieurs arrêts de la Cour de cassation ont retenu que l'évolution du litige permettant la mise en cause d'un tiers devant la cour d'appel exige l'existence d'un élément nouveau révélé par le jugement ou survenu postérieurement à celui-ci¹¹⁵⁸. Plus qu'un « *darwinisme* »¹¹⁵⁹ juridique c'est une invention, au sens étymologique. Cet élément révélé par le jugement ou survenu postérieurement à celui-ci doit cependant, selon une expression de la cour d'appel de Paris, être « *susceptible d'éclairer devant la cour le litige d'un jour nouveau et inattendu* »¹¹⁶⁰. Autrement dit, cet élément doit être décisif pour l'issue du procès¹¹⁶¹.

232. Un arrêt d'espèce en date du 12 février 2009 peut nous servir d'illustration¹¹⁶². Dans cette affaire, un homme circulant à motocyclette avait été percuté par un poids lourd. Il avait alors assigné la Caisse primaire d'assurance maladie des Bouches-du-Rhône devant le tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence. Débouté le 2 mars 2006 sur le fondement de l'article 4 de la loi du

créerait unilatéralement à son profit les conditions de son application. »

1158 Cass. civ. 2, 6 mai 1999, n° 97-14.539 – Cass. civ. 2, 7 octobre 1996, Bull. civ. II, n° 207 – Cass. civ. 1, 6 décembre 1994, n° 92-20.774 – Cass. civ. 1, 22 février 1983, Bull. civ. I, n° 72 – Cass. civ. 2, 6 mai 1999, n° 97-14.539 – Cass. civ. 2, 10 juillet 1996, Bull. civ. II, n° 207 – Cass. com., 1^{er} juillet 1997, Bull. civ. IV, n° 211 – Cass. civ. 1, 2 décembre 2003, n° 01-00.717 – Cass. civ. 2, 8 avril 2004, n° 02-14.746 – Cass. civ. 2, 8 avril 2004, n° 02-13.862 – Cass. soc., 12 octobre 2004, n° 02-40.496 – Cass. civ. 1, 22 mars 1977, Bull. civ. I, n° 145 – Cass. civ. 1, 17 mars 1981, Bull. civ. I, n° 93

1159 R. Perrot, « L'effet de l'appel quant aux personnes », in Chambre nationale des avoués, Journées des 29 et 30 octobre 1973, Dijon, Gaz. Pal. 1974, I, doct. 393, spéc. p. 414

1160 Paris, 17 avril 1975, Gaz. Pal. 1975, II, 442 ; RTD civ. 1975, p. 600, obs. Perrot : dans cette affaire, un groupement d'intérêt économique composé d'une société en nom collectif et d'une société en commandite, avait obtenu de diverses banques un important découvert. Après la dissolution du groupement, les banques avaient fait condamner la société en nom collectif et de l'un de ses membres. En appel, ces derniers et les banques appellent en garantie la société en commandite, l'un de ses membres et deux autres associés de la société en nom collectif. Cependant, le membre de la société en commandite qui s'était engagé à désintéresser amiablement les banques avaient cessé ses paiements depuis le prononcé du jugement. La cour d'appel a vu dans cette cessation des paiements le fait nouveau rendant recevable l'intervention forcée. – V. aussi Paris, 10 juillet 1976, GP 1977, I, somm., p. 132 – Paris, 6 juin 1977, D. 1977, inf. rap., p. 409, obs. Julien – Aix-en-Provence, 3 février 1976, n° 50 – Paris, 22 mai 2014, arrêt cassé pour défaut de base légale par Cass. com., 9 février 2016, n° 14-22.398 et 14-28.050 – Lyon, 2 avril 1974, JCP 1975, IV, 12 ; Gaz. Pal. 1975, II, somm., p. 255 ; RTD civ. 1975, p. 159, obs. Perrot

1161 Cass. civ. 3, 12 mai 1976, n° 75-10.160 : un syndicat de copropriétaires avait, entre autres arguments, soutenu la nullité d'un contrat entre une société civile immobilière et une entreprise chargée de la fourniture de chauffage au motif que le gérant de la première avait des intérêts dans la seconde ; la cour d'appel a considéré que le litige était resté identique malgré la découverte que le grand-père du gérant était le principal actionnaire de la société chargée du chauffage. – Cass. crim., 10 mars 2004, n° 02-85.751, reprenant à son compte la motivation de la cour d'appel qui avait rappelé que l'élément nouveau doit être « *susceptible de donner du litige une vision différente et déterminante pour la suite du procès* ». – V. cependant Cass. civ. 3, 2 avril 1979, n° 77-15.914 : « *Vu l'article 555 du nouveau Code de procédure civile ; attendu qu'il résulte de ce texte que peuvent être appelées en cause devant la cour d'appel des personnes qui n'étaient ni parties, ni représentées en première instance ou qui y ont figuré en une autre qualité si l'évolution du litige implique leur mise en cause ; attendu que la cour d'appel, pour déclarer irrecevable l'appel en cause formé, pour la première fois devant elle, par [l'architecte] à l'encontre de la Mutuelle des architectes français, énonce que l'évolution du litige mentionnée par le texte susvisé doit s'entendre en ce sens que les données du litige doivent se trouver transformées dans des conditions de nature à influencer sur sa solution ; qu'elle ajoute que le litige [l']opposant au maître de X... n'a été en rien modifié par le refus de l'assureur de prendre le sinistre en charge ; attendu qu'en limitant ainsi l'intervention forcée en appel, la cour d'appel a violé le texte susvisé.* » La solution manque de clarté ; soit la cour d'appel a ajouté à la loi une condition qu'elle ne prévoyait pas, soit c'est le refus de l'assureur qui constitue l'évolution du litige.

1162 Cass. civ. 2, 12 février 2009, n° 08-10.347

5 juillet 1985, au motif qu'étaient établies à son encontre certaines fautes le privant de tout droit à indemnisation, il avait contacté un expert, dont le rapport lui avait fait croire qu'il pouvait appeler en intervention forcée devant la cour d'appel la Direction départementale de l'équipement et l'agent judiciaire du Trésor. Selon lui, ce rapport fournissait des précisions nouvelles sur les circonstances de l'accident, notamment au regard de la dangerosité de la circulation dans cette zone conduisant à une déchetterie. La cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans un arrêt du 26 septembre 2007, avait déclaré cette intervention irrecevable en considérant que la condition d'évolution du litige n'était pas remplie. Elle retenait en effet que le rapport produit par le demandeur ne faisait que tirer les conséquences de la visibilité réduite du motard et de l'état de la végétation en bordure de route. Ces éléments existaient – l'affirmer est un truisme – au jour de l'accident et figuraient sur la planche photographique annexée au rapport de la gendarmerie dressé lors de la collision. L'expertise ne venait donc pas éclairer le litige d'un jour nouveau, car le demandeur disposait *in limine litis* de tous les éléments ultérieurement repris dans le rapport.

C'est donc la diligence du plaideur qui est sollicitée et contrôlée. « *Ce critère, étroitement lié aux précédents, est décisif ; c'est sur lui que se concentre la majeure partie du contentieux de l'intervention forcée en appel.* »¹¹⁶³ L'évolution exigée par l'article 555 doit donc avoir un caractère, non pas imprévisible, mais au moins imprévu : elle doit sortir de l'ordinaire, se distinguer de ce à quoi un plaideur diligent aurait pu s'attendre. Il doit s'agir d' « *un élément qui n'était pas prévu à l'origine, inattendu, dont l'existence se révèle inopinément* »¹¹⁶⁴. C'est pourquoi la jurisprudence a toujours refusé de voir une évolution du litige là où le demandeur en intervention forcée disposait dès la première instance des éléments nécessaires pour apprécier l'opportunité d'assigner le tiers¹¹⁶⁵, quand bien même il n'en aurait pas pris connaissance¹¹⁶⁶. « *Cela signifie qu'à côté des critères*

1163 E. Fischer, « La notion d'évolution du litige et la politique de la Cour de cassation quant au double degré de juridiction » note sous Cass. plén., 11 mars 2005, D. 2005, p. 2368

1164 J. Cédras, *loc. cit.*

1165 Cass. civ. 3, 21 décembre 1976, n° 75-10.419 : les demandeurs à l'intervention forcée reconnaissent eux-mêmes dans leurs conclusions qu'ils avaient omis d'appeler en cause les défendeurs devant le tribunal. – Aix-en-Provence, 4^{ème} ch., 3 février 1976, n° 50 : « *La situation de fait et de droit était bien connue des demandeurs en intervention.* » – Cass. civ. 1, 17 mars 1981, Bull. civ. I, n° 93 – Cass. civ. 2, 30 juin 1982, Bull. civ. II, n° 99 – Cass. civ. 2, 6 mai 1999, n° 97-14.539 : il appartient à la cour d'appel de rechercher si l'appelant disposait, devant le tribunal, des éléments qui lui auraient permis d'assigner directement en première instance la personne mise en cause. – Cass. civ. 1, 3 mars 1976, n° 74-14.725, Gaz. Pal. 1976, I, 338 ; RTD civ. 1976, p. 634, obs. Perrot ; JCP 1976, IV, 6616, obs. J. A. : « *Attendu, cependant, qu'il ne saurait y avoir évolution du litige de nature à faire échec au principe du double degré de juridiction lorsque l'élément modifiant les données de ce litige est intervenu au cours de la procédure devant la juridiction du premier degré.* »

1166 Cass. civ. 2, 8 juin 1979, n° 76-13.226, JCP 1979, IV, 265 : le fait qu'un défendeur, absent en première instance, n'ait pu avoir connaissance des causes de la demande que par les conclusions et les communications des pièces devant la cour d'appel, ne peut lui permettre de former un appel en garantie en cause d'appel. En effet le jugement réputé contradictoire ne peut constituer une évolution du litige de nature à faire échec au double degré de juridiction dès lors qu'au moment de l'assignation en première instance le défendeur connaissait nécessairement les causes de cette demande. – Cass. civ. 3, 17 mars 1993, n° 91-19.271, Gaz. Pal. 1993, I, 236 : « *La mise en liquidation des biens étant opposable à tous dès sa publication, le seul fait qu'un appelant en intervention n'ait pris connaissance qu'au cours de l'instance d'appel d'une liquidation prononcée avant le jugement dont appel, ne constitue pas une*

objectifs tenant à la nouveauté des éléments justifiant l'intervention forcée, il existe un critère subjectif puisé dans le comportement du demandeur lors de la première instance : comportement loyal ou non, fautif ou non, diligent ou non. »¹¹⁶⁷ Pour cela, la Cour de cassation est allée jusqu'à instituer une « *fiction de connaissance* »¹¹⁶⁸ – plutôt qu'une fiction, ce serait une présomption – lorsque l'élément prétendument nouveau était opposable *erga omnes* du fait de sa publicité¹¹⁶⁹, seule l'ignorance invincible étant admise¹¹⁷⁰. « *La connaissance des termes du litige par le demandeur en intervention est donc une donnée essentielle de l'évolution au sens de l'art. 555* »¹¹⁷¹.

233. Le litige doit avoir évolué depuis le jugement, voire après la clôture des débats de première instance¹¹⁷². Il serait peut-être plus juste de situer en amont la date avant laquelle le fait nouveau doit survenir : il pourrait s'agir non pas de la clôture des débats mais de la clôture de l'instruction visée à l'article 782 du Code de procédure civile. L'article suivant interdit, après cette ordonnance de clôture, le versement aux débats de conclusions ou de pièces supplémentaires. Ainsi, « *l'appelant en intervention forcée qui se prévaut, en appel, d'un élément dont il n'a eu connaissance qu'après*

évolution du litige lui permettant d'assigner un tiers en garantie pour la première fois devant la juridiction du second degré en application de l'article 555 du nouveau Code de procédure civile. » – Cass. civ. 2, 23 novembre 2006, n° 03-20.039 : cassation de l'arrêt qui admet l'intervention en retenant que les demandeurs n'avaient eu connaissance que le jour de l'audience devant les premiers juges de la dissolution d'une société et de la transmission de son patrimoine à une autre société, la lecture de la publication au greffe ne permettant pas de faire le rapprochement entre les deux et les annonces de la dissolution et de la création n'ayant pas paru dans un journal d'annonces légales.

1167 J. Cédras, *loc. cit.*

1168 R. Perrot, « Appel : intervention forcée en cause d'appel », obs. sous Cass. civ. 3, 28 janvier 2009, n° 07-19.240, RTD civ. 2009, p. 368

1169 Cass. civ. 3, 28 janvier 2009, n° 07-19.240, D. 2009, AJ, p. 505 ; D. 2010, p. 1740, obs. Groutel ; RTD civ. 2009, p. 368, obs. Perrot : « *Alors que la mise en liquidation judiciaire étant opposable à tous dès sa publication, le seul fait qu'un appelant en intervention n'ait pris connaissance qu'au cours de l'instance d'appel d'une liquidation prononcée avant le jugement dont appel ne constitue pas une évolution du litige lui permettant d'assigner un tiers en garantie pour la première fois devant la juridiction du second degré.* » – V. aussi Cass. civ. 3, 17 mars 1993, n° 91-19.271 – Cass. civ. 3, 1^{er} avril 1992, n° 90-16.217, inédit – Cass. civ. 3, 17 juin 1992, n° 90-11.084 – Cass. civ. 3, 17 juin 1998, n° 96-17.643 – V. contra Cass. civ. 2, 12 janvier 1994, n° 92-13.507 : la condamnation pénale prononcée au cours de la première instance du procès civil mais révélée postérieurement constitue l'évolution du litige rendant recevable l'intervention forcée en appel.

1170 Cass. com., 16 mars 1993 n° 90-20.229 : la cour d'appel aurait dû rechercher si les demandeurs en intervention forcée avaient eu connaissance avant la clôture de l'instruction devant le tribunal du rapport de syndic et de la collusion sur lesquels ils se fondaient.

1171 G. Légier, *op. cit.*, p. 158, n° 37

1172 Cass. civ. 1, 10 mai 1977, n° 75-15.647 : « *Mais attendu qu'il n'y a pas évolution du litige, de nature à faire échec au principe du double degré de juridiction, lorsqu'aucun élément modifiant les données du litige n'est intervenu depuis la clôture de la procédure devant la juridiction du premier degré.* » – Paris, 11 janvier 1975, Gaz. Pal. 1975, I, 413 – Paris, 5 décembre 1975, Gaz. Pal. 1976, I, 184 – Aix-en-Provence, 4^{ème} ch., 3 février 1976, n° 50 – Cass. civ. 1, 10 décembre 1991, n° 90-14.496 – Cass. civ. 2, 16 juin 1993, n° 91-20.832 : est légalement justifié l'arrêt qui déclare irrecevable l'intervention forcée d'une partie en appel dès lors que la convention invoquée pour établir l'évolution du litige a été conclue, par un acte sous seing privé faisant foi de sa date entre les parties, avant la clôture des débats devant le tribunal. – Cass. com., 5 mars 1996, n° 94-13.151, Gaz. Pal. 1996, II, 264 : si ne constitue pas une évolution du litige l'élément connu de la partie avant la clôture des débats en première instance, il en est différemment lorsque le moyen, de nature à justifier l'appel en garantie contre un tiers, a été soulevé postérieurement à la clôture des débats.

l'ordonnance de clôture rendue en première instance, se borne donc à faire valoir ses droits et n'entend réparer ni une inattention, ni une mauvaise appréciation desdits droits »¹¹⁷³. On ajoutera que le deuxième alinéa de l'article 783 rend exceptionnellement recevables les demandes en intervention volontaire et non celles en intervention forcée. Il est vrai que la révocation de l'ordonnance de clôture, aux termes de l'article 784 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, est possible, mais elle doit être motivée par une cause grave, concept qui « *ne se confond pas nécessairement avec celui d'évolution du litige* »¹¹⁷⁴. L'instant crucial survenant trop tôt, le plaideur ne pourra que subir, sans faute de sa part, l'évolution du litige sans pouvoir compléter l'instance ultérieurement.

En tout cas, on peut établir la symétrie suivante : à chaque fois que l'intervention est possible en première instance, elle est impossible en appel¹¹⁷⁵. Cette constatation rappelle l'étrange motivation avancée par la cour d'appel de Pau dans l'arrêt précité du 2 mai 1973 qui, de façon excessivement compréhensive à l'endroit du demandeur en intervention forcée, avait estimé que même la négligence, l'oubli ou l'omission volontaire n'étaient pas de nature à faire échec à sa demande. Pourtant, de l'omission volontaire à la mauvaise foi, il n'y a parfois qu'un pas.

234. Il faut rappeler avec force « *que l'intervention forcée en appel ne peut pas être un instrument processuel destiné à réparer une erreur, un oubli, une négligence ou une mauvaise appréciation de ses droits par le demandeur* »¹¹⁷⁶. Accepter l'inverse ne ferait qu'accréditer les critiques adressées à la voie d'achèvement. Par conséquent, on a beaucoup insisté sur ce à quoi ne devait pas servir l'intervention forcée : elle ne saurait être « *une "providence" pour des plaideurs négligents* »¹¹⁷⁷ ni « *le remède miracle de la carence d'une partie* »¹¹⁷⁸ servant à « *couvrir le défaut de diligence d'une partie en cause* »¹¹⁷⁹ car « *l'article 555 du nouveau Code de procédure civile n'ouvre pas droit à une session de rattrapage* »¹¹⁸⁰ et « *n'autorise ni la réparation d'une erreur commise en première instance, ni d'une omission* »¹¹⁸¹. Ainsi, se pose la question, transposable à tout l'esprit du contentieux judiciaire en raison de sa généralité, « *de savoir si la tardiveté, l'omission ou la négligence ne sont pas de nature à constituer une fin de non-recevoir* »¹¹⁸². La

1173 M.-J. Gisser-Pierrard, *op. cit.*, n° 30

1174 G. Légier, *op. cit.*, p. 156, n° 30

1175 V. Reims, 22 mars 1976, D. 1977, inf. rap., p. 44

1176 J. Cédras, *loc. cit.* – V. en ce sens Bastia, 8 février 2012, n° 09-00.621

1177 G. Légier, *op. cit.*, p. 154, n° 16

1178 G. Légier, *op. cit.*, p. 157, n° 36

1179 R. Perrot, « Appel : intervention forcée en cause d'appel », obs. sous Cass. civ. 3, 28 janvier 2009, n° 07-19.240, RTD civ. 2009, p. 368

1180 J. Cédras, *loc. cit.*

1181 M.-J. Gisser-Pierrard, *op. cit.*, n° 5

1182 R. Perrot et Me Tissot, « Les effets de l'appel. - L'ouverture quant aux personnes. », in Chambre nationale des avoués, Journées des 29 et 30 octobre 1973, Dijon, Gaz. Pal. 1974, I, doct. 393, spéc. p. 414

même constatation a été faite au sujet des demandes nouvelles, car il faut « *s’opposer à ceux qui, par une progression en crabe, tentent de compenser leur négliger, de rectifier leurs mauvais choix ou, plus prosaïquement, de prolonger artificiellement le contentieux* »¹¹⁸³.

Le problème s’aggrave lorsque l’intervention n’est plus utilisée comme un « dépannage » pour masquer une étourderie¹¹⁸⁴ mais lorsqu’elle est intégrée à une intrigue procédurale visant à confisquer intentionnellement le double degré de juridiction au détriment d’un adversaire. Dans ce cas de figure, « *ce qui a évolué, c’est moins le litige, que la tactique à suivre* »¹¹⁸⁵, mais il est évident que de telles manœuvres ne sauraient être admises. La solution contraire « *aboutirait vite à ériger la stratégie procédurale à la hauteur d’une institution, la ruse au rang des règles de procédure et à transformer l’habileté en un moyen de défense* »¹¹⁸⁶. Cette constatation n’appelle pas d’observations supplémentaires tant il est clair que la loyauté procédurale doit toujours être respectée. Pour cette raison, il a été fait appel à ce principe aux fins de désactiver de semblables menées.

235. La loyauté a récemment fait l’objet de plusieurs recherches¹¹⁸⁷. Elle a été préconisée avec insistance par les rapports des deux missions présidées par Monsieur Jean-Claude Magendie¹¹⁸⁸. Le second de ces rapports rattache à ce principe celui de concentration des moyens¹¹⁸⁹, mais il n’est pas interdit de lui donner une extension plus grande encore en l’appliquant à l’article 555 du Code de procédure civile¹¹⁹⁰. Ce texte lu à la lumière du principe de loyauté commanderait de concentrer, non plus les moyens, mais les prétentions et, conséquemment, les personnes contre lesquelles elles peuvent être dirigées. Cela rejoint, en définitive, la doctrine de la Cour de cassation. Les plaideurs parties à la première instance devraient *in limine litis* prendre toute initiative utile et faire entrer dans le procès toutes les personnes intéressées. « *Ce critère est moins subjectif que les composantes traditionnelles de la notion d’évolution du litige et, partant, juridiquement plus sûr.* »¹¹⁹¹ Son écueil

1183 J. Normand, « La portée de la chose jugée. Un renouvellement des critères ? », RTD civ. 1995, p. 177

1184 Pour une illustration, V. par ex. Cass. civ. 2, 7 mars 1984, n° 82-12.804 : l’intervention forcée en appel ne saurait être utilisée pour couvrir la nullité de la procédure de première instance.

1185 R. Perrot, « L’effet de l’appel quant aux personnes », in Chambre nationale des avoués, Journées des 29 et 30 octobre 1973, Dijon, Gaz. Pal. 1974, I, doct. 393, spéc. p. 414

1186 *Ibid.*

1187 M.-E. Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, thèse Paris, 2002, Dalloz, 2003 – S. Guinchard, « Vers une démocratie procédurale ? », Revue Justices 1999, p. 91 – L. Miniato, « L’introuvable principe de loyauté en procédure civile », D. 2007, p. 1035 – M. Douchy-Oudot, « La loyauté procédurale en matière civile », Gaz. Pal. 17 novembre 2009, p. 3 – N. Fricero, « La loyauté dans le procès civil », Gaz. Pal. 24 mai 2012, p. 27

1188 J.-C. Magendie, *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, Doc. fr., 2004, spéc. p. 34 et s. – J.-C. Magendie, *Célérité et qualité de la justice devant la cour d’appel*, Doc. fr., 2008, spéc. p. 48 et s.

1189 *Ibid.*

1190 V. à ce sujet E. Fischer, *loc. cit.*

1191 *Ibid.*

pourrait résider dans une manie d' « assigner tout ce qui bouge »¹¹⁹² en songeant trop à l'avance à une éventuelle instance d'appel et en voulant prévenir des risques d'irrecevabilité d'intervention forcée ; c'est pourquoi les conseils devraient agir avec circonspection pour éviter que ne soient reprochées à leurs clients des actions abusives. Cela implique de conduire la procédure avec prudence, vertu qui, en fonction des situations, ralentit ou accélère le zèle des personnes.

Ce principe de loyauté se révèle utile lorsqu'une mesure d'expertise a été ordonnée et que les conclusions de la mission expertale se sont révélées déterminantes pour la solution du litige. De façon tout à fait déloyale, « l'une des parties préférerait tenir l'instruction en première instance dans une semi-clandestinité, pour se ménager des preuves à l'abri de toute contestation, et les utiliser ensuite contre un tiers appelé en cause devant la cour »¹¹⁹³. Cela pose un grave problème d'égalité des armes car « chacun sait, en effet, que dans certaines affaires l'expertise est la pièce maîtresse du dossier et que, pratiquement, le procès se plaide, se gagne ou se perd devant l'expert »¹¹⁹⁴. Dès lors, il faut se questionner sérieusement sur la possibilité d'appeler un tiers à l'instance une fois que l'affaire est pendante devant la cour, en lui opposant une expertise à laquelle il n'a pas participé. La jurisprudence française¹¹⁹⁵ et européenne¹¹⁹⁶ est particulièrement exigeante lorsqu'il s'agit de faire respecter le principe du contradictoire en matière d'expertise. Mais, étonnement, elle n'exige pas comme *conditio sine qua non* la présence des parties aux opérations d'investigation : il suffisait d'abord qu'elles aient été convoquées¹¹⁹⁷, jusqu'à ce qu'un arrêt d'une Chambre mixte vienne affaiblir encore plus cette exigence¹¹⁹⁸. La contradiction est respectée dès lors que le rapport a été versé aux débats et qu'il leur a été permis de présenter des dires¹¹⁹⁹ sur les

1192 H. Croze, « Les résultats d'une expertise ne suffisent pas nécessairement à justifier une intervention forcée en appel », note sous Cass. civ. 2, 23 novembre 2006, n° 06-10.942, Procédures 2007, comm. 89

1193 R. Perrot, *loc. cit.*

1194 *Ibid.*, p. 145

1195 Cass. soc., 10 décembre 1980, Bull. civ. V, n° 880 – Cass. civ. 1, 1^{er} février 2012, Bull. civ. II, n° 20 ; D. 2012, actu., p. 446 ; AJDI 2012, p. 681, obs. Heugas-Darraspen ; RTD civ. 2012, p. 374, obs. Perrot ; JCP 2012, p. 160, obs. Deharo ; JCP 2012, p. 3450, note Jeuland et Charbonneau ; Procédures 2012, n° 106, note Perrot ; Gaz. Pal. 2012, p. 1536, note Raschel ; Gaz. Pal. 2012, p. 1385, note Forestier

1196 CEDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c/. France*, n° 21497/93, D. 1997, somm., p. 361, obs. Perez ; Gaz. Pal. 1997, II, jurispr., p. 83, note Pettiti ; RTD civ. 1997, p. 1007, obs. Marguénaud – CEDH, 18 février 2010, *Baccichetti c/. France*, n° 22584/06, Procédures 2010, comm. 119, Fricero

1197 Cass. civ. 2, 24 novembre 1999, n° 97-10.572, AJDI 2000, p. 728, obs. Olivier – Cass. civ. 3, 22 juin 2005, n° 04-13.607, Procédures 2005, comm. 224, Perrot

1198 Cass. mixte, 28 septembre 2012, n° 11-11.381, RTD civ. 2012, p. 771, obs. Perrot ; Gaz. Pal. 7-8 décembre 2012, p. 25, note Raschel ; JCP 2012, n° 1200, note Amrani-Mekki – Solution reprise par Cass. Civ. 2, 29 novembre 2012, n° 11-10.805, D. 2012, p. 2899 ; RTD civ. 2013, p. 172, obs. Perrot ; AJDI 2013, p. 534, note Heugas-Darraspen – Cass. civ. 2, 29 novembre 2012, n° 11-10.805

1199 J.-M. Despaquis, « Expertise en matière civile », *Jurisclass. Encyclopédie des Huissiers de Justice*, n° 108 : « Les dires sont des écritures adressées par les parties ou en leur nom par leurs représentants, à l'expert. Celui-ci doit les annexer à son rapport lorsqu'ils sont faits par écrit et que les parties le sollicitent. » – M. Redon, « Mesures d'instruction confiées à un technicien », *Rép. Dalloz proc. civ.*, n° 259 : « L'article 276, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile propre à l'expertise, impose à l'expert de prendre en considération les observations ou réclamations des parties et, lorsqu'elles sont écrites, il doit les joindre à son rapport si les parties le demandent. (...) Ces "observations et réclamations" sont communément appelées "les dires". »

résultats avancés par l'expert¹²⁰⁰. Cette conception de la contradiction manque de réalisme, parce que « *dans toute la mesure où la technicité des problèmes posés est déterminante, il est certain que des observations présentées à l'expert avant le dépôt de son rapport, ne serait-ce que par l'avis qu'il est appelé à en donner, peuvent avoir une autre résonance qu'un débat à l'audience auquel, en principe, l'expert ne participe pas* »¹²⁰¹. La protection *a minima* offerte par la jurisprudence risque de ne pas garantir suffisamment les droits des intervenants forcés. Ces derniers ne seront en effet pas admis à faire valoir leur absence légitime aux opérations d'expertise mais devront se contenter de présenter des dires une fois le rapport rédigé¹²⁰². Or, l'expertise peut être déterminante quant à l'issue du procès, ne serait-ce que lorsqu'elle permet d'établir un fait générateur de responsabilité. On s'en rend compte d'autant mieux lorsqu'on considère que le résultat d'une expertise peut à lui seul constituer l'élément nouveau permettant l'intervention forcée en cause d'appel¹²⁰³.

236. Il aura fallu attendre plusieurs décennies pour que la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière se décide, par un arrêt du 11 mars 2005¹²⁰⁴, à définir l'évolution du litige dans une affaire qui, précisément, comportait une expertise. Avant d'étudier plus amplement cette question, il

1200 Cass. mixte, 28 septembre 2012, n° 11-11.381, Bull. ch. mixte., n° 1, rapp. Vallée et avis Mucchielli ; D. 2012, p. 376 et 463 ; D. actu 2012, p. 2317 ; D. actu 2013, p. 269, obs. Fricero ; RTD civ. 2012, p. 771, obs. Perrot ; LPA 6 mai 2013, p. 11, obs. Boillot ; Dr. et proc. 2012, p. 294, note Salati ; JCP 2012, p. 1254, obs. Amrani-Mekki ; JCP 2012, p. 1200, obs. Amrani-Mekki ; Gaz. Pal. 2012, p. 3349, note Raschel

1201 R. Perrot, « Expertise : la place de la contradiction ? », obs. sous Cass. civ. 2, 8 septembre 2011, n° 10-19.919 et Cass. civ. 1, 1^{er} février 2012, n° 10-18.853, RTD civ. 2012, p. 374

1202 V. en ce sens, V. Cass. civ. 2, 1^{er} mars 1989, Bull. civ. II, n° 57, Gaz. Pal. 1990, I, somm., p. 5, obs. Guinchard et Moussa – Cass. com., 17 mai 1994, Bull. civ. IV, n° 181 – *A contrario*, V. Cass. civ. 3, 21 novembre 1969, Bull. civ. III, n° 763 : si l'intervention forcée est admise en appel, « *c'est à la condition que le tiers appelés à intervenir ne soit pas contraint d'accepter le débat judiciaire dans des conditions qui ne lui permettaient pas de défendre pleinement ses droits* », ce qui serait le cas s'il ne pouvait pas présenter des observations sur l'expertise diligentée en première instance. – V. cependant Cass. soc., 4 juin 1986, Bull. civ. V, n° 279 – Cass. civ. 2, 12 décembre 1990, n° 89-18.002 : le défendeur peut soulever l'inopposabilité de l'expertise. – R. Perrot, « L'effet de l'appel quant aux personnes », in Chambre nationale des avoués, Journées des 29 et 30 octobre 1973, Dijon, Gaz. Pal. 1974, I, doct. 393, spéc. p. 415 : « *Il serait alors paradoxal de se montrer pointilleux sur le caractère contradictoire des opérations d'expertise, si dans le même temps, on devait accepter d'un cœur léger que le tiers mis en cause pour la première fois devant la Cour pût se voir opposer des conclusions d'expertise, élaborées à partir d'opérations qui lui furent étrangères, et à propos desquelles il ne put formuler aucun dire.* »

1203 Cass. civ. 1, 6 décembre 1977, n° 76-12.855 – Cass. civ. 3, 17 juillet 1992, n° 88-13.699

1204 Cass. plén., 11 mars 2005 n° 03-20.484, D. 2005, p. 2368, note Fischer ; Procédures 2005, n° 118, obs. Perrot ; Gaz. Pal. 16-17 mars 2005, p. 39 ; BICC, 1^{er} juin 2005, p. 17, rapp. Betch, avis Cédras ; RTD civ. 2005, p. 455, obs. Perrot ; Dr. et proc. 2005, p. 227, obs. Fricero ; JCP 2005, I, 183, obs. Serinet ; RJ com. 2006, p. 247, obs. Travier – V. dans le même sens Cass. soc., 12 octobre 2004, n° 02-40.496, qui relève que l'élément prétendument nouveau n'avait pas modifié la position juridique des parties. – Cass. com., 14 juin 1976, n° 74-13.025, qui relève que l'évolution résulte de ce que la défenderesse avait modifié sa position juridique en appel – Cass. soc., 16 octobre 1975, n° 74-12.403, JCP 1975, IV, 354, qui admet que l'évolution réalise une nouvelle vision juridique du litige. – Pour des confirmations de la solution de l'Assemblée plénière, V. Cass. civ. 2, 28 février 2006, Gaz. Pal. 5-7 novembre 2006, p. 28 – Cass. civ. 3, 8 mars 2006, D. 2006, inf. rap., p. 1247 ; Gaz. Pal. 26-28 novembre 2006, p. 20 ; Cass. civ. 2, 23 novembre 2006, D. 2007, inf. rap., p. 231 ; Procédures 2007, n° 89, obs. Croze – Cass. mixte, 9 novembre 2007, précit. – Cass. civ. 3, 15 décembre 2010, n° 09-68.894, – Cass. civ. 2, 12 février 2009, n° 08-10.347

convient de s'arrêter sur le communiqué joint à cet arrêt. On peut y lire en effet que « conformément à la règle du double degré de juridiction, devant la cour d'appel ne se retrouvent que les parties présentes en première instance ». L'intervention forcée y est présentée comme une « dérogation à ce principe essentiel de l'organisation judiciaire » et l'évolution du litige permettant sa recevabilité comme une « circonstance exceptionnelle ». Cette remise en ordre n'est pas totalement nouvelle, car la Chambre commerciale avait jadis rappelé « que si la loi donne la possibilité de forcer des personnes à intervenir dans l'instance d'appel, même aux fins de condamnation, quand l'évolution du litige implique leur mise en cause, elle garde comme règle le principe du double degré de juridiction »¹²⁰⁵. Il ne fait donc pas de doute que le double degré soit la règle et l'intervention l'exception ou, pour embrasser un plus grand nombre de situations et de mécanismes juridiques, que les possibilités de célérité et d'efficacité de la justice qui dérogent au double degré ne sont admises qu'à titre exceptionnel. Or, « on n'applique aussi bien une exception qu'en considération de la règle qu'elle contredit »¹²⁰⁶.

Dans cette affaire, la Société civile immobilière *Le Lagadec* avait, en 1987, confié la construction d'un immeuble à usage de garages et de bureaux à la Société anonyme *Seritel*. Cette dernière avait sous-traité certains travaux à différentes entreprises, dont la Société *SMT Drouault Godefroy* pour les opérations de couverture au moyen de bardages. La S.A. *Seritel* était assurée auprès de la *Caisse générale d'assurances mutuelles* et la Société *Drouault* auprès de la compagnie *Allianz Via Assurances*. En raison de malfaçons, la S.C.I. *Lagadec* avait refusé de payer les prix des travaux à la S.A. *Seritel*. Ces deux personnes morales avaient alors demandé et obtenu en référé des mesures d'expertise. Se fondant sur les sommes indiquées par les experts, elles avaient agi au fond : la S.A. réclamait à la S.C.I. le paiement du solde du prix des travaux, déduction faite des coûts de reprise s'élevant à 24 005 francs ; la S.C.I., de son côté, demandait que la S.A. soit condamnée à lui verser la somme de 83 993, 97 francs. Le tribunal de grande instance de Vannes ayant accueilli les demandes de la S.A., la S.C.I. avait interjeté appel. Une nouvelle expertise réalisée au cours de l'instance d'appel avait chiffré à 495 400 francs le coût des travaux de reprise. Affolée par cette somme vingt fois supérieure à celle révélée par la première expertise, *Seritel* avait appelé en intervention forcée l'entreprise sous-traitante qui avait posé les bardages ainsi que les deux compagnies d'assurances.

237. Par un arrêt du 17 février 2000, la cour d'appel de Rennes avait déclaré ces interventions irrecevables aux motifs « que la seule considération que l'expert désigné en dernier lieu par la

1205 Cass. com., 6 juin 1977, n° 75-13.186

1206 G. Ameilhaud, *op. cit.*, p. 206

juridiction du second degré préconise des travaux de réfection beaucoup plus importants que ceux qui avaient été proposés par les premiers experts désignés en référé est insuffisante à caractériser une évolution du litige impliquant la mise en cause de l'assureur » et « que la société Seritel disposait d'éléments suffisants pour appeler en cause son sous-traitant, ainsi que l'assureur de celui-ci, bien que l'identification complète des véritables causes de ces désordres n'ait été faite que par l'expert désigné en dernier lieu par la cour d'appel ».

Sur pourvoi de *Seritel*, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation avait, le 6 décembre 2001¹²⁰⁷, censuré cet arrêt pour les raisons suivantes : les juges du fond reconnaissent que l'expertise diligentée lors de l'instance d'appel avait révélé les véritables causes des désordres, cette révélation ayant conduit à des propositions de travaux hors de proportion avec ceux recommandés par l'expertise réalisée en première instance ; dès lors, ils auraient dû rechercher si cette révélation ne constituait pas l'évolution du litige permettant l'intervention forcée.

Le 3 octobre 2003, la cour d'appel d'Angers, statuant dans l'instance sur renvoi, avait également rejeté les demandes en intervention forcée de *Seritel*. Il ne s'agissait pas d'une résistance à la doctrine de la Cour de cassation. En fait, la cour de renvoi considérait que les deux expertises révélaient des désordres identiques : la première décelait déjà les causes de ces désordres, la seconde se limitant à élever l'évaluation des travaux destinés à y remédier. « *Seule l'appréciation de l'ampleur des travaux de réfection avait varié de l'une à l'autre.* »¹²⁰⁸ Tirant les conséquences de cette constatation, la cour d'appel avait estimé que cette différence ne réalisait aucune évolution du litige dans la mesure où ses données juridiques et factuelles ne s'en trouvaient pas modifiées. Le pourvoi formé contre cet arrêt reprenait, en tenant compte de l'arrêt de la deuxième Chambre civile, les moyens avancés contre la décision de la première cour d'appel. Il prétendait entre autres « *que la révélation de l'augmentation considérable de l'intérêt litigieux caractérise l'élément nouveau bouleversant les données du procès* ».

238. L'Assemblée plénière, par son arrêt du 11 mars 2005¹²⁰⁹, mettait un terme à un litige de presque trente ans. L'arrêt de rejet ne désavoue pas celui rendu par la deuxième Chambre civile dans la même affaire mais donne simplement une interprétation plus claire de l'article 555 du Code de procédure civile en définissant l'évolution exigée par ce texte comme « *la révélation d'une circonstance de fait ou de droit, née du jugement ou postérieure à celui-ci, modifiant les données juridiques du litige* »¹²¹⁰. Ainsi, les données économiques ne doivent pas être prises en compte pour

1207 Cass. civ. 2, 6 décembre 2001, n° 00-14.991

1208 E. Fischer, *loc. cit.*

1209 Cass. plén., 11 mars 2005, n° 03-20.484, précit.

1210 Pour une décision antérieure dans le même sens, V. Cass. soc., 12 octobre 2004, n° 02-40.496 – V. aussi Lyon, 2 avril 1974, JCP 1975, IV, 12

apprécier l'évolution du litige, seules les données juridiques pouvant y servir¹²¹¹. Les sommes dues peuvent avoir augmenté, mais tant que le fondement juridique des créances reste inchangé, le litige demeure identique et l'intervention forcée irrecevable. Il faut préciser cependant que c'est la conséquence qui doit être juridique, la cause du changement pouvant être factuelle¹²¹². Jusqu'à présent, une jurisprudence constante considérait que l'ouverture d'une procédure collective constituait une évolution du litige¹²¹³, « *conception plus réaliste qui prend en considération l'efficacité économique de la décision* »¹²¹⁴. On peut alors se demander si l'arrêt de l'Assemblée plénière ne vient pas briser cette règle, « *en effet, dans cette hypothèse, comme dans l'affaire présente, le débat juridique reste inchangé, seule la perspective de l'efficacité économique de la décision judiciaire à venir étant modifiée.* »¹²¹⁵ Ainsi, la solution de 2005 a pu être critiquée comme manquant de réalisme¹²¹⁶. Toutefois, elle présente l'avantage incontestable d'unifier la politique judiciaire des cours d'appel et d'éviter les disparités de décision d'une juridiction à l'autre : il est plus facile de relever qu'une donnée juridique – la plupart du temps une obligation – a disparu ou apparu que de décider au cas par cas que les éléments factuels franchissent ou non le seuil de l'évolution commandée par l'article 555 du Code de procédure civile.

1211 R. Perrot, « Appel : intervention forcée d'un tiers et la notion d'évolution du litige », note sous Cass. plén., 11 mars 2005, précit., RTD civ. 2005, p. 455 : « *Autrement dit, ce qui importe ce n'est pas le montant de la somme à déboursier ; c'est la raison juridique pour laquelle on peut y être contraint.* »

1212 Cass. civ. 3, 2 avril 1979, Bull. civ. III, n° 82 : refus de l'assureur de couvrir le sinistre.

1213 Cass. civ. 3, 22 juin 1994 n° 92-11.655 – Cass. civ. 1, 15 mars 1978, n° 76-13.166 – Cass. civ. 1, 25 mars 1991, n° 89-14.645 – Cass. civ. 1, 30 janvier 1996, n° 93-16.493 – Cass. civ. 1, 24 octobre 1979, RTD civ. 1980, p. 426, obs. Perrot ; JCP 1980, IV, 7 – Cass. civ. 1, 25 mars 1991, Bull. civ. I, n° 105 – V. aussi Cass. civ. 1, 25 février 1992, Bull. civ. I n° 62

1214 R. Perrot, « Appel. Intervention forcée : domaine, conditions d'application et sanction de l'art. 555 nouv. C. pr. civ. », RTD civ. 1980, p. 425

1215 E. Fischer, *loc. cit.*

1216 R. Perrot, « Appel : intervention forcée d'un tiers et la notion d'évolution du litige », note sous Cass. plén., 11 mars 2005, précit., RTD civ. 2005, p. 455 : « *Il reste que la distinction entre le "juridique" et "l'économique" n'est peut être pas aussi simple qu'on veut bien le penser. Il y a des cas où les deux visions interfèrent de façon si intime qu'il est bien difficile de faire le départ entre l'une et l'autre.* » – E. Fischer, *loc. cit.* : « *Quant à l'affaire commentée, l'importance des travaux de réfection était-elle prévisible pour l'entreprise générale dont la responsabilité était recherchée ? Certes, Seritel est un professionnel. Mais pas plus professionnel que les premiers experts judiciaires qui avaient faiblement évalué les travaux. On ne peut lui faire grief de s'être fié à la première expertise. Pourquoi lui reprocher indirectement de ne pas avoir fait intervenir le sous-traitant et les assureurs dès la première instance ? Peut-être son assureur pratiquait-il un système de malus ? Peut-être l'entrepreneur avait-il un élan de générosité (limitée) envers son sous-traitant économiquement faible qu'il savait mal assuré ? Son omission en première instance n'est pas forcément une négligence, mais pourrait s'expliquer par des raisons légitimes.* »

SECTION III : L'ÉLARGISSEMENT DE L'EFFET DÉVOLUTIF PAR LE JUGE

239. Le premier article du Code de procédure civile, « celui qui doit figurer à son frontispice »¹²¹⁷, exprime le caractère accusatoire du procès civil, également appelé « principe d'initiative privée et d'initiative judiciaire »¹²¹⁸ ou « principe d'impulsion du procès »¹²¹⁹. En vertu de l'adage *Ne procedat judex ex officio*, l'introduction de l'instance incombe aux parties et, pour cette raison, le juge ne saurait se saisir d'office¹²²⁰ ni prononcer une condamnation qui ne lui a pas été demandée¹²²¹. Toutefois, l'effet dévolutif qui est censé résulter de l'acte d'appel et des conclusions de l'intimé peut être élargi par le juge. Ce dernier peut en effet ordonner d'office la mise en cause de tiers à l'instance d'appel (§ 1). De même, par l'évocation, la cour d'appel peut aspirer vers elle tout le contentieux pendant au premier degré (§ 2).

§ 1. La mise en cause ordonnée par le juge

240. Deux textes du Code de procédure civile semblent déroger au caractère accusatoire du procès civil : il s'agit des articles 332 alinéa 1^{er}¹²²² et 552 alinéa 3¹²²³. En vertu de ces dispositions, le juge ou la cour peuvent attirer à l'instance des parties qui n'y figuraient pas initialement. Ces textes donnent respectivement aux juges l'initiative d'une intervention forcée et d'un appel provoqué. Leur promulgation est venue briser une jurisprudence constante qui avait toujours refusé les mises en cause ne devant rien à la requête des parties¹²²⁴.

Du point de vue de l'économie procédurale, ce mécanisme n'est pas choquant : il permet d'éviter « que l'unité du litige ne se volatilise en fonction des initiatives individuelles de chaque

1217 R. Perrot, « L'effet de l'appel quant aux personnes », in Chambre nationale des avoués, Journées des 29 et 30 octobre 1973, Dijon, Gaz. Pal. 1974, I, doct. 393, spéc. p. 415

1218 H. Motulsky, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile », D. 1972, chron., p. 91, note 44, et in *Écrits, études et notes de procédure civile, op. cit.*, p. 275, spéc. p. 282, n° 12. Cette proposition de Motulsky s'inspire du droit italien, notamment E. T. Liebman, *Lezioni di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1951

1219 H. Vizioz, *Études de procédure, op. cit.*, p. 441 et s.

1220 Cass. civ. 2, 29 novembre 1963, Bull. civ. II, n° 787

1221 Cass. civ. 2, 5 octobre 1983, n° 82-14.161, Gaz. Pal. 1984, I, 44 ; RTD civ. 1984, p. 357, obs. Normand ; RTD civ. 1984, p. 463, obs. Perrot – Cass. civ. 1, 25 novembre 1986, n° 84-15.378, Gaz. Pal. 1987, I, somm., p. 13

1222 C.P.C., art. 332 al. 1^{er} : « Le juge peut inviter les parties à mettre en cause tous les intéressés dont la présence lui paraît nécessaire à la solution du litige. »

1223 C.P.C., art. 552 al. 3 : « La cour peut ordonner d'office la mise en cause de tous les co-intéressés. »

1224 Cass. soc., 17 juillet 1958, Bull. civ. IV, p. 713 – V. aussi Cass. civ. 2, 14 octobre 1959, Bull. civ. II, p. 421 – Cass. civ. 2, 22 novembre 1961, Bull. civ. II, p. 552 : « Attendu que la mise en cause d'un tiers dans un litige ne peut être ordonnée d'office par le juge, mais seulement à la requête des parties elles-mêmes. »

plaideur »¹²²⁵ et se justifie lorsque « l'homogénéité de la chose jugée à l'égard de tous s'impose comme une impérative nécessité »¹²²⁶. Du point de vue de la théorie procédurale, il est plus difficile à justifier. Il a fait l'objet de vives critiques, notamment de la part de Roger Perrot¹²²⁷. Selon cet auteur, une telle solution serait superflue dans de nombreux cas où le juge peut utiliser l'enquête pour entendre le tiers sans qu'il soit nécessaire d'en faire une partie¹²²⁸. Elle serait inefficace dans la mesure où le juge ne peut lui-même assigner ni citer les tiers à comparaître comme cela a pu se pratiquer dans la procédure civile des pays socialistes. Elle serait contraire à l'esprit du contentieux privé, qui protège d'abord des intérêts individuels dont chacun a la libre disposition¹²²⁹.

241. Il est vrai que cette solution a pu être admise dans certains cas, notamment en matière de sécurité sociale¹²³⁰, de filiation¹²³¹, d'assistance éducative¹²³², d'ouverture de tutelle à l'égard d'un mineur sous administration légale¹²³³, de rectification d'office par le juge des erreurs ou omissions matérielles affectant l'un de ses jugements¹²³⁴. Il s'agit de dispositions spéciales et, à ce titre, elles ne sauraient s'appliquer en dehors des situations limitativement prévues par la loi. Dès lors, comment expliquer que cette spécificité puisse trouver dans les articles 332 et 552 du Code de procédure civile une portée générale ? La contradiction n'est en réalité qu'apparente car, à y

1225 R. Perrot, *op. cit.*, p. 412

1226 *Ibid.*

1227 *Ibid.*, p. 415

1228 C.P.C., art. 218 : « Le juge qui procède à l'enquête peut, d'office ou à la demande des parties, convoquer ou entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile à la manifestation de la vérité. »

1229 R. Perrot, *loc. cit.*, p. 415 : « La sauvegarde des rapports d'affaires importe parfois davantage que la solution strictement et rigoureusement juridique. Dire du juge qu'il doit respecter les décisions personnelles de chacun, ne signifie pas (comme on l'a cru longtemps) qu'il doit nécessairement prendre le masque de la statue du commandeur ; mais cela signifie à tout le moins qu'il ne lui appartient pas de faire le bonheur des plaideurs contre leur gré. »

1230 Cass. soc., 10 mars 1978, Bull. civ. V, n° 255 : en cas de conflit d'affiliation à la sécurité sociale, le juge doit ordonner la mise en cause de toutes les personnes et organismes susceptibles d'être concernés.

1231 C. civ., anc. art. 311-10 al. 2 : « Les juges peuvent d'office ordonner que soient mis en cause tous les intéressés auxquels ils estiment que le jugement doit être rendu commun. » – C. civ., anc. art. 311-11 : « Pareillement quand, sur l'une des actions ouvertes par les articles 340 et 342 ci-dessous, il est opposé une défense tirée de ce que la mère a eu, pendant la période légale de la conception, des relations avec un tiers, le juge peut ordonner que celui-ci soit appelé en la cause. »

1232 C. civ., art. 375, al. 1^{er} : « Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public. Dans les cas où le ministère public a été avisé par le président du conseil départemental, il s'assure que la situation du mineur entre dans le champ d'application de l'article L. 226-4 du code de l'action sociale et des familles. Le juge peut se saisir d'office à titre exceptionnel. »

1233 C. civ., art. 391 al. 1^{er} : « En cas d'administration légale, le juge des tutelles peut, à tout moment et pour cause grave, soit d'office, soit à la requête de parents ou alliés ou du ministère public, décider d'ouvrir la tutelle après avoir entendu ou appelé, sauf urgence, l'administrateur légal. Celui-ci ne peut faire aucun acte de disposition à partir de la demande et jusqu'au jugement définitif sauf en cas d'urgence. »

1234 C.P.C., art. 462, al. 1 et 2 : « Les erreurs et omissions matérielles qui affectent un jugement, même passé en force de chose jugée, peuvent toujours être réparées par la juridiction qui l'a rendu ou par celle à laquelle il est déféré, selon ce que le dossier révèle ou, à défaut, ce que la raison commande. Le juge est saisi par simple requête de l'une des parties, ou par requête commune ; il peut aussi se saisir d'office. »

regarder de plus près, ces deux textes ne contredisent pas le premier article du Code et les critiques qui leur sont adressées ne résistent pas à une analyse prenant en considération tous les aspects de la question.

Ces textes spéciaux permettent au juge de faire entrer de force des parties dans l'instance voire de se saisir *proprio motu*. C'est une dérogation de taille au principe dispositif et il n'est pas certain qu'elle subsiste, au vu notamment de la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel qui, en matière de redressement judiciaire, a considéré que la saisine d'office du tribunal de commerce était contraire au principe d'impartialité et à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹²³⁵. Au contraire, les articles 332 et 552 du Code de procédure civile ne correspondent pas à une saisine d'office. Comme cela a été dit, le juge n'a pas le pouvoir d'assigner. Il ne peut qu'ordonner ou inviter les parties à mettre en cause les tiers. On pourrait dès lors affirmer que le juge propose et que les parties disposent : il peut certes estimer que la présence des tiers à l'instance est souhaitable mais il ne peut accomplir les formalités nécessaires pour permettre cette présence. Ainsi, « *la mission du juge se limite simplement à une incitation plus ou moins pressante qui, pour se réaliser dans les faits, a besoin du concours de l'une des parties* »¹²³⁶ ; pour cette raison, « *toute injonction du juge qui n'est pas relayée par l'initiative de l'une des parties tombe nécessairement dans le vide* »¹²³⁷. À partir de cette constatation, l'alternative suivante est envisageable : soit les parties se refusent à obtempérer, soit elles défèrent à l'invitation et c'est sous leur propre responsabilité qu'est assumée la mise en cause du tiers. L'idée du juge « *est comme "absorbée" par la volonté de la partie qui a repris à son compte l'idée d'une intervention forcée. Et si le tiers est attiré dans la cause, c'est parce que l'une des parties l'a voulu, et non point parce que le juge l'a ordonné. En d'autres termes, la décision du juge s'efface derrière la volonté des parties* »¹²³⁸. Peut-être serait-il souhaitable, pour dissiper toute confusion, que l'article 552 emploie le terme « inviter » de l'article 332. Il s'agit d'une « *notion insolite* »¹²³⁹ au regard de l'office du juge¹²⁴⁰, mais qui aurait le mérite de rappeler que « *l'invitation est une prière courtoise exempte de*

1235 Cons. constit., déc. n° 2012-286, QPC du 7 décembre 2012, *Société Pyrénées services et autres* : sont contraires à la Constitution les mots « *se saisir d'office* » du premier alinéa de l'article L. 631-5 du Code de commerce. La décision relève « *que le principe d'impartialité est indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles ; qu'il en résulte qu'en principe une juridiction ne saurait disposer de la faculté d'introduire spontanément une instance au terme de laquelle elle prononce une décision revêtue de l'autorité de chose jugée* ».

1236 R. Perrot, « Intervention forcée : mise en cause d'office par le juge », RTD civ. 1994, p. 163

1237 *Ibid.*

1238 *Ibid.*

1239 *Ibid.*

1240 R. Perrot, « Intervention forcée : l'invitation d'un juge n'est qu'une simple faculté », note sous Cass. com., 11 décembre 2007, n° 06-18.618, RTD civ. 2008, p. 154 : « *La formule est curieuse. Un juge décide, il ordonne, il déboute : mais la prière courtoise sous la forme d'une invitation ne fait pas partie de son vocabulaire classique. Il n'est donc pas surprenant que l'on soit conduit à s'interroger sur la portée d'une notion incitative dont on perçoit mal ce qu'elle peut apporter.* »

toute menace coercitive »¹²⁴¹ et qu'en dernier lieu c'est toujours aux parties que revient la détermination des éléments du procès.

§ 2. L'évocation

242. L'évocation, si elle est depuis longtemps connue du droit français, a pu répondre à des exigences diverses. Une ordonnance de 1669 lui consacre des dispositions nombreuses et détaillées. Ce document précise que « *l'ordre des juridictions fait une partie essentielle de notre Droit public. Il ne peut être conséquemment permis de l'interrompre, que pour des causes extrêmement importantes* »¹²⁴². L'impartialité y est présentée comme la principale de ces causes. Son contenu peut certes apparaître inattendu à notre époque mais il était probablement fréquent sous l'Ancien Régime : il fallait éviter que des justiciables n'aient à souffrir du crédit que pouvaient avoir auprès du tribunal saisi de leur contestation les parents et alliés de leurs adversaires. D'autres justifications ont été avancées, mettant en valeur l'intérêt, aussi bien privé que public, de l'évocation : elle existerait « *en faveur des parties pour leur éviter les frais et les lenteurs trop légendaire de la justice* »¹²⁴³ ; elle serait établie « *pour assurer la suprématie des cours sur les tribunaux inférieurs* »¹²⁴⁴ ; elle trouverait une explication dans « *la crainte que le premier juge ne soit pas disposé à suivre les directives du juge d'appel* »¹²⁴⁵, auquel cas il serait plus prudent de ne pas l'inviter à se dédire mais de trancher le litige immédiatement¹²⁴⁶.

Malgré la justesse de ces considérations, le débat n'est pas là. Ce qui, au premier regard, frappe dans le mécanisme de l'évocation, c'est la disparition du double degré, d'autant plus que l'évocation ne peut porter que sur des points non jugés en première instance¹²⁴⁷. Comme on pouvait s'y attendre, le mécanisme n'a pas échappé aux commentaires doctrinaux : « *procédé autoritaire et*

1241 R. Perrot, « Intervention forcée : mise en cause d'office par le juge », *loc. cit.*

1242 J.-A. Sallé, *L'esprit des ordonnances de Louis XIV*, Paris, 1755, t. 1, p. 599

1243 G. Ameilhaud, *op. cit.*, p. 166

1244 *Ibid.*

1245 R. Meurisse, « L'évocation en procédure civile », *Gaz. Pal.* 1957, p. 57 – V. aussi E.-D. Glasson, A. Tissier et R. Morel, *Traité de procédure civile*, 3^{ème} éd., Sirey, 1936, p. 393, n° 909

1246 P. Hébraud, « Effet dévolutif et évocation, la règle du double degré de juridiction » in *La voie d'appel*, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 141, spéc. p. 155 : « *Autant il y a davantage à laisser le premier juge poursuivre sa mission quand il l'a bien remplie, autant il est prudent de ne pas le contraindre à la reprendre après un désaveu.* » – P. Cuche et J. Vincent, *Précis de procédure civile et commerciale*, Précis Dalloz, 12^{ème} éd., 1960, n° 437.16 : l'évocation permet d'éviter un risque de partialité des premiers juges qui seraient peut-être « *froissés de voir leur jugement infirmé par la juridiction supérieure* ».

1247 Cass. civ. 2, 25 octobre 1978, n° 76-15.031, *JCP G* 1979, IV, 2 – V. aussi D. 1980, inf. rap., p. 374, obs. Julien – Amiens, 26 février 1881, S. 1882, II, 188 – Lyon, 24 octobre 1885, S. 1886, II, 137 – Cass. civ., 15 janvier 1895, S. 1899, I, 390

cavalier »¹²⁴⁸ mais « *institution très pratique* »¹²⁴⁹, c'est une « *des pièces maîtresses de notre procédure civile* »¹²⁵⁰.

L'évocation est possible dans deux cas, réglementés par les articles 88 (ancien article 89) et 568 du Code de procédure civile : dans la première hypothèse, lorsque la cour d'appel est saisie de l'appel d'un jugement statuant exclusivement sur la compétence, elle peut statuer elle-même en lieu et place de la juridiction qu'elle estime compétente, si cette dernière est située dans son ressort¹²⁵¹ ; dans la seconde, lorsque la cour infirme ou annule un jugement ordonnant une mesure d'instruction ou un jugement qui a mis fin à l'instance en raison d'une exception de procédure, elle peut trancher les points qui ne l'ont pas été par la juridiction de première instance.

243. Il convient de se pencher sur la distinction entre l'effet dévolutif de l'appel et l'évocation, qui a souvent été « *une pierre d'achoppement, un rocher de scandale* »¹²⁵². On peut d'ores et déjà poser le critère suivant : l'effet dévolutif dépend de la volonté des parties tandis que l'évocation obéit à celle du juge. Ce dernier est tenu de statuer lorsqu'il est saisi en vertu de l'effet dévolutif¹²⁵³, tandis que l'évocation n'est pour lui qu'une simple faculté¹²⁵⁴. L'étude de l'évocation est rendue malaisée par l'absence d'obligation pour la cour d'appel de mentionner expressément qu'elle fait usage de cette faculté¹²⁵⁵. Toutefois, les textes en vigueur et l'interprétation qui en est donnée par la Cour de cassation peuvent nous guider dans notre analyse. Nous avons choisi de traiter ensemble l'évocation sur contredit et l'évocation de droit commun : notre étude ayant pour intérêt d'examiner le double degré de juridiction, sa disparition est une conséquence commune à ces deux formes d'évocation¹²⁵⁶.

Initialement, l'effet dévolutif et l'évocation obéissaient à des logiques opposées et, partant, à

1248 G. Ameilhaud, *op. cit.*, p. 180

1249 R. Meurisse, « L'évocation en procédure civile », *loc. cit.*

1250 *Ibid.*

1251 Pour des applications jurisprudentielles, V. Cass. com., 14 février 1978, n° 77-10.355 – Cass. soc., 6 mars 2003, n° 00-21.788

1252 J. Vincent, « Les dimensions nouvelles de l'appel en matière civile », D. 1973, chron., p. 179, spéc. n° 35

1253 V. par ex. Cass. civ. 3, 28 octobre 1987, n° 86-14.040

1254 P. Hébraud, « Effet dévolutif et évocation, la règle du double degré de juridiction », in *La voie d'appel*, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 141, spéc. p. 149 : « *Le caractère purement facultatif de l'évocation reste, assurément, son trait fondamental.* » – V. Cass. civ. 2, 1^{er} avril 1974, n° 73-12.460, JCP G 1974, IV, 185 ; Gaz. Pal. 1974, II, somm., p. 170 ; D. 1974, inf. rap., p. 166 – Cass. soc., 25 janvier 1979, JCP G 1979, IV, 103 ; Gaz. Pal. 1979, I, somm., p. 198 – Cass. civ. 2, 28 avril 1980, n° 78-14.826, Gaz. Pal. 1980, I, p. 498, note Viatte – Cass. civ. 2, 21 avril 2005, n° 03-16.466 – Cass. civ. 1, 28 février 2006, n° 04-13.824, inédit – Orléans, 7 mai 1973, JCP 1973, IV, 6364, obs. J. A. ; RTD civ. 1974, p. 465, obs. Perrot – Cass. soc., 25 janvier 1979, JCP 1979, IV, 103 – Dijon, 8 janvier 1981, Gaz. Pal. 1981, II, 414, note Viatte – Cass. civ. 1, 2 mai 1989, Bull. civ. I, n° 174 – Cass. civ. 2, 14 juin 2001, n° 99-20.943

1255 Cass. civ. 1, 3 février 1960, Bull. civ. I, n° 75 – Cass. civ. 2, 22 mai 1968, n° 65-10.737 – Cass. com., 5 janvier 1973, Gaz. Pal. 1973, I, somm., p. 87

1256 P. Hébraud, « Effet dévolutif et évocation, la règle du double degré de juridiction », in *La voie d'appel*, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 141, spéc. p. 148 : « *La suppression du double degré de juridiction est, au contraire, de l'essence même de l'évocation.* »

des régimes très différents : on pouvait affirmer, *ceteris paribus*, que les deux mécanismes s'excluaient et qu'à chaque fois que l'un d'eux avait vocation à fonctionner, l'autre devait s'effacer. La loi du 23 mai 1942 et le décret du 28 août 1972 en ont gommé les distinctions profondes de nature et de régime en allégeant les conditions à laquelle l'évocation était soumise, par exemple en abandonnant la nécessité d'une infirmation du jugement exigée par l'article 473 de l'ancien Code de procédure civile¹²⁵⁷ ou en permettant que soit ordonnée une mesure d'instruction, contrairement à ce qu'avait décidé la jurisprudence rendue sous l'empire des textes précédents¹²⁵⁸.

Aujourd'hui, l'évocation intervient sur décision de la cour d'appel lorsqu'elle estime, aux termes des articles 88 et 568 du Code de procédure civile, qu'il est souhaitable de donner à la cause une solution définitive « *dans un souci de bonne justice* ». On pourra faire remarquer au passage que ce n'est pas la bonne administration de la justice qui est visée : plus qu'un outil de rendement judiciaire, c'est un moyen au service des justiciables, bien qu'il ne soit pas laissé à leur libre disposition. La formule des articles 88 et 568 a remplacé celle de l'article 473 de l'ancien Code qui exigeait que l'affaire « *soit susceptible de recevoir une solution définitive* », ce qui conduit à conclure que l'appréciation des juges est discrétionnaire et relève de leur pouvoir souverain¹²⁵⁹. Cet « *exercice discrétionnaire de la faculté d'évoquer ou de ne pas évoquer est commandé par l'équilibre à réaliser entre la sauvegarde du double degré de juridiction et la célérité de la procédure, en considération des enjeux et spécificités du procès et de l'attitude ou de la situation des parties* »¹²⁶⁰. Tel peut être le cas lorsqu'est en jeu la célérité de la justice : ainsi était-il légitime d'évoquer une affaire pendante devant la cour d'appel après quatorze années de procédure¹²⁶¹.

244. La doctrine s'est beaucoup interrogée sur la question de savoir si l'annulation du jugement devait conduire la cour à vider le litige en vertu de l'évocation ou de l'effet dévolutif. Deux conceptions s'affrontent : celle qui considère que le juge doit statuer par voie d'évocation lorsqu'il

1257 Pour des applications jurisprudentielles, V. Cass. soc., 23 octobre 1958, Bull. civ. IV, n° 1061 – Cass. soc., 20 juin 1962, Bull. civ. IV, n° 572 – L'abrogation de cette disposition avait été préconisée par un magistrat : concl. Turlan, sous Paris, 19 février 1960, Gaz. Pal. 1960, I, 194 – Il importe peut désormais que la cour d'appel infirme ou confirme le jugement : Cass. civ. 2, 24 janvier 1979, Gaz. Pal. 1979, I, somm., p. 198 – Cass. soc., 14 octobre 1997, JCP G 1997, IV, 2331 ; Gaz. Pal. 1998, pan. jur., p. 130 – V. également Paris, 4 mars 1998, Gaz. Pal. 1999, I, somm., p. 130 – Cass. civ. 3, 12 juin 1974, JCP G 1974, IV, 275

1258 Cass. civ., 24 juillet 1889, S. 1889, I, 434 : pour l'évocation l'affaire doit être en état ; le juge ne peut donc pas ordonner d'expertise ou d'enquête ni renvoyer à une autre audience.

1259 Cass. soc., 7 décembre 1995, n° 92-45.157 – Cass. civ. 3, 27 mai 1996, n° 97-20.276 – Cass. com., 26 novembre 2002, n° 99-19.840 : « *Mais attendu, en premier lieu, que, saisie d'un jugement qui, statuant sur une exception de procédure, a mis fin à l'instance, la cour d'appel pouvait user discrétionnairement de la faculté d'évocation prévue à l'article 568 du nouveau Code de procédure civile.* » – Cass. com., 8 avril 2008, n° 06-17.478 – Cass. civ. 3, 23 avril 1974, Bull. civ. III, n° 156, D. 1974, inf. rap., p. 157 – Cass. civ. 3, 28 février 1978, Bull. civ. III, n° 103 – Cass. soc., 25 janvier 1979, JCP 1979, IV, 103 – Cass. civ. 2, 8 juin 1979, Gaz. Pal. 1979, II, 443, note Viatte

1260 J.-L. Gallet, *La procédure civile devant la cour d'appel*, Litec professionnels, 2010, 2^{ème} éd., n° 148

1261 Cass. civ. 3, 1^{er} mars 1983, Bull. civ. III, n° 57, JCP G 1983, IV, 153 ; Gaz. Pal. 1983, I, pan. jur., p. 171, obs. Guinchard

annule un jugement, ce dernier n'ayant produit aucun effet¹²⁶² ; et celle qui estime que l'effet dévolutif peut jouer puisque l'affaire a subi l'épreuve d'un degré de juridiction¹²⁶³.

Lorsque le jugement est annulé et que le juge d'appel utilise l'évocation, il statue en premier et dernier ressort. Il se trouve donc en présence de la demande de première instance qui a fixé l'étendue du litige. Si au contraire il statue en vertu de l'effet dévolutif, il est limité par l'étendue de l'acte d'appel. Selon Meurisse, c'est l'évocation qui doit l'emporter : « *s'imagine-t-on que le premier degré de juridiction a été réellement épuisé si le tribunal de commerce a statué à la place du tribunal civil, qui aurait dû être saisi ?* »¹²⁶⁴ Il observe que la juridiction consulaire offre moins de garanties que la juridiction civile, pour laquelle est prévue la communication au ministère public dans certaines causes. Il conviendrait, néanmoins, de ne pas confondre la nullité avec l'inexistence¹²⁶⁵ : même lorsque le jugement a été annulé, il a existé, car la nullité n'est pas le néant mais un simple défaut de validité d'un acte au moment de son émergence à la vie juridique. Pour preuve, le caractère rétroactif de l'annulation ne saurait effacer certaines conséquences. Par ailleurs, tant que la nullité n'a pas été dûment constatée et sanctionnée, le jugement produit des effets de droit en vertu de la maxime « *provision est due au titre* ».

Le même auteur va plus loin en affirmant de façon quelque peu hasardeuse : « *qu'importe donc qu'un jugement soit nul si l'affaire a été jugée au fond ? Le double degré de juridiction est respecté, cela suffit* »¹²⁶⁶. Cela revient pourtant à ne plus distinguer l'annulation de l'infirmité qui, malgré la proximité de leurs résultats pratiques, n'en sont pas moins deux mécanismes antinomiques. « *En réalité, il ne paraît pas possible d'éviter la double constatation que le premier degré a été matériellement épuisé, mais ne l'a pas été valablement. La question de savoir si on le recommencera dépend donc d'une appréciation d'ordre juridique, sur la nature et la portée de cette invalidité. La solution relève de la politique sanctionnatrice de la loi entendre suivre et aménager.* »¹²⁶⁷

245. Un raisonnement juridique dépourvu d'ambiguïtés conduira à distinguer l'injustice d'un

1262 A. Tissier, S. 1921, I, 245 – L. Hugueney, S. 1940, II, 17 – P. Appleton, DP 1938, I, 49 – R. Meurisse, « Effet dévolutif de l'appel, évocation, plénitude de juridiction », Gaz. Pal. 1950, I, 2 – R. Meurisse, S. 1953, II, 53

1263 E.-D. Glasson, A. Tissier et R. Morel, *op. cit.*, t. 3, n° 909 – Labbé, S. 1883, I, 148 – R. Perrot, D. 1952, p. 564 – H. Motulsky, « Les rapports entre l'effet dévolutif de l'appel et l'évocation dans la jurisprudence récente de la Cour suprême », JCP 1953, I, 1095, note 5, et in *Écrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010, p. 4

1264 R. Meurisse, « Effet dévolutif de l'appel ou évocation ? », D. 1953, chron. XXIII, p. 127, spéc. p. 129

1265 V. à ce propos H. Motulsky, « Les rapports entre l'effet dévolutif de l'appel et l'évocation dans la jurisprudence récente de la Cour suprême », JCP 1953, I, 1095, note 5, et in *Écrits, études et notes de procédure civile, op. cit.*, p. 4, spéc. p. 9, n° 11, note 5 – H. Motulsky, note sous Cass. com., 19 juillet 1950, *Thomas c/ Consorts Goelet et autres*, JCP 1951, II, 5952 et in *Écrits, études et notes de procédure civile, op. cit.*, p. 323, spéc. p. 325

1266 R. Meurisse, *op. cit.*, p. 130

1267 P. Hébraud, « Effet dévolutif et évocation, la règle du double degré de juridiction », in *La voie d'appel*, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 141, spéc. p. 147

jugement de son irrégularité qui correspondent respectivement à un mal jugé au fond (*error in iudicando*) et à une mauvaise application des règles procédurales (*error in procedendo*). Ces deux erreurs appelleront des sanctions distinctes : dans le premier cas la réformation, dans le second l'annulation. Faut-il recommencer l'instance au premier degré ? Il semble que l'évocation permette précisément de ne pas passer par cette voie. Cette conception n'est pas particulièrement contestable dans la mesure où la cour d'appel donnera la même solution dans deux cas de figure : d'une part, en évoquant ; d'autre part, en confirmant ou en infirmant au fond un jugement rendu à la suite d'une première annulation. L'évocation peut donc laisser à penser qu'un degré de juridiction a été perdu, ce qui est une illusion d'optique, dans la mesure où la cause recevra en définitive une solution orthodoxe. L'évocation permettra alors un gain de temps sans pour autant fermer la voie de recours extraordinaire.

Plus mesurés, certains auteurs ont enseigné que l'effet dévolutif existe mais peut être tenu en échec, et la saisine du juge d'appel limitée à la censure de la décision irrégulière sans toucher au fond de l'affaire par exemple si l'acte d'appel critique seulement l'incompétence ou la question du vice de forme¹²⁶⁸. Meurisse considère que l'appel pourrait être limité à la compétence ou à la forme. Pourtant, on ne comprend mal quel serait l'intérêt de l'appelant à attaquer la régularité formelle d'une décision alors même que le fond est exempt d'erreurs, voire ne lui causerait aucun grief. En outre, les auxiliaires de justice savent que le moyen tiré de la nullité n'est souvent qu'un moyen parmi d'autres et qu'il coexiste avec les arguments tenant au fond du droit.

246. En tout état de cause, l'usage de l'évocation entraîne un affaïssement de la notion d'instance, qui tend à s'estomper au profit d'une notion de procès plus globale et plus indéterminée. « *Le point de rattachement que constituait le jugement de première instance disparaît donc de ce fait, en même temps que le double degré de juridiction.* »¹²⁶⁹ L'article 568 alinéa 2 du Code de procédure civile prend soin de préciser que « *l'évocation ne fait pas obstacle à l'application des articles 554, 555 et 563 à 567* », textes relatifs à l'intervention et à l'effet dévolutif. Cette application est cependant rendue malaisée en cas d'évocation en raison du caractère de premier degré de juridiction endossé par la cour d'appel.

Au regard de l'effet dévolutif par exemple, on rappellera la règle importante de la prohibition des demandes nouvelles en appel. Or, la nouveauté d'une demande ne saurait s'apprécier *per se* : elle doit nécessairement être dénoncée par comparaison à une demande précédente. « *La question se présente alors de la façon suivante : malgré l'éventuelle absence de*

1268 R. Perrot, D. 1952, p. 566, qui reprend l'idée de C.-L. Appleton, S. 1886, II, 137

1269 J. Miguet, *op. cit.*, p. 559, n° 464

*point de rattachement, peut-on trouver des critères permettant de déterminer dans quelle mesure une demande est nouvelle ? »*¹²⁷⁰ L'absence de jugement ne permet pas réellement d'affirmer qu'une première demande a été formulée ; plus précisément, une telle demande n'aura pas été recouverte par l'autorité de la chose jugée, laquelle sert de critère à la désignation d'une demande nouvelle irrecevable en appel. Le jugement ayant été annulé, il ne saurait fonder une telle irrecevabilité. « *Dès lors il devient difficile de parler de demande nouvelle en appel, l'appel se présentant comme instance globale et unique degré de juridiction.* »¹²⁷¹

Relativement à l'intervention, la jurisprudence considère que l'évocation ne constitue pas une évolution du litige rendant recevable l'intervention forcée en appel¹²⁷². Il en résulte alors fatalement que le litige recevra une solution incomplète et que les droits de l'appelant en intervention en ressortiront fragilisés, car en lui opposant « *qu'il est trop tard pour y procéder simplement parce qu'il a plu au juge du contredit d'évoquer le fond de l'affaire, on l'enferme dans une nasse qui le prive d'un droit essentiel* »¹²⁷³. L'activité du juge vient ainsi à paralyser celle des parties à l'instance d'appel.

1270 *Ibid.*, p. 562, n° 467

1271 *Ibid.*, p. 563, n° 468

1272 Cass. civ. 2, 7 juin 2006, n° 04-16.251, Dr. et patr. 2007, p. 116, obs. Amrani-Mekki ; Procédures 2006, n° 152, obs. Perrot

1273 R. Perrot, « Régime juridique », note sous Cass. civ. 2, 7 juin 2006, précit., Procédures 2006, n° 152

CONCLUSION DU TITRE II

247. L'instance d'appel est principalement présentée à travers deux de ses conséquences, l'effet dévolutif et l'effet suspensif. L'effet suspensif de l'appel garantit la répétition du procès dans la mesure où il prive de force exécutoire le jugement rendu. De la sorte, l'infirmité de ce dernier sera sans conséquences sur la situation litigieuse au fond. Les contours théoriques de ce sursis n'ont pas toujours été clairement établis. Il est constant cependant qu'il neutralise la force exécutoire de la décision et non l'autorité de la chose jugée qui lui est attachée par la loi. Le recouvrement de la force exécutoire s'opère rétroactivement lorsque l'arrêt d'appel est confirmatif. Cette solution qui se fonde sur une fiction a entraîné des conséquences parfois dommageables pour les parties qui se sont vu dans l'obligation de verser des sommes considérables au titre d'astreintes ou de dommages et intérêts moratoires. Les réformes récentes sont venues aplanir ces difficultés.

L'exécution provisoire du jugement demeure possible. Elle est souvent ordonnée, si bien qu'on a pensé, il y a quinze ans, à la généraliser. Ce projet a suscité de vifs débats doctrinaux avant d'être abandonné. Le jugement peut donc être exécutoire par provision, mais seulement en vertu de dispositions légales spéciales ou d'une décision du juge qui a statué en première instance. Elle peut toujours être arrêtée par le premier président de la cour d'appel statuant en référé. Cet arrêt se fonde en principe sur les conséquences manifestement excessives de l'exécution, critère économique de nature à conjurer toute tentative d'examen au fond. Des critères juridiques ont été envisagés : l'évaluation du caractère sérieux de l'appel n'a pas été retenue, contrairement à la violation de l'article 12 du Code de procédure civile. Cette dernière possibilité n'a toujours pas été clairement définie par la jurisprudence de la Cour de cassation.

En tout état de cause, l'exécution a lieu aux risques et périls du créancier, qui pourra être tenu non seulement de toutes les restitutions utiles mais encore qui devra réparer les conséquences résultant de l'infirmité du jugement. La position du débiteur n'est pas plus assurée, puisqu'un défaut d'exécution de sa part pourra entraîner la radiation de son appel, le privant ainsi du droit d'être entendu par la cour et, par conséquent, de l'espérance de gagner le procès en appel.

248. L'effet dévolutif de l'appel peut être considéré comme un assouplissement de la répétition du procès. La cour ne pourra connaître que des chefs du jugement contestés par les parties. Le procès se répète donc, mais seulement dans les limites définies par les appelants. Le cadre de l'instance d'appel est ainsi circonscrit par l'appel principal de l'appelant, qui peut ne remettre en cause que les points de la décision lui faisant grief. L'intimé a toujours la possibilité de répliquer par

un appel incident, en appelant d'une autre partie du jugement. Enfin, les autres parties à la première instance peuvent former un appel provoqué. Ce dernier a soulevé divers questionnements quant à sa nature juridique et l'intérêt exigé pour sa formation. Ces différents exercices de l'appel permettent peu à peu de reconstituer le litige devant la cour, parfois dans son intégralité.

L'appel provoqué n'est pas sans rappeler l'intervention, mécanisme par lequel une partie extérieure au procès y entre pour la première fois devant la cour d'appel. Cela suppose une privation du double degré de juridiction, tantôt voulue lorsque l'intervention est volontaire, tantôt subie lorsque l'intervention est forcée.

Le juge n'est pas étranger à ce mouvement de délimitation du litige puisqu'il peut ordonner la mise en cause des parties intéressées à la solution du litige ou, plus simplement, évoquer l'affaire devant la cour. Cette possibilité fait fi du double degré de juridiction, mais se justifie par des impératifs de célérité et, en définitive, l'instant se clôt par une solution qui eût été semblable si la première instance s'était déroulée dans son intégralité.

249. Ces deux effets participent de la répétition du procès mais à des degrés et selon des modalités diverses. Alors que l'effet suspensif offre un répit au litige à l'issue de la première instance, l'effet dévolutif permet le passage des éléments litigieux dans l'instance d'appel. Tous deux sont également déterminés, quant à leur amplitude, par le juge et les parties. L'effet suspensif peut ne pas jouer à plein lorsque l'exécution provisoire est ordonnée par le juge, et l'effet dévolutif n'est pas non plus complet si les parties n'appellent pas de tous les chefs du jugement.

La loi organise ainsi la répétition du procès devant la cour d'appel, mais en délègue le fonctionnement à ses acteurs, que sont les parties et le juge. Cette absence d'automatisme permet à chaque procès de se répéter de façon conforme aux exigences de bonne justice nécessaires au règlement du litige pendant. Il ressort de cette constatation que la voie d'appel permet de faire réformer un jugement tout en laissant de côté les aspects litigieux considérés comme convenablement résolus par les parties.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

250. L'instance d'appel se présente en premier lieu comme une possibilité de répétition du procès, organisée par la loi mais délimitée par l'action des parties et du juge. Cette répétition est l'apanage de toute voie de recours ordinaire. On a donc souvent écrit que l'appel était une voie de réformation, ce qui lui confère deux caractéristiques particulières. D'une part, l'instance d'appel peut être étudiée par référence au jugement entrepris. L'office de la cour consistera avant toute chose dans la vérification de l'office de la juridiction inférieure. Les parties pourront contester les chefs du jugement qui, selon elles, ne sont pas conformes au droit ou n'ont pas tiré des faits de la cause toutes les conclusions qui s'imposaient. D'autre part, elle peut être évaluée par rattachement au litige. La cour d'appel devra en effet connaître de ce même litige qui avait été tranché auparavant par le premier juge, et fera passer au second plan le contrôle de la décision rendue.

Il ressort de la première partie de cette étude que l'instance d'appel se rattache plus volontiers à la première instance qu'à la situation litigieuse *lato sensu*. Pour preuve, les conditions d'action en justice, si elles sont les mêmes devant les deux degrés de juridiction, n'ont pas exactement le même contenu. Pour être digne de se présenter devant la cour d'appel, il ne suffit pas de souffrir dans ses droits d'un désordre causé par autrui. Encore faut-il avoir obtenu une décision de justice se prononçant sur ce trouble. Les notions d'intérêt et de qualité sont teintées d'une coloration franchement procédurale lorsqu'il s'agit d'interjeter appel, ce qui n'était pas le cas en première instance.

Les effets traditionnels de l'appel que sont l'effet suspensif et l'effet dévolutif ne se justifient que par référence à la première instance : on ne peut suspendre l'exécution que d'un jugement et on ne peut transférer que ce jugement à la connaissance des seconds juges. Simplement, ce transfert n'intéresse pas une simple décision judiciaire abstraite et détachée de toute réalité. Le jugement, en effet, tranche un litige, et c'est par la répétition du procès qu'est aussi répété le litige. Par suite, le respect du double degré de juridiction imposerait, dans l'idéal, que le litige se présente devant la cour sous le même jour que devant le premier juge. La pratique a largement révélé qu'une si belle idée n'était qu'un vœu pieux. La répétition du procès par l'appel, par conséquent, se double nécessairement d'un renouvellement du procès par ce même appel.

PARTIE II : L'INSTANCE D'APPEL, RENOUVELLEMENT DU PROCÈS

251. L'instance d'appel permet de renouveler devant la cour le procès qui s'est déroulé devant la juridiction de première instance. Comme voie d'achèvement, l'appel a pour seconde vocation de ne pas laisser dans l'ombre certains points litigieux qui opposent les mêmes parties dans la même situation. Il ne s'agit plus seulement de reprendre le litige dès le début dans ses éléments de fait et de droit, mais encore d'intégrer à l'instance au second degré tous les nouveaux éléments de fait et de droit survenus entre temps. On pourrait penser que l'appel se présente ainsi comme une nouvelle première instance, au moins pour certains aspects du litige.

Prima facie, certains éléments n'ont jamais été examinés et encore moins tranchés en première instance. Pourtant, l'appel est un renouvellement et non un recommencement. Il en résulte que ces éléments, s'ils ne se rattachent pas à la première instance, ne sont pas dénués de tout lien avec le litige. Leur examen par la cour d'appel se présente comme une suite logique et même nécessaire. Pour ce faire, il était utile d'élever des critères permettant d'accueillir, en les contrôlant, ces élargissements du litige. Ces derniers ne sont plus tournés vers le jugement frappé d'appel mais vers la question litigieuse qui réclame une solution définitive et, finalement, vers la situation qui devrait résulter de tout procès correctement mené : la disparition du litige, ce dernier ayant été vidé conformément au vœu de la loi.

Ainsi, le renouvellement du litige est de plus en plus présent dans l'instance d'appel. D'abord initié par l'action des parties, qui ont cru pouvoir obtenir une solution sur des points n'ayant pas subi l'épreuve du double degré de juridiction (Titre I), ce renouvellement a été saisi par le droit et peu à peu apprivoisé (Titre II).

TITRE I : LE COMPORTEMENT PROCÉDURAL DES PARTIES

252. Le principe dispositif permet aux parties de définir les éléments constitutifs de l'instance sur lesquels le juge sera invité à se prononcer, sans que ce dernier ne puisse en retrancher ou y adjoindre quoi que ce soit. Ainsi, « *selon une lecture traditionnelle et libérale, le procès est d'abord la chose des parties. Selon une interprétation moderniste et dirigiste, le juge dirige l'instance* »¹²⁷⁴. La liberté reconnue aux parties n'est cependant pas illimitée ou, plus exactement, elle n'est pas une liberté licencieuse. Son exercice a donc besoin d'être discipliné dans un double souci de bonne justice et de bonne administration de la justice : les rôles procéduraux joués dans l'instance d'appel ne doivent pas conduire à une mutilation du double degré de juridiction. Un juste milieu doit alors être trouvé entre une lecture trop traditionnelle et une interprétation trop avant-gardiste du procès.

Le droit d'agir fait de toute façon l'objet d'un encadrement par le droit commun, quelle que soit la juridiction ayant à connaître du litige. Cet encadrement présente plusieurs spécificités dans l'instance d'appel (Chapitre I). Toutefois, les diverses possibilités ouvertes par la législation pour permettre aux parties de faire reconnaître et protéger leurs intérêts par la voie judiciaire ont été organisées au regard de la première instance et non d'une éventuelle instance d'appel. Leur exercice fait souvent évoluer l'objet du litige, évolution elle-même sujette à un encadrement (Chapitre II).

¹²⁷⁴ E. Jeuland, « Transformation et pérennité du nouveau Code de procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, op. cit., p. 75, spéc. p. 85

CHAPITRE I : LA LIBERTÉ ENCADRÉE DE LA DEMANDE

253. En tant que prolongation de la première instance, l'instance d'appel s'intègre dans le procès civil et obéit ainsi aux conditions posées par le droit commun. À chaque degré de juridiction, des prétentions et des demandes peuvent être formulées. Pour comprendre cependant les règles propres à la voie de recours, il est nécessaire d'apporter quelques précisions lexicographiques quant aux termes employés par les dispositions propres à l'appel mais empruntés au régime général. Ces précisions permettent de saisir quelles sont les demandes qui peuvent être formulées dans l'instance d'appel (Section I) ou qui ne peuvent pas l'être (Section II).

SECTION I : LA FORMULATION DES DEMANDES

254. Une littérature abondante parle de la prohibition des demandes nouvelles en appel. Nous avons choisi de conserver dans notre étude ce terme consacré par l'usage. Toutefois, le Code de procédure civile ne prohibe pas les demandes nouvelles mais les prétentions nouvelles (§ 1). Cette règle et les tempéraments qui l'accompagnent s'expliquent par les mouvements opposés d'immutabilité et d'évolution du litige (§ 2).

§ 1. Distinction de la demande et de la prétention

255. La prohibition des demandes nouvelles fait parfois figure de porte-drapeau de l'appel et « *se présente ainsi comme la pierre angulaire de toutes les dispositions réglementant la procédure d'appel* »¹²⁷⁵. Cette règle « *permet d'écarter une demande sans même avoir à en apprécier le bien-fondé* »¹²⁷⁶. Malgré une longue évolution au cours du siècle dernier, le principe demeure toujours en mouvement, les décrets successifs et la jurisprudence ne laissant pas de le façonner et d'en perfectionner le fonctionnement aux fins de le rendre meilleur serviteur de la justice. L'évolution à laquelle nous faisons allusion a toujours eu des conséquences nécessaires, voire automatiques, sur la physionomie qu'il convient d'imprimer à l'instance d'appel : voie de réformation pour certains, voie d'achèvement pour d'autres. Parmi les transformations qu'a subi le principe en question, il faut

¹²⁷⁵ J. Vincent et Me du Rusquec, « Les effets de l'appel quant à l'objet du litige », in *Chambre nationale des avoués, Journées des 29 et 30 octobre 1973, Dijon, Gaz. Pal. 1974, I, doct. 393, spéc. p. 403*

¹²⁷⁶ S. Chatry, « Prétentions nouvelles en cause d'appel et propriété intellectuelle », note sous *Cass. com.*, 11 septembre 2012, précit., *D. 2012, p. 2935*

relever d'abord un changement dans les termes utilisés par le législateur. Tandis que leurs contenus respectifs se ressemblent fortement et que l'essence du principe demeure inaltérée, les Codes de procédure civile de 1806 et de 1975 n'emploient pas le même vocabulaire juridique. Le premier prohibait en son article 464 les demandes nouvelles tandis que le second interdit en son article 564 les prétentions nouvelles.

La doctrine et la jurisprudence ont souvent eu tendance à les confondre¹²⁷⁷. Il apparaît cependant que les deux termes ne recouvrent pas la même réalité¹²⁷⁸. La doctrine espagnole propose une distinction pour le moins cohérente, quoique subtile. Le processualiste galicien Jaime Guasp Delgado écrivait en 1956 que « *la plupart du temps la prétention est déduite dans la demande ; par là, l'attribution à celle-ci de la détermination objective du procès est apparue comme indiscutable ; mais en réalité la demande n'est pas la prétention processuelle bien qu'elle puisse la contenir* »¹²⁷⁹. Quelques années plus tard, on retrouve la même idée chez Motulsky, pour qui « *la demande est un acte juridique qui soumet une prétention au juge* »¹²⁸⁰. Cette vision conduit donc à une nette distinction entre la demande et la prétention. La demande serait l'élément formel du procès, constitué par l'acte introductif d'instance, tandis que la prétention consisterait dans l'exposé de la cause devant le juge et la réclamation d'une solution. Dans cette analyse du procès, la prétention est matérielle et factuelle alors que la demande est processuelle et juridique ; la prétention est le contenu et la demande le contenant¹²⁸¹ ; la prétention est un fait juridique et la demande un acte juridique¹²⁸² ; la demande est l'*instrumentum* et la prétention le *negotium*¹²⁸³ ; la prétention est l'objet de la demande¹²⁸⁴. Elle « *n'a à être caractérisée qu'en fait : ce que la partie doit solliciter, c'est l'octroi, au moyen d'un acte juridictionnel, d'un résultat social ou économique correspondant à une catégorie juridique, mais ce n'est pas cette dernière* »¹²⁸⁵. La lecture de l'article 566 du Code

1277 P.-L. Baganina, « Immutabilité du litige et recevabilité des demandes nouvelles en appel », *Gaz. Pal.* 27-29 janvier 2008, p. 2, n° 4 : « *Au risque de se livrer à des discussions byzantines, il paraît judicieux d'utiliser indifféremment les deux notions.* »

1278 *Ibid.* : « *De même, si la dichotomie entre les notions de "prétention" et de "demande" est apparente, il est symptomatique de relever qu'on les confond assez souvent, attendu que c'est de la demande qu'on déduit la prétention.* »

1279 J. Guasp Delgado, *Derecho procesal civil*, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1956, p. 232

1280 H. Motulsky, *Droit processuel*, Montchrestien, 1973, p. 94

1281 En droit allemand, la *Klage* saisit le juge tandis que l'*Anspruch* correspond au droit subjectif réclamé. Sur ce point, V. T.-A. Quemner et H. Neumann, *Dictionnaire juridique allemand-français*, Paris, 1960, Éditions de Navarre

1282 V. M. Bandrac, « L'action en justice, droit fondamental », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 1

1283 R. Martin, « Le double langage de la prétention », *JCP* 1981, I, 3024, spéc. n° 2

1284 V. J.-Ph. Tricoire, *Les concours d'actions en matière immobilière : option ou cumul entre les actions concurrentes*, thèse Aix-Marseille, LGDJ, 2009, spéc. p. 7, n° 5 – S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *op. cit.*, p. 390, n° 513 – R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, Paris, Sirey, 1949, 2^{ème} éd., p. 287 note 1 : « *La demande est l'acte par lequel on saisit le juge d'une prétention ; la prétention est l'objet de la demande.* »

1285 H. Motulsky, « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », rapport au IV^{ème} Congrès international de droit comparé, 1954, in *Études de droit contemporain*, 1959, p. 257 et s., et in *Écrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010, p. 38, spéc. p. 44, n° 12

de procédure civile dans sa rédaction antérieure au décret du 6 mai 2017 confirmait cette analyse parce ce texte laissait à penser que la demande processuelle pouvait donner lieu au développement en appel de prétentions demeurées jusqu'alors virtuelles.

256. La Cour de cassation est venue préciser qu'il n'y avait pas de demande en justice sans prétention. Un tel cas de figure a tendance à se présenter devant des juridictions d'exception pour lesquelles la représentation n'est pas obligatoire. Ainsi en est-il d'un salarié invitant le juge à dire qui, de lui ou de son employeur, avait raison, sans pour autant rien exiger de précis¹²⁸⁶. La demande n'a de valeur que dans la mesure où elle renferme une prétention. Pour cette raison, dans ses observations sous l'arrêt précité, Roger Perrot pointait du doigt « *cette habitude de langage qui, confondant le fond et la forme, consiste à voir une demande en justice dans tout acte instrumentaire qui est destiné à saisir un juge, en oubliant simplement que l'essentiel d'une demande réside moins dans la forme que dans la prétention qui en constitue la substance ; et que la notion de prétention implique que quelque chose soit demandé de façon claire, précise et complète, à un adversaire qui s'y refuse et contre lequel on cherche à obtenir un jugement de condamnation pour l'y contraindre* »¹²⁸⁷.

La substitution opérée par le législateur de 1976 est heureuse, dans la mesure où le terme « prétention » présente des contours plus nets que celui de « demande », qui renvoyait indistinctement aux actes de procédure et insuffisamment au litige lui-même, c'est-à-dire à ce qu'on a coutume d'appeler le fond du droit. Cette clarification lexicale a également le mérite d'empêcher un risque de confusion – qui n'est pas des moindres – conduisant à assimiler la demande aux seuls actes du demandeur initial. En outre, le terme est en même temps précis et souple. Tandis que la demande peut être définie de façon restrictive comme un acte de procédure, la prétention embrasse toute une gamme de manifestations de volonté émanant des parties, d'où certains assouplissements devant le juge d'appel.

257. Malgré ces clarifications, « *la notion même de prétention, réalité pourtant première du*

1286 Cass. soc., 10 juillet 1996, n° 93-40.392, RTD civ. 1996, p. 981, obs. Perrot : « *Attendu que, selon ce texte, la demande initiale en justice en matière contentieuse est celle par laquelle un plaideur prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions ; Attendu, selon le jugement attaqué, que M. X..., engagé le 14 mars 1991 par la société Maillart en qualité de pâtissier-charcutier-traiteur, a refusé d'aller travailler dans les nouveaux locaux de l'entreprise sis à 3 km des anciens locaux, et a saisi le conseil de prud'hommes en ces termes : "litige entre licenciement et démission" ; attendu que cet énoncé ne constitue pas une prétention ; que, dès lors, l'action intentée devant le conseil de prud'hommes était irrecevable.* » – V. aussi Cass. civ. 3, 14 juin 1989, n° 87-17.088 : « *La simple demande de donner acte de la réserve de formuler ultérieurement ses prétentions faite par le syndicat ne constituait pas une demande en justice tendant à ce que soit tranché un point litigieux.* »

1287 R. Perrot, obs. sous Cass. soc., 10 juillet 1996, précit., RTD civ. 1996, p. 981

procès, n'est pas exempte d'ambiguïté »¹²⁸⁸. La lettre du Code nous éclaire peu, car elle ne la définit pas. « *Il en ressort que ce concept semble être un terme à contenu variable.* »¹²⁸⁹ Mais à vouloir formuler des définitions détaillées à l'excès, on finit par contraindre les acteurs du procès à faire couler dans un moule trop étroit une réalité aussi vivante et, par là même, à la déformer. En définitive, il était judicieux de ne pas définir la notion et de déléguer à la jurisprudence, appuyée par la doctrine, le soin de la façonner en fonction des exigences du procès, dont on sait qu'elles dépendent autant du droit que du fait et, dans une large mesure, des tribulations budgétaires de l'institution qui rend la justice.

Lorsque le Code de procédure civile renvoyait à l'identité de la demande et non de la prétention, la règle faisait souvent office de carcan entravant la libre entreprise des parties à l'instance. Commentant le droit positif en vigueur en 1945, Pierre Boyreau écrivait que « *l'exploit introductif d'instance n'est donc pas une simple sommation de comparaître, mais un acte dans lequel se trouvent précisés les limites et les termes mêmes du litige. (...) Le demandeur fixe le cadre du débat (...) mais une fois sa demande formulée il est prisonnier de sa formule* »¹²⁹⁰. La rigidité de la règle était telle qu'elle se révélait parfois impraticable¹²⁹¹. Aussi les plaideurs pouvaient-ils facilement la contourner, les juges faisant preuve d'une certaine tolérance. Il suffisait, par exemple, de présenter une demande large ou imprécise, quitte à la modifier par la suite au gré des événements et des stratégies à adopter. Le besoin d'une adaptation du droit processuel se faisait sentir, d'autant plus que l'immutabilité absolue n'est, la plupart du temps, que l'apanage de procédures archaïques et l'expression des modes les plus frustes de règlement des conflits privés.

§ 2. Immutabilité et évolution du litige au regard de l'instance d'appel

258. Pour que le juge d'appel puisse remplir son office de contrôle de la décision attaquée, on a longtemps estimé que le litige devait se présenter devant lui tel qu'il existait devant le premier juge. On a même fini par étendre excessivement ce principe à tout le procès (A). Les dernières décennies ont cependant consenti à un assouplissement de cette règle en tolérant une évolution du litige, de toute évidence inéluctable (B).

1288 L. Weiller, *La liberté procédurale du contractant*, thèse Aix-Marseille, 2003, pp. 29-30 n° 10

1289 N. Voidey, « La notion de prétention en procédure civile », *Gaz. Pal.* 2006, doct., p. 2839

1290 P. Boyreau, *De la prohibition des demandes nouvelles en appel*, thèse Bordeaux, 1945, p. 9

1291 C. Bouty, *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé*, thèse Aix-Marseille, 2015, p. 80, n° 123 : « *Il est incontestable que l'immutabilité du litige, telle qu'elle est classiquement entendue, est impraticable.* »

A. L'immutabilité du litige

259. Les conceptions retenues de la demande n'étaient que le corollaire du principe – très dogmatique et peu réaliste – de l'immutabilité du litige. L'immutabilité du litige, en effet, se présente d'abord comme une immutabilité de la demande. Plus précisément, l'immutabilité de la demande permet de passer naturellement à l'immutabilité du litige, dans la mesure où ce sont les demandes – au sens d'actes processuels – qui fixent le lien d'instance et, par là, délimitent le cadre du litige et l'office du juge¹²⁹². L'ordonnance de clôture ne crée pas cette immutabilité mais la constate : en prenant acte des prétentions qui forment le litige, elle noue le nœud gordien que le juge devra démêler ou trancher. Elle possède donc un effet conservatoire, voire déclaratif, qui opère une cristallisation du litige¹²⁹³.

L'immutabilité du litige a pu, jadis, se justifier par des arguments divers qui lui ont conféré un certain prestige théorique. Érigée en principe du droit processuel, l'immutabilité s'expliquait par le souci de ne pas permettre aux plaideurs de compliquer et d'allonger à plaisir les procès. Elle trouvait une légitimité dans le principe dispositif, aujourd'hui exprimé à l'article 4 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile. La liberté est ici appariée à la responsabilité : si les parties ont la liberté de déterminer, par l'acte introductif d'instance et les conclusions en défense, l'étendue du litige, il semble normal de limiter cette liberté aux actes de procédure qui ouvrent le procès. Donc, « *l'acte introductif d'instance fixe le cadre juridique dans lequel doivent se "mouvoir" les parties* »¹²⁹⁴. Par une traduction processuelle de l'adage *Nemo auditur*, l'omission, volontaire ou involontaire, de présenter *ab initio* une demande ne pourra pas être régularisée par la suite. Une fois circonscrit le périmètre dans lequel se déroulera la lutte judiciaire, les parties ne sont pas admises à l'élargir ou à combattre en dehors de lui. La règle s'imposait également au juge, qui ne pouvait toucher à l'édifice des faits allégués par les parties. Ainsi, Motulsky considérait que « *non seulement les éléments objectifs du litige sont régis par le principe dispositif, mais encore ils s'intègrent dans la théorie de l'instance en tant que cadre du procès. C'est l'aspect de ce qu'il est convenu d'appeler l'immutabilité du litige* »¹²⁹⁵.

Pour autant, s'il est admis que les conditions d'existence de l'action doivent s'apprécier au jour de la demande, on ne saurait en dire autant du positionnement que doit adopter le juge lorsqu'il

1292 P.-L. Baganina, *op. cit.*, p. 3, n° 2 : « *L'immutabilité du litige implique la constance sinon l'invariabilité des données de l'objet de la demande, qui est un élément de l'objet du litige, désignant le droit ou l'avantage réclamé voire la chose sur laquelle il porte. Formant la matière indispensable de l'acte introductif d'instance librement défini par les parties, l'objet du litige ne doit pas être modifié durant les instances successives. Il détermine ainsi l'activité du juge qui devra statuer suivant tout ce qui lui a été demandé ni infra, ni ultra, ni extra petita.* »

1293 V. par ex. Cass. com., 20 mars 1972, Bull. civ. IV, n° 94

1294 P.-L. Baganina, *op. cit.*, p. 10, n° 32

1295 H. Motulsky, *Droit processuel, op. cit.*, p. 201

remplit son office¹²⁹⁶. Il ne faut pas oublier, en effet, que toute situation juridique – et le procès ne fait pas exception – se décompose en deux phases au moins : d’abord sa création ; ensuite ses effets ; enfin, vient souvent s’ajouter une troisième phase, celle de sa disparition. Le doyen Roubier relevait une période de formation dynamique et une période d’existence statique se déployant dans le temps par un mouvement d’inertie¹²⁹⁷. Il semble désormais que beaucoup de situations juridiques sont en mouvement, et que le dynamisme initial de la formation est appelé à se prolonger tout au long de leur existence. Il est évident, par exemple, que « *les procès du monde moderne, du monde des affaires ou du monde du travail, ont un aspect moins statique qu’autrefois* »¹²⁹⁸. De façon semblable la prestation compensatoire est calculée en tenant compte des conditions respectives des époux au jour du divorce¹²⁹⁹ car il n’y aurait pas de sens à se situer à un autre moment de la procédure.

260. Au sein de la première instance, le litige peut déjà évoluer. Même en adhérant à la vision, largement surannée, de l’instance conçue comme un espace clos, on peut imaginer les acteurs du procès produire de nouvelles preuves, faire état de nouveaux moyens de droit, exposer des arguments inédits, solliciter des renvois... Certains contentieux, comme ceux relatifs à la construction immobilière, sont d’une telle complexité qu’un élément du procès peut en générer un autre, et ainsi de suite, sur plusieurs années, voire plusieurs décennies. Le foisonnement des rapports de droit privé fait naître autant de rapports de droit processuel. Ces rapports de droit – privés ou processuels – y sont parfois entrelacés avec une telle sophistication qu’au sein du procès, deux plaideurs peuvent être colitigants sur un point du litige et litisconsorts sur un autre¹³⁰⁰. « *Cette transformation dans la vie sociale explique que, désormais, l’immuabilité du litige est plutôt considérée comme un frein à la bonne marche d’un procès, que comme un facteur d’accélération de la procédure.* »¹³⁰¹ L’encombrement des juridictions et la longueur des procès qui en résulte viennent s’ajouter à ces situations pour les compliquer davantage. Dans une telle configuration, une conception stricte de l’immuabilité du litige ne ferait que gêner et retarder, voire empêcher

1296 P. Hébraud, obs. sous Cass. civ. 1, 28 avril 1970, *Viguier*, RTD civ. 1971, p. 189 : « *Le vieux principe de l’immuabilité de la demande, jadis compris d’une manière beaucoup trop rigide, est entré, avec les textes de 1935, dans la voie des assouplissements que la jurisprudence a développés. L’idée selon laquelle le juge doit statuer en se plaçant au jour de la demande tout en conservant une parti d’exactitude, n’apporte plus à elle seule, réponse à tous les problèmes et doit se combiner avec d’autres principes. Le déroulement du lien formel d’instance ne doit pas être considéré comme figé, et traité sur des données qui risquent d’être périmées, mais suivi comme une chose vivante, et saisi dans toute son actualité.* »

1297 P. Roubier, *op. cit.*, p. 112, n° 25

1298 Y. Abou-Zeid, *op. cit.*, p. 264, n° 313

1299 Cass. civ. 2, 31 janvier 1990, n° 88-10.268 – Cass. civ. 2, 11 décembre 1991, n° 89-20.063

1300 V. la distinction proposée par J. Vincent, « Les dimensions nouvelles de l’appel en matière civile », D. 1973, chron., p. 179 : les colitigants s’affrontent, les litisconsorts combattent ensemble.

1301 Y. Abou-Zeid, *op. cit.*, p. 314, n° 375

purement et simplement, le règlement opportun et définitif de la contestation. Si le juge devait se placer au jour de la demande pour statuer, les parties seraient contraintes de le saisir derechef pour chaque nouveau désaccord survenu entre elles, fût-il minime. Il s'ensuivrait un flot d'instances ouvertes en cascade entre les mêmes parties et devant la même juridiction, sans compter l'exercice des voies de recours et le retour devant le premier juge alors qu'on se trouverait déjà au stade de l'appel ou du renvoi après cassation.

« *Les plaideurs, qui ne sont pas nécessairement disposés à comprendre toutes les subtilités procédurales, auront tôt fait de s'épuiser à ce va-et-vient dans les escaliers judiciaires ; il risquent fort d'y perdre leur souffle et aussi leur patience.* »¹³⁰² Peut-être le juge pourrait-il avoir recours à l'exception de connexité pour réunir ces diverses instances, mais l'échappatoire demeurerait bien modeste pour endiguer la vague de nouvelles instances venant engloutir la juridiction. Le litige prendrait alors l'apparence d'une *situation litigieuse générale* morcelée en de multiples *situations litigieuses particulières*. Chacune d'elles pourrait être tranchée entièrement, mais la situation litigieuse générale resterait ouverte, engendrant toujours de nouveaux points de désaccord, sans compter sur la possibilité d'une contrariété de décisions qui ne ferait qu'obérer encore plus la situation. Le Code de procédure civile n'a pas été conçu pour accueillir de tels combats judiciaires. En outre, combien de temps durerait un tel procès ? De nombreux magistrats et auxiliaires de justice pourraient attester qu'une telle hypothèse n'est pas un cas d'école.

Une chose est de ne pas permettre aux plaideurs de retarder une demande dans un but dilatoire, une autre est d'occulter l'existence d'un fait générateur de nouveaux éléments de contestation. La caractéristique la plus saillante de certains faits juridiques est souvent leur survenance indépendante de toute volonté. Une attitude consistant à trancher le litige comme si le fait était absent du débat ne serait, de la part du juge, ni réaliste ni soucieuse d'une bonne justice. Le principe de l'immutabilité du litige devait donc céder devant l'exigence d'une justice efficace. Par trop théorique, il était incapable d'épouser les évolutions – non provoquées par les parties – marquant presque tous les litiges¹³⁰³.

261. À ces constatations d'ordre pratique il faut ajouter une considération d'ordre intellectuel : l'immutabilité du litige allait de pair avec une analyse contractuelle de l'instance, car « *de même*

1302 R. Perrot, « L'effet de l'appel quant aux personnes », in Chambre nationale des avoués, Journées des 29 et 30 octobre 1973, Dijon, Gaz. Pal. 1974, I, doct. 393, spéc. p. 413

1303 P. Hébraud, *loc. cit.* : « *Le vieux principe de l'immutabilité de la demande, jadis compris d'une manière beaucoup trop rigide, est entré, avec les textes de 1935, dans la voie des assouplissements que la jurisprudence a développés. L'idée selon laquelle le juge doit statuer en se plaçant au jour de la demande tout en conservant une parti d'exactitude, n'apporte plus à elle seule, réponse à tous les problèmes et doit se combiner avec d'autres principes. Le déroulement du lien formel d'instance ne doit pas être considéré comme figé, et traité sur des données qui risquent d'être périmées, mais suivi comme une chose vivante, et saisi dans toute son actualité.* »

que le contrat qui, une fois formé, ne peut plus être changé par la volonté unilatérale d'une partie, le litige ne saurait être modifié sans un mutuus consensus. (...) C'est en partie cette possibilité d'évolution du litige qui a orienté la doctrine moderne vers une analyse non contractuelle de l'instance.»¹³⁰⁴. En effet, la fixité reconnue au lien contractuel par le droit des obligations et transposée par une partie des auteurs processualistes au lien d'instance s'accordait naturellement avec une absence d'évolution. Or, une fois qu'on s'était résigné dans la pratique à l'évolution du litige – à défaut peut-être de l'avoir admise dans la théorie – l'analyse contractuelle du lien d'instance s'effondrait *ipso facto*. C'est donc très logiquement que, « faisant place à une analyse plus souple de l'instance, le principe de l'immutabilité a perdu son caractère d'évidence non discutée pour faire place à une discussion plus pratique concernant son domaine et son opportunité »¹³⁰⁵.

262. Dans une tentative de justification du principe d'immutabilité du litige, on avait avancé la « nécessité d'accorder au défendeur des délais suffisants pour lui permettre de préparer sa défense et par le désir de lui épargner cette surprise en cours de procès »¹³⁰⁶. L'argument est captieux : on ne voit pas pour quelles raisons ces mêmes *délais suffisants* seraient rendus impossibles en cas de disparition dudit principe. L'inéluctable assouplissement des règles de procédure risquait cependant de laisser libre cours aux manœuvres des plaideurs, la partie la plus avisée ayant souvent tendance à faire preuve de ruse pour gagner le procès. Ce n'était donc pas tant au regard du temps imparti aux plaideurs que de leurs stratégies procédurales qu'on se devait d'être vigilant. Pour pallier l'insécurité provoquée par l'affaiblissement du principe d'immutabilité du litige, le droit positif a donc peu à peu dégagé et consacré le *principe du contradictoire*, qui « exprime l'essence même de la Justice dans le déroulement du procès »¹³⁰⁷. Ce principe offre, d'une part, la possibilité aux plaideurs d'adapter leur comportement procédural à l'évolution du litige et, d'autre part, permet au juge de ne plus être un acteur passif du procès mais d'intervenir véritablement et de trancher la querelle à l'aide des règles de droit appropriées. De cette façon, le relevé d'office d'un moyen de droit ne sera pas réputé contraire à l'impartialité du juge dès lors qu'il aura invité les parties à présenter leurs observations¹³⁰⁸.

Cet équilibre doit être approuvé. Il suffit, pour s'en convaincre, de relire ce que déplorait

1304 J. Miguet, *op. cit.*, p. 487, n° 396

1305 Y. Abou-Zeid, *op. cit.*, p. 318, n° 378

1306 E. Blanc, « Les principes généraux de la nouvelle procédure civile », JCP G, 1973, I, 2559

1307 H. Motulsky, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », D. 1964, p. 235 et s., in *Écrits, études et notes de procédure civile, op. cit.*, p. 109, n° 12

1308 C.P.C., art. 16 al. 3

Motulsky – qui fut le grand apôtre de l’office du juge¹³⁰⁹ – sous l’empire de l’ancien Code de procédure civile : « *Le procès est la chose des parties ; le juge doit normalement observer une stricte neutralité ; or, cette idée implique la renonciation à la recherche d’une vérité objective (à défaut de pouvoir être absolue) : la crainte de l’immixtion l’emporte sur le souci de vérité.* »¹³¹⁰ On notera que le nouveau Code n’a pas repris le principe de l’immutabilité du litige, désormais largement démenti par le droit positif. Il a au contraire consacré une « *mutabilité contrôlée* »¹³¹¹, le remède s’étant révélé pire que le mal qu’il était censé conjurer. Loin d’empêcher l’allongement du procès, l’immutabilité freinait le règlement du litige, ce qui n’est pas le cas de la contradiction, laquelle n’exigeait que des aménagements procéduraux réalisés par le législateur et la jurisprudence. Bien plus, la valeur du principe du contradictoire se révèle largement supérieure à celle du principe de l’immutabilité du litige¹³¹². Déjà connu dans l’Antiquité et exprimé par l’adage *Audiatur et altera pars* (ou *Audi alteram partem*)¹³¹³, la jurisprudence voyait depuis longtemps en lui un principe de droit naturel¹³¹⁴ et s’est efforcée de le faire respecter¹³¹⁵.

B. L’évolution du litige

263. La nécessité d’admettre une évolution du litige s’impose avec une évidence accrue au stade de l’instance d’appel. L’immutabilité du litige n’est certes pas identique d’une instance à l’autre : les enjeux sont plus forts au second degré, si l’on part du principe que chacun doit pouvoir bénéficier d’un double jugement. Il est cependant impossible de dissocier l’immutabilité en

1309 G. Bolard et F. Motulsky, « Témoignages », *Procédures* 2012, n° 3, dossier 2 : selon une légende, ni confirmée ni démentie par son fils, Motulsky serait mort d’une crise cardiaque en apprenant la parution contre son avis de l’alinéa 3 de l’article 12 du Code de procédure civile disposant que le juge n’avait que la simple faculté de relever d’office une règle de droit.

1310 H. Motulsky, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle. Le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mélanges en l’honneur de Paul Roubier*, t. 2, Droit privé, propriété industrielle, littéraire et artistique, Dalloz-Sirey, 1961, p. 175 et s., et in *Écrits, études et notes de procédure civile*, op. cit., p. 60, spéc. p. 72, n° 16

1311 C. Lefort, *Théorie générale de la voie d’appel*, thèse Angers, 2000, p. 769, n° 915

1312 G. Deharo, « Respect du contradictoire et expertise : revirement de jurisprudence ou opposition entre les chambres ? », *JCP G* 2012, p. 160 : « *De tous les principes fondamentaux qui gouvernent les procédures, le principe du contradictoire est certainement l’un des plus importants.* » – Selon Hébraud, la contradiction « *est une garantie essentielle à la sauvegarde des droits de la défense* ». (RTD civ. 1956, p. 389)

1313 Sénèque, *Médée*, v. 199-200 : « *Qui statuit aliquid parte inaudita altera, aequum licet statuerit, haud aequus fuit.* » – Eschyle, *Les Euménides*, v. 436-442 : « *Pour ta défense, étranger, qu’as-tu à répondre ? Avant tout, dis-moi ta patrie, ta race et les événements de ta vie ; puis, tu repousseras l’accusation, si, toutefois, c’est confiant dans la justice de ta cause que tu as embrassé cette image sur mon autel, suppliant pieux, comme autrefois Ixion. Réponds à tout, afin que je comprenne clairement.* » – V. aussi le procès de saint Paul qui, citoyen romain, a pu bénéficier des garanties du droit romain : « *J’ai répondu que les Romains n’ont pas coutume de faire la faveur de livrer qui que ce soit lorsqu’il est accusé, avant qu’il soit confronté avec ses accusateurs et puisse se défendre du chef d’accusation.* » (Ac 25, 16)

1314 Cass. civ., 7 mai 1828, S. 1828, I, 329 : « *La défense étant un droit naturel, personne ne doit être condamné sans avoir été interpellé et mis en demeure de se défendre.* » – V. aussi M.-A. Frison-Roche, *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse Paris, 1988, LGDJ, p. 1, pour qui le principe du contradictoire est présent dès les premières pages de la Bible, au chapitre 3 du livre de la Genèse.

1315 V. par ex. récemment Cass. civ. 2, 6 juillet 2017, n° 16-18.744, D. actu., 21 juillet 2017, obs. Fraisse

première instance de l'immutabilité en appel. En adoptant une vision grossière du procès, on pourrait facilement imaginer une première instance où serait admise une mutabilité plus ou moins large du litige et une instance d'appel où l'immutabilité du litige retrouverait toute sa rigueur, avec pour seule référence le jugement querellé. La logique qui a présidé à l'élaboration des règles de procédure civile est fort différente : on a en effet considéré que si certains tempéraments, parce qu'ils étaient nécessaires, pouvaient être apportés à l'immutabilité du litige en appel, ces mêmes atténuations devaient *a fortiori* être admises en première instance. Les exceptions au principe ont donc été importées vers la première instance depuis l'instance d'appel. Nous remarquons ici que l'instance d'appel constitue un point de référence dans l'élaboration de certaines normes processuelles. Il faut alors s'interroger sur l'intérêt et la teneur de l'immutabilité du litige – strictement ou largement conçue – devant le deuxième juge.

264. Devant le second degré de juridiction, l'immutabilité du litige trouve une relation de causalité avec la conception traditionnelle de l'appel-voie de réformation : puisque l'office du juge supérieur doit se limiter à un contrôle de la décision rendue par le juge inférieur, rien ne saurait être adjoint par les parties à la cause et, partant, au jugement rendu¹³¹⁶. Le juge d'appel devant à son tour statuer en fait et en droit sur tout ce qui a été tranché par le premier juge, les données de fait et de droit doivent être préservées de toute altération. Le *statu quo* des éléments constitutifs du lien d'instance permettrait de faciliter la tâche du juge d'appel et de limiter la durée de l'instance d'appel. Il n'est pas difficile de réaliser combien une telle exigence est irréaliste. Comment exiger, en effet, que les éléments de fait et de droit soient ainsi conservés à l'identique d'une instance à l'autre ? Le jugement de première instance tranche un litige mais ne grave pas dans le marbre ces réalités qui, parce qu'elles sont humaines, sont nécessairement sujettes à un mouvement. Héraclite l'avait compris, et de même qu'on ne se baigne pas deux fois dans le même fleuve¹³¹⁷, on ne soumet pas deux fois le même litige à la Justice. En définitive, la cristallisation du litige n'apparaît, quoique partiellement, qu'au stade de la cassation, et « *la véritable immutabilité du litige n'a lieu finalement que lorsque la chose jugée devient irrévocable* »¹³¹⁸.

Les faits juridiques surviennent parfois sans accord de volonté ; les données juridiques d'un litige, quant à elles, sont aussi soumises à des modifications, ne serait-ce qu'en raison de l'évolution du droit positif. Au surplus, l'exigence d'une stricte immutabilité du litige en appel ignore la réalité dont ont à connaître nos juridictions civiles. Elle aurait pour conséquence que l'effet dévolutif soit

1316 L. Weiller, *op. cit.*, p. 323, n° 340 : « *La prohibition des prétentions nouvelles en appel se présente aujourd'hui comme l'aspect essentiel du traditionnel principe d'immutabilité du litige.* »

1317 Héraclite. *Traduction et Commentaire des Fragments* (1959), A. Jeannière, éd. Aubier Montaigne, 1985, p. 116

1318 J. Miguet, *op. cit.*, p. 639, n° 575

total, ce qui emporterait une méconnaissance fort dommageable du principe dispositif, ainsi qu'une prohibition absolue des demandes nouvelles. Cette prohibition se présenta longtemps comme un corollaire de l'immutabilité du litige devant la cour d'appel, mais les exceptions déjà admises par le législateur ont été à un tel point étendues par la jurisprudence qu'on ne peut vraiment plus l'ériger en principe du droit judiciaire privé. « *La logique de la réformation voudrait que le litige soit intangible entre le premier et le second degrés de juridiction. Mais, cette immutabilité du litige est très largement une vue de l'esprit, surtout en période d'encombrement des rôles et d'allongement des instances. La complexité de certains litiges interdit même que l'affaire ait pu être appréhendée en totalité et avec exactitude par les premiers juges. Inévitablement, la dévolution du litige à la cour d'appel doit compter avec l'évolution du litige depuis la première instance.* »¹³¹⁹

265. Une approche plus nuancée permettrait de sauvegarder les divers intérêts en jeu dans le respect de la règle classique *In medio virtus* qui exprime la vertu cardinale de prudence. Il s'agirait, par un compromis ne lésant ni les principes de la procédure ni les exigences matérielles de la justice, d'intégrer le principe d'immutabilité du litige au déroulement du procès. Cependant, l'intégration d'une règle de droit dans un système conceptuel plus large suppose souvent une adaptation, quand il ne s'agit pas, avec l'érosion résultant de la pratique, d'une dilution. Puisqu'il n'est pas possible ni souhaitable d'exiger une *identité* du litige d'une instance à l'autre, à tout le moins peut-on exiger une *unité* du litige. Dans cette conception, les faits et le droit demeurent constants mais pas invariables : en vertu d'une « *transformation mesurée* »¹³²⁰, ils restent les mêmes mais pas nécessairement sous le même aspect. De cette façon, le litige pourrait évoluer sur le fondement d'un fil d'Ariane guidant le juge et les parties au milieu du dédale des actes de procédure. Cela répondrait au « *double souci de permettre à la demande initiale de produire tous ses effets et à la cour de tenir compte des éléments nouveaux modifiant la physionomie du litige sans nuire à son unité* »¹³²¹. Encore faut-il dégager et définir le noyau dur du litige au-delà duquel aucune demande ne devrait être autorisée. Ce noyau dur pourrait être ce qui échappe à la volonté des parties. On se contenterait ainsi de neutraliser les facéties des plaideurs et les changements intempestifs dans leur stratégie. Toutefois, chaque partie demeurerait libre de sa conduite processuelle face aux éléments dont elle n'est pas responsable. Cette condition fédère toutes les exceptions à la prohibition des demandes nouvelles énumérées à l'article 564 du Code de procédure civile.

1319 L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, p. 693, n° 841

1320 J. Passa, « La recevabilité en appel des demandes tendant aux mêmes fins dans le procès civil », *Justices*, n° 7, juillet/septembre 1997, p. 105, spéc. p. 106

1321 *Ibid.*, pp. 106-107

SECTION II : LA PROHIBITION DES DEMANDES NOUVELLES

266. Dans un souci de protection du double degré de juridiction, le Code de procédure civile prohibe la formulation de demandes nouvelles dans l'instance d'appel, règle confortée par une jurisprudence constante en matière civile et en matière pénale pour la constitution de partie civile¹³²². Cela reviendrait en effet à faire juger des demandes qui n'ont pas subi l'examen du premier juge et ainsi à priver l'adversaire du bénéfice du double degré. L'intensité de cette interdiction et les moyens de la faire respecter ont évolué dans le temps. Le problème se présente différemment selon qu'on observe la forme ou qu'on s'intéresse au fond.

Le régime procédural des demandes nouvelles a pu apparaître tantôt plus souple tantôt plus restrictif : il s'agit de l'apparence extérieure de la prohibition des demandes nouvelles (§ 1). À l'instar de tout principe, cette règle connaît des exceptions. Au-delà de ses modalités procédurales, c'est donc sur son essence qu'il convient de se pencher pour déterminer sa teneur : il s'agit de l'aspect intérieur de la prohibition des demandes nouvelles (§ 2).

§ 1. Le régime procédural des demandes nouvelles

267. « *L'immutabilité du litige peut, à certains égards, se révéler comme un principe incantatoire étant donné que la prohibition des demandes nouvelles en appel qui en découle n'est pas un principe d'ordre public.* »¹³²³ Certes, le régime procédural a subi quelques modifications avec le décret du 9 décembre 2009¹³²⁴. Le renforcement des pouvoirs que cette réforme a opéré au profit du juge a « *pu faire dire, un peu rapidement, que désormais la prohibition des demandes nouvelles était d'ordre public* »¹³²⁵. Ce qui en réalité a changé n'est pas le degré d'intensité ni la nature de la règle de droit, mais les modalités par lesquelles il s'agit de la faire respecter.

Initialement, la Cour de cassation avait adopté un raisonnement faisant peu cas du droit privé et de la procédure civile, en analysant la prohibition des demandes nouvelles sous l'angle de l'organisation judiciaire, les règles légales de compétence juridictionnelle étant, pour la plupart, d'ordre public¹³²⁶. D'anciens arrêts ont ainsi décidé que la violation de la règle du double degré de

1322 Cass. crim., 25 juin 1937, S. 1939, I, 113, note Hugueney ; DP 1938, I, 48, note Leloir ; RSC 1937, p. 707, obs. Carrive – Cass. crim., 29 mars 2017, n° 15.86-434, D. 2017, p. 763

1323 P.-L. Baganina, *op. cit.*, p. 8, n° 24

1324 Décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009 relatif à la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile

1325 R. Perrot, note sous Cass. civ. 2, 10 janvier 2013, n° 12-11.667, Procédures 2013, comm. 62

1326 A. Tissier, note sous Cass. civ., 12 mars 1889, S. 1891, I, 513 : « *La règle du double degré de juridiction est une règle d'organisation judiciaire qui rentre dans le droit public. Cela suffit pour la mettre au-dessus des conventions*

juridiction portait atteinte à un principe d'ordre public de l'organisation judiciaire¹³²⁷. Quelques décennies plus tard, la Chambre sociale formulait une définition plus exacte en précisant que le caractère d'ordre public du double degré devait être compris en termes d'incompétence absolue de la juridiction supérieure si le plaideur l'avait saisie directement¹³²⁸. L'idée, il est vrai, n'avait rien d'extraordinaire et n'était pas novatrice¹³²⁹. Entre-temps, la doctrine de la Cour de cassation avait largement évolué quant à l'application pratique de la prohibition des demandes nouvelles qu'elle exigeait des juges du fond.

268. Une jurisprudence constante¹³³⁰, qui ne fut brisée que par le décret de 2009, estimait que l'irrecevabilité des demandes nouvelles en appel n'étant pas un principe d'ordre public, le juge n'avait pas à la relever d'office. Bien plus, elle lui en faisait l'interdiction, et les arrêts par lesquels les cours d'appels déclaraient d'office une demande irrecevable comme nouvelle étaient cassés pour violation des articles 125 et 565 du Code de procédure civile¹³³¹. La juridiction régulatrice ne semblait pas animée d'une particulière diligence pour faire respecter le principe du double degré. Cette mission était abandonnée aux plaideurs puisque, après tout, ledit principe est moins au service du juge que des parties et qu'il protège de simples intérêts privés.

Ainsi, la fin de non-recevoir tirée de la nouveauté de la demande en appel devait être soulevée par la partie qui s'en prévalait¹³³². Cette partie devait formellement conclure en ce sens¹³³³ ou, au moins, exprimer explicitement son désaccord¹³³⁴, fût-ce lors de l'audience des plaidoiries¹³³⁵. Il n'était pas moins interdit au juge de venir au secours d'un plaideur ayant conclu tardivement à la violation du double degré de juridiction¹³³⁶. La sévérité était telle que si le moyen n'était pas soulevé

des parties. »

1327 Cass. civ., 29 mars 1850, S. 1850, I, 436 – Cass. civ., 22 décembre 1880, S. 1882, I, 367 : « *Attendu que le maintien des juridictions est d'ordre public, qu'il ne peut dépendre de la volonté des parties de confier à une cour d'appel des pouvoirs et une compétence qui ne résultent pas de la loi.* » – Cass. civ., 16 mai 1900, S. 1901, I, 284 – Cass. civ., 29 novembre 1904, S. 1905, I, 96

1328 Cass. soc., 3 février 1972, n° 70-40.548 : dans cette espèce, la cour d'appel s'était crue à tort toujours saisie et s'était ainsi prononcée sur une demande présentée directement à elle, sans que la juridiction prud'homale de première instance n'ait statué.

1329 V. Cass. civ., 12 mars 1889, S. 1891, I, 513 – Cass. civ., 16 mai 1900, DP 1900, I, 335 – Cass. civ., 29 novembre 1904, DP 1905, I, 252 – Cass. civ., 31 octobre 1910, DP 1911, I, 342 – Cass. civ., 8 mai 1922, DP 1923, I, 13 – Cass. civ., 25 juin 1930, S. 1930, I, 352

1330 Cass. req. 18 avril 1947, D. 1947, p. 283 ; Gaz. Pal. 1947, I, p. 227 – Cass. civ., 31 janvier 1951, D. 1951, p. 33 – Cass. soc., 14 décembre 1966, Bull. civ. IV, n° 939 – Cass. civ. 1, 13 mars 1967, Bull. civ. I, n° 96 – Cass. civ. 3, 21 février 1978, Bull. civ. III, n° 87 – Cass. civ. 3, 22 février 1989, Bull. civ. III, n° 40 – Cass. civ. 2, 12 octobre 2003, n° 04-11.561, Dr. et proc. 2007, p. 84, obs. Lefort – Cass. civ. 2, 22 octobre 2009, n° 08-20793

1331 Cass. civ. 3, 22 février 1989, n° 87-15.704 – Cass. civ. 2, 20 janvier 2005, n° 03-13.468, JCP G 2005, IV, 1400 – Cass. com., 4 mars 1993, n° 91-15.144.

1332 Cass. civ., 17 avril 1926, S. 1926, I, 136 – Cass. civ. 2, 1^{er} juillet 1966, Bull. civ. II, n° 726 – Cass. soc., 7 avril 1967, Bull. civ. IV, n° 269 – Cass. civ. 1, 16 juillet 1971, JCP 1971, IV, 197

1333 Cass. com., 11 octobre 1965, Bull. civ. III, n° 468

1334 Cass. soc., 11 juillet 1958, Bull. civ. IV, p. 682

1335 Cass. civ. 1, 3 février 1960, Bull. civ. I, n° 60

1336 Cass. civ. 1, 25 octobre 1972, Bull. civ. I, n° 217

devant la cour d'appel, il ne pouvait plus l'être devant la cour de renvoi après la cassation¹³³⁷, ce qui a de quoi étonner quand on sait que l'instance de renvoi est l'instance d'appel¹³³⁸. De même – mais ici la règle n'est pas choquante ni spécifique au cas qui nous intéresse – l'irrecevabilité ne pouvait et ne peut toujours pas être soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation¹³³⁹.

269. La jurisprudence considérait l'irrecevabilité de la demande nouvelle couverte par la défense au fond¹³⁴⁰, si bien que le juge d'appel ne pouvait refuser de statuer à son sujet si la partie adverse ne soulevait pas la fin de non-recevoir. Le caractère d'ordre public du double degré était affirmé, mais uniquement dans un souci de protection des plaideurs, ces derniers pouvant y renoncer¹³⁴¹. La cour d'appel de Lyon avait certes tenté d'enrayer la violation du double degré en affirmant que « *le juge d'appel ne peut connaître d'une contestation qui n'a pas été portée devant le juge du premier degré à moins qu'il n'en soit saisi par un accord formel et exprès des parties* »¹³⁴². Il est vrai que la violation du double degré est moins intense lorsque le juge statue en appel sur un litige dont les contours ont été agrandis par les parties elles-mêmes. « *Il y a là incontestablement un facteur d'évolution du litige qui ne doit pas être négligé car l'accord des parties peut entraîner que le litige prendra une physionomie complètement nouvelle en cours d'instance et même en appel.* »¹³⁴³ Cette tentative de protection de la partie négligente se heurtait cependant à la jurisprudence de la Cour de cassation qui ne faisait pas preuve du même souci et n'exigeait aucun accord exprès, ce qui revenait à dire que la volonté était présumée et l'acceptation tacite. S'agissant cependant d'une fin de non-recevoir et non d'une exception de procédure, le moyen tiré de la nouveauté de la prétention pouvait être soulevé en tout état de cause et pas seulement *in limine litis*¹³⁴⁴. En observant l'état du droit à cette époque, on s'aperçoit que l'immutabilité du litige était déjà réduite à un tigre de papier et que, peu à peu, la conception d'un appel-voie d'achèvement poignait à l'horizon du droit judiciaire.

1337 Cass. soc., 15 décembre 1960, Bull. civ. IV, n° 923 – Cass. civ. 2, 27 avril 1977, Bull. civ. II, n° 108 – Cass. civ. 3, 10 juin 1998, n° 96-12.452

1338 Cass. civ. 2, 26 octobre 1962, D. 1963, somm., p. 36

1339 Cass. civ., 31 janvier 1951, Bull. civ. I, n° 43, JCP G 1951, IV, 49 – Cass. com., 9 février 1966, Bull. civ. III, n° 83 – Cass. civ. 1, 13 mars 1967, Bull. civ. I, n° 95 – Cass. civ. 1, 24 juillet 1973, Bull. civ. I, n° 252, JCP G 1973, IV, 333 – Cass. civ. 2, 27 avril 1977, Bull. civ. II, n° 108 – Cass. civ. 3, 17 mai 1977, Bull. civ. III, n° 216, D. 1977, inf. rap., p. 471

1340 Cass. civ., 11 mai 1921 : « *Rien n'empêchait donc les parties qui en étaient d'accord de s'entendre sur la formulation de nouvelles prétentions en appel.* » – Cass. com., 9 avril 1976, Bull. civ. IV, n° 112

1341 Cass. civ. 1, 16 juillet 1971, JCP 1971, p. 197 : « *La règle du double degré de juridiction n'intéresse l'ordre public qu'en ce sens que nul ne peut être privé, malgré lui, du droit qui en découle.* » – Cass. civ. 3, 24 juin 1971, JCP 1971, p. 186 : « *La règle du double degré de juridiction ne constitue pour tout plaideur une garantie qui relève de l'ordre public que s'il a refusé en cause d'appel de participer au fond du débat.* »

1342 Lyon, 6 décembre 1954, Mond. Jud. Lyon, 23 décembre 1955 – Lyon, 16 novembre 1953, Mond. Jud. Lyon, 8 octobre 1954

1343 J. Miguët, *op. cit.*, p. 70, n° 62

1344 Cass. civ. 2, 24 janvier 2008, n° 07-15.433, Procédures 2008, comm. 103, Perrot

270. Cette solution trouvait une explication, sinon satisfaisante, du moins cohérente, dans une analyse contractuelle de l'instance¹³⁴⁵. Si l'instance est assimilable à un contrat judiciaire, il est loisible aux parties de renoncer, par le *mutuus consensus* précédemment évoqué, au double degré de juridiction sur certains points du litige. Une telle considération participait largement de la vision du procès comme *chose des parties*. En allant jusqu'au bout, s'il était permis de s'accorder sur une renonciation au double degré de juridiction pour certains éléments du litige, on ne voit pas ce qui empêchait les plaideurs de porter directement la cause dans sa totalité devant la juridiction supérieure, pour peu qu'elles y trouvent un avantage commun. La question se posera toujours de savoir si le droit doit protéger les personnes contre leurs propres errements.

Cette théorie, non seulement faisait peser un poids trop lourd sur les épaules des parties, mais encore ne prenait nullement en compte l'omission involontaire qui, si elle n'est assurément pas un droit, doit parfois être excusée et souvent tolérée. La moindre négligence se voyait alors infliger une sanction draconienne par son assimilation péremptoire à une volonté lourdement affirmée, étant donné que « *pour des raisons de preuve, le droit est souvent obligé de ne retenir qu'une conception anthropologiquement pauvre, voire indigente, du consentement* »¹³⁴⁶. Dans une conception très libérale de l'autonomie de la volonté, on avait cru naturel de sacrifier le double degré sur l'autel du principe dispositif unilatéralement accentué, tout en oubliant que le principe dispositif, pour ne pas se retourner contre les parties dont il est censé être l'instrument, exige plus qu'une présomption irréfragable de volonté.

Le laxisme admis, voire entretenu, par la Cour de cassation faisait l'objet de vives critiques de la part de la doctrine. Ainsi pouvait-on lire en 1970 qu'« *il n'est pas certain que cette pratique soit conforme à une bonne administration de la justice, ni même à l'intérêt des plaideurs. Il est bon qu'une affaire soit vue deux fois par des yeux différents. Par ailleurs les plaideurs, qui acceptent difficilement une première défaite, sont beaucoup plus tentés de former des pourvois en cassation ; la règle de double degré de juridiction est bien ancrée dans les mœurs* »¹³⁴⁷. Il fallait ajouter à cela de nombreuses considérations d'ordre pratique, ne serait-ce que la multiplication des mesures d'instruction visant à offrir aux juges d'appel un aperçu de questions dont les juges du premier degré n'avaient pas eu à connaître. Le droit prétorien admettait donc que la violation du double degré de juridiction – et de la prohibition des demandes nouvelles qui n'en est que la conséquence – ne constituait pas une atteinte à l'ordre public procédural.

271. D'aucuns ont pu croire à une modification profonde du droit positif par suite de la nouvelle

1345 Cass. civ. 1, 30 mai 1963, Bull. civ. I, n° 290 – V. aussi Cass. civ., 29 décembre 1921, DP 1925, I, 166

1346 M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, p. 90

1347 J. Viatte, note sous Cass. civ. 2, 15 avril 1970, JCP G 1970, II, 16487

rédaction de l'article 564 du Code de procédure civile issue du décret du 9 décembre 2009. La règle de la prohibition des demandes nouvelles s'est vue adjoindre une sanction plus stricte par la formule « *à peine d'irrecevabilité relevée d'office* », ce qui avait été préconisé par le rapport Coulon¹³⁴⁸ et par certains auteurs¹³⁴⁹. Malheureusement, et au grand regret de la doctrine processualiste, le texte ainsi complété se révélait toujours incomplet. Il n'indiquait pas si le juge devait ou seulement pouvait relever d'office la fin de non-recevoir, alors qu'il aurait suffi d'un renvoi à l'article 125 ou d'une modification de ce dernier comme cela avait été le cas pour le défaut de qualité et l'autorité de la chose jugée¹³⁵⁰. Tandis que le second alinéa de l'article 125 concerne le relevé d'office facultatif, le premier réserve le cas du relevé d'office impératif en raison du caractère d'ordre public de la fin de non-recevoir. L'adverbe « *notamment* » dans le premier alinéa ajoute à la confusion, puisqu'on sait que les énumérations suivant ce terme ne constituent pas une liste exhaustive et, partant, n'épuisent pas tous les cas de figure prévisibles. Les fins de non-recevoir sont nombreuses et en partie d'origine prétorienne¹³⁵¹. Peut-être est-ce en raison de cette lacune qu'un magistrat a pu parler de « *l'obligation pour le juge de relever d'office l'irrecevabilité des demandes nouvelles* »¹³⁵², comme c'est le cas en droit italien¹³⁵³.

D'autres avaient raisonné par analogie, en observant ce qui se faisait dans la procédure de saisie immobilière. L'article 6 du décret du 27 juillet 2006¹³⁵⁴ disposait, jusqu'à l'abrogation de ce texte¹³⁵⁵, qu'« *à peine d'irrecevabilité prononcée d'office, aucune contestation ni aucune demande incidente ne peut, sauf disposition contraire, être formée après l'audience d'orientation* ». La Cour de cassation y avait vu une fin de non-recevoir d'ordre public¹³⁵⁶, imposant au juge une obligation, solution peut-être transposable à la question des demandes nouvelles. Pourtant, il n'allait pas de soi que ce caractère tînt à la seule formule employée par le texte, et non à d'autres éléments relatifs au droit substantiel. On ne saurait en effet se prononcer sur la portée des règles de procédure sans tenir compte des droits dont elles permettent la réalisation, *a fortiori* lorsqu'il s'agit de procédures

1348 J.-M. Coulon, *op. cit.*, p. 84, qui suggère le relevé d'office des demandes nouvelles en appel ainsi que des demandes reconventionnelles ne se rattachant pas aux prétentions originaires par un lien suffisant.

1349 V. par ex. L. Weiller, « Immutabilité ou évolution du litige en appel », note sous Aix-en-Provence, 16 mai 2002, Bull. Aix 2002-2, note 11, p. 151 : « *En réalité, si la conception de l'appel - voie d'achèvement peut paraître trop généreuse à certains, c'est sans doute sur une possibilité pour le magistrat de relever d'office l'irrecevabilité des nouvelles prétentions qu'il faudrait s'interroger.* »

1350 Décret n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile, art. 3

1351 V. par ex. Cass. mixte, 14 février 2003, n° 00-19423, 00-19424 : la clause contractuelle imposant une procédure de conciliation préalable à toute saisine du juge constituait une fin de non-recevoir.

1352 M. Zavarro, *La réforme de la procédure civile devant la cour d'appel*, Edilait, 2011, p. 14, n° 16

1353 G. Tarzia, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Giuffrè, 1991, n° 61

1354 Décret n° 2006-936 du 27 juillet 2006 relatif aux procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble

1355 Abrogation par le décret n° 2012-783 du 30 mai 2012 relatif à la partie réglementaire du code des procédures civiles d'exécution

1356 Cass. civ. 2, 14 octobre 2010, n° 09-69.580

spéciales.

272. Puisque l'irrecevabilité d'une demande nouvelle en cause d'appel obéit au régime général des fins de non-recevoir, il suffisait sans doute de se référer au droit commun pour déterminer l'étendue de la sanction en se rappelant la maxime *Ubi lex non distinguit*. Madame Douchy-Oudot fait remarquer que « *l'absence d'obligation qui est faite au juge de soulever l'irrecevabilité de la demande nouvelle* »¹³⁵⁷ classe cette fin de non-recevoir dans la catégorie des facultés et, fatalement, l'exclut de la catégorie des obligations. Il est courant – et, en tout cas, souhaitable – que le texte prévoyant un relevé d'office précise s'il s'agit pour le juge d'une faculté ou d'une obligation. Autrement, il est difficile de le savoir avec certitude, et « *rien n'est pire en matière procédurale que l'incertitude* »¹³⁵⁸. L'attribution d'un caractère d'ordre public ou d'intérêt privé à un relevé d'office au sujet duquel le texte est avare de précisions résulterait souvent d'un choix arbitraire des juges du fond, ce qui engendrerait une disparité de solutions juridiques d'une cour d'appel à l'autre, dans l'attente de l'interprétation autorisée de la Cour de cassation. En effet, le relevé d'office est en lui-même neutre au regard de l'ordre public. Lorsque nous voulons savoir si un moyen est d'ordre public, nous examinons l'office du juge : si le texte impose une obligation, nous en déduisons que le moyen appartient à cette catégorie ; mais s'il ne prévoit qu'une faculté, nous parvenons logiquement à la conclusion inverse. Alors que la qualification est censée déterminer le régime, on doit ici observer le régime pour connaître la qualification.

En l'occurrence, les articles 125 et 564 ne contenaient que peu d'indices. On pouvait alors raisonnablement imaginer que le droit positif élaboré par la jurisprudence allait se maintenir sur ce point au moins, à savoir l'absence du caractère d'ordre public de la fin de non-recevoir tirée de la nouveauté d'une demande en appel. Il était peu envisageable de passer aussi brusquement d'une extrême à l'autre : naguère, et pendant très longtemps, la cassation systématique d'arrêts qui avaient suppléé au silence d'une partie pour faire respecter le double degré de juridiction ; aujourd'hui, et pour longtemps sans doute, la cassation non moins systématique d'arrêts qui n'avaient pas cru devoir protéger ce même principe. Les chances étaient, de ce fait, plus nombreuses que le relevé d'office de l'article 564 continuât d'être exclu de la catégorie des fins de non-recevoir d'ordre public.

273. Cette vive discussion doctrinale a été tranchée par un arrêt de la troisième Chambre civile en date du 22 novembre 2011¹³⁵⁹, curieusement non publié au bulletin, ce qui eût pourtant été utile à la

1357 M. Douchy-Oudot, note sous Cass. civ. 2, 10 janvier 2013, Dr. et proc., mai 2013, p. 109

1358 N. de Puybusque, « Jugements “préparatoires”, appel et autorité de chose jugée », Gaz. Pal. 1986, doctr., p. 133

1359 Cass. civ. 3, 22 novembre 2011, n° 10-28.206

doctrine processualiste. Dans cette affaire concernant une dispute entre propriétaires de fonds jouxtant une cour commune, la Cour de cassation déclarait, au visa des articles 125 et 564 du Code de procédure civile, par un attendu de principe « *que les juges du second degré ne peuvent relever d'office l'irrecevabilité d'une demande présentée pour la première fois en cause d'appel* ». Elle ajoutait que « *cette fin de non-recevoir (...) n'est pas d'ordre public* ». La solution peut surprendre : affirmer qu'une fin de non-recevoir n'est pas d'ordre public permet de conclure à une faculté et non à une obligation, mais ne signifie pas que le relevé d'office doit encore faire l'objet d'une interdiction, dans la mesure où le décret du 9 décembre 2009 le permettait expressément. Cela s'explique, apparemment, par la date à laquelle a été rendu l'arrêt de la cour d'appel, antérieure à la date d'entrée en vigueur du décret. La Cour de cassation, pour des raisons de droit transitoire, maintient temporairement son ancienne jurisprudence, tout en fournissant une précision quant à l'application des nouvelles dispositions.

La solution a été réitérée par la deuxième Chambre civile dans un arrêt du 10 janvier 2013¹³⁶⁰. En l'espèce, la victime d'un accident avait obtenu la condamnation d'une compagnie d'assurance à la réparation de préjudices résultant de la prise en charge tardive du sinistre, avant d'interjeter un appel limité au montant des indemnités. Elle réclamait également devant la juridiction supérieure le versement d'une rente d'invalidité assortie des intérêts au taux légal, demande à laquelle la cour d'appel de Nîmes avait fait droit. La compagnie d'assurance, qui n'avait pas soulevé l'irrecevabilité de cette prétention nouvelle, faisait grief à l'arrêt de ne pas avoir relevé d'office la fin de non-recevoir. La deuxième Chambre civile cassait l'arrêt pour des considérations afférentes au fond du droit, mais déclarait infondé le moyen relatif à la question procédurale en jugeant que « *l'article 564 du Code de procédure civile, en sa rédaction, issue du décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009, ne confère au juge que la simple faculté de relever d'office la fin de non-recevoir tirée de la nouveauté d'une demande en appel, qui n'est pas d'ordre public* ».

274. En définitive, le régime procédural des demandes nouvelles n'a que peu évolué depuis la réforme de 2009 : la faculté est simplement reconnue au juge de relever d'office la fin de non-recevoir. Conformément à l'article 564 du Code de procédure civile, la Haute juridiction ne pourra plus lui reprocher cette diligence, pas plus qu'elle ne lui reprochera d'avoir omis d'user de cette prérogative. Elle demeure donc, dans les limites fixées par la nouvelle rédaction du texte, fidèle à sa position traditionnelle, qui n'admet pas qu'une partie fasse grief au juge de n'avoir pas suppléé à ses propres négligences. La solution inverse eût été imprudente, car elle aurait probablement

1360 Cass. civ. 2, 10 janvier 2013, n° 12-11.667, D. 2013, actu., p. 182 ; D. 2013, p. 2058, obs. Leroy-Gissinger et Renault-Malignac ; Procédures 2013, n° 62, note Perrot ; Dr. et proc. 2013, p. 109, note Douchy-Oudot.

conduit à submerger la Cour de cassation de pourvois fondés sur la méconnaissance de son office par le juge.

Cela conduit à reconsidérer le contenu de l'office du juge : prenant acte de ce « *qu'il n'est pas de prérogative sans devoir correspondant* »¹³⁶¹ et qu'il revient au juge de *dire le droit*, Motulsky en conclut « *que ce devoir existe toujours et non pas seulement quand l'ordre public est en jeu* »¹³⁶². Fondamentalement, cela revient à affirmer que la norme juridique doit être appliquée par le juge non pas parce qu'elle est d'ordre public – la plupart du temps elle ne l'est pas – mais parce qu'elle est une règle de droit. Il s'agit d' « *une vérité à la fois certaine et méconnue : le juge doit recourir d'office à la norme objectivement applicable parce que tel est son office* »¹³⁶³. Il « *est tenu d'appliquer spontanément la loi parce qu'elle est la loi, et non pas parce qu'elle est d'ordre public* »¹³⁶⁴. En témoigne l'étymologie, puisque le mot latin *judex* est la contraction de *jus* et *dicere*. Une lecture rigoureuse de l'article 12 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile ne conduirait pas à une solution inverse sauf, éventuellement, à considérer que le texte concerne les règles applicables au litige (c'est-à-dire au droit substantiel) et non au procès (c'est-à-dire au droit processuel). Or, il est malaisé de scinder en deux compartiments étanches les règles de droit substantiel et les règles de procédure, de même que l'enchevêtrement du droit substantiel et du droit international privé continue d'interroger la doctrine en matière de conflits de lois et de conflits de systèmes.

275. Depuis quelques années, la procédure civile s'inscrit dans une mentalité diamétralement opposée à celle préconisée par Motulsky. Les réformes successives inventent toujours de nouveaux procédés visant à accélérer le cours de la justice, parfois au prix de charges plus lourdes imposées aux parties et à leurs conseils, voire à leur détriment. C'est le cas – exemple topique – des conclusions dites récapitulatives¹³⁶⁵, initialement prévues pour la procédure d'appel puis importées en première instance¹³⁶⁶. C'est oublier que « *la quête de la bonne justice ne saurait se limiter à la collecte aveugle de toutes les nouveautés procédurales, si belles et si séduisantes soient-elles* »¹³⁶⁷. La possibilité de relever d'office la fin de non-recevoir de l'article 564 dénote que « *le respect du principe dispositif n'est pas au cœur des réformes récentes et à venir de la procédure* »¹³⁶⁸. Sont

1361 H. Motulsky, « L'office du juge et la loi étrangère », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, t. 1, p. 337, spéc. p. 339, n° 3

1362 *Ibid.*, p. 342, n° 8

1363 H. Motulsky, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », D. 1964, p. 235 et s., in *Écrits, études et notes de procédure civile*, op. cit., p. 101, spéc. p. 120, n° 25

1364 *Ibid.*

1365 C.P.C., art. 753 al. 2 et art. 954 al. 2

1366 Le décret n° 85-1330 du 17 décembre 1985 a institué cette exigence devant la cour d'appel. Le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 a étendu cette obligation à la première instance.

1367 J. Andriantsimbazovina, « Bien lus, bien compris, mais est-ce bien raisonnable ? Toujours à propos du droit à un procès équitable et du "ministère public" », D. 2004, p. 886

1368 Y.-M. Serinet, « La sanction par l'irrecevabilité des demandes nouvelles en appel », JCP 2010, doctr., p. 545, n° 19

octroyés au juge de plus larges pouvoirs, doublés d'une plus grande latitude de s'en servir ou pas. C'est faire peu cas de la partie contre laquelle est formée la demande nouvelle : il aurait mieux valu, comme le faisait l'ancienne jurisprudence, laisser aux colitigants le soin de soulever l'irrecevabilité ou de s'entendre pour la couvrir par une défense au fond¹³⁶⁹.

La simple prérogative accordée au juge ne peut donc que faire l'objet d'une utilisation à géométrie variable, en fonction de la jurisprudence locale en vigueur dans chaque ressort et, surtout, de considérations extrêmement pragmatiques telles que l'encombrement des rôles ou le déficit de personnel judiciaire. Il n'est pas extravagant d'imaginer que les juges pèsent le pour et le contre en se livrant au raisonnement suivant : soit la demande nouvelle n'est pas d'une complexité telle qu'elle puisse alourdir exagérément la marche du procès et le relevé d'office n'est pas nécessaire ; soit elle l'est, et il est salutaire de mettre à exécution la sanction de l'article 564. Dans ce dernier cas, le risque d'allongement de la procédure n'est pourtant pas écarté : l'article 16 alinéa 3 du Code de procédure civile impose au juge de provoquer les observations des parties pour faire respecter le principe de la contradiction. « *Il y aura là ralentissement de l'instance à l'opposé de la dynamique que le décret veut créer* »¹³⁷⁰ puisqu'il faudra rouvrir les débats, ce qui risque paradoxalement de faire perdre le temps qu'on souhaitait économiser.

276. De façon pragmatique, et avec des arguments crédibles d'un côté comme de l'autre, la doctrine porte un regard diversifié sur la question. Monsieur Gerbay s'inquiète de ce que « *certes, la réouverture des débats n'implique pas nécessairement un renvoi à la mise en état ni le rabat de la clôture mais au minimum une nouvelle fixation de l'affaire et un encombrement corrélatif du rôle tandis que certaines prétentions peuvent être jugées et pas d'autres, ce qui conduit à un "saucissonnage" du dossier* »¹³⁷¹. À cette objection, Monsieur Serinet répond que « *cela n'a cependant rien d'obligatoire car on ne voit pas ce qui interdirait à une cour d'appel diligente de déceler la nouveauté d'une prétention lors de l'échange des écritures ou au moment des débats oraux devant elle et de provoquer, à cette occasion, une discussion contradictoire sur leur recevabilité* »¹³⁷². Pour Madame Amrani-Mekki, cette mesure est symbolique mais peu efficace¹³⁷³.

1369 V. en ce sens, F. Ferrand, *op. cit.*, « Appel », n° 1033 : « *Cette dernière modification peut être critiquée car, finalement, si les parties, tacitement ou expressément, se révèlent d'accord pour débattre de prétentions nouvelles, ce qui évitera un nouveau procès, pourquoi donner au juge le pouvoir de les en priver ?* »

1370 J. Villacèque, « Le nouveau procès civil devant la cour d'appel : la technique des hommes, paradoxes d'une réforme », D. 2010, p. 663

1371 Ph. Gerbay, « La réforme de la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile », Gaz. Pal. 10-12 janvier 2010, n° 12, p. 12

1372 Y.-M. Serinet, *loc. cit.*

1373 S. Amrani-Mekki, « Les métamorphoses de l'appel. Le décret Magendie, un espoir déçu ? », Gaz. Pal. 31 juillet 2014, n° 212, p. 30 : « *Symbolique car cela sous-tend que l'instance n'est pas qu'à la libre disposition des parties, elle implique aussi le service public de la justice. Peu efficace en revanche, car il est peu probable que les juges se risquent à invoquer la nouveauté des demandes à moins quelle soit flagrante, la liste des exceptions étant*

Plus largement, c'est l'impératif de justice qui doit être souligné. Aussi faut-il approuver la solution de la Cour de cassation, car la fin de non-recevoir emporte toujours un risque de déni de justice¹³⁷⁴. Il est plus prudent de s'en remettre à l'appréciation du juge qui, au regard de la cause, évaluera la nécessité de déclarer une prétention irrecevable comme nouvelle¹³⁷⁵. Pour ce faire, il faut distinguer les demandes nouvelles des demandes « *radicalement nouvelles* »¹³⁷⁶ qui seules devraient être censurées. Le mécanisme pourrait être complété par l'exigence d'un lien suffisant, comme cela se fait pour les demandes reconventionnelles.

Le décret du 9 décembre 2009 donne l'impression d'un retour à un appel voie de réformation par un encadrement plus strict des demandes nouvelles en appel. Cela peut sembler paradoxal quand on sait que la jurisprudence rendue à l'époque où l'immutabilité du litige était encore en vigueur laissait aux parties le loisir de s'accorder sur la formulation de telles demandes. Cette apparente contradiction pourrait être dépassée si l'on considère que les réformes récentes s'inscrivent dans un courant de renforcement des instruments de police procédurale, alors même que les pouvoirs du juge se rétrécissent au regard du droit substantiel.

§ 2. *La prohibition des demandes nouvelles au regard du fond*

277. Les demandes nouvelles ne peuvent être examinées par le juge d'appel. Il n'y a cependant aucune nouveauté dans la modification en appel d'une demande qui tend aux mêmes fins que celle formulée en première instance. L'examen de la jurisprudence révèle que la notion de fins est largement factuelle et n'a donc fait l'objet d'aucune unification (A). La doctrine a néanmoins tenté de dégager des critères juridiques d'identification de ces fins matérielles (B). L'absence de régulation offre aux plaideurs une certaine latitude dans l'invocation des règles de droit, pour peu que le résultat recherché soit identique en fait (C).

suffisamment importante. »

1374 V. C. Bléry, « Principe de concentration des moyens : nouvelle pierre à l'édifice », note sous Cass. civ. 1, 24 septembre 2009, n° 08-10.517, JCP G 2009, p. 326, pour qui la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée telle qu'elle a été dessinée par l'arrêt *Cesareo* « conduit parfois à un déni de justice ».

1375 N. Cayrol, « Fin de non-recevoir. Interdiction de se contredire au détriment d'autrui. », note sous Cass. civ. 1, 24 septembre 2014, n° 13-14.534, RTD civ. 2015, p. 452 : « *Dénier à un plaideur le droit d'être entendu sur le fond de ses prétentions est grave. Les fins de non-recevoir sont des armes lourdes, qu'il convient de manier avec circonspection.* »

1376 J.-L. Gillet, « Le second degré de juridiction en matière civile sa place et sa portée », Gaz. Pal. 1996, p. 996

A. La détermination difficile des fins de la prétention

278. L'article 564 du Code de procédure civile dispose que « *les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions* ». Cette règle néanmoins n'est pas absolue car elle est assortie d'exceptions¹³⁷⁷. Avant d'aborder plus en détail ces tempéraments, une précision linguistique s'impose : les prétentions nouvelles sont prohibées, et non les demandes nouvelles¹³⁷⁸. La demande, avons-nous dit, est l'enveloppe processuelle de la prétention, cette dernière étant entendue comme la sollicitation devant un juge de la reconnaissance d'un droit ou, au bas mot, de l'obtention d'un avantage matériel. Il s'ensuit que les demandes nouvelles peuvent être admises en appel à condition de recouvrir des prétentions identiques à celles formulées en première instance. Si la prétention nouvelle est proscrite alors que la demande nouvelle ne l'est pas, c'est que le législateur a entendu faire primer le litige sur le procès. Il y a là un logique parallélisme des formes, car la prétention est à la demande ce que le litige est au procès. Dans le souci d'une bonne justice, ce qui compte n'est pas tant la perfection de la procédure que la prise en compte de la situation litigieuse qu'elle est appelée à résoudre. Le litige est donc tranché dans tous ses éléments de fait et de droit grâce à un assouplissement du procès. Cela est heureux, dans la mesure où les atteintes à certains principes processuels – dont le double degré – sont organisées par les textes dans des limites acceptables et assorties de sanctions efficaces. La forme est au service du fond car « *le culte de la forme n'est jamais le signe d'une bonne solution, même lorsque le juge en est le grand prêtre* »¹³⁷⁹.

279. L'article 565 du Code de procédure civile, qui donne une définition négative de la nouveauté des prétentions, a fait couler beaucoup d'encre¹³⁸⁰. De cette définition négative, on peut déduire *a*

1377 J. Vincent et Me du Rusquec, « Les effets de l'appel quant à l'objet du litige », in Chambre nationale des avoués, Journées des 29 et 30 octobre 1973, Dijon, Gaz. Pal. 1974, I, doct. 393, spéc. p. 403 : « *L'interdiction de soumettre à la cour de nouvelles prétentions contenue dans l'art. 107 [du décret n° 72-788 du 28 août 1972] se présente ainsi comme la pierre angulaire de toutes les dispositions réglementant la procédure d'appel. Or, elle n'est qu'un des aspects législatifs de la règle du double degré de juridiction dont elle a pour mission d'assurer la protection. La lecture des différents textes, aussi bien que la place occupée par l'art. 107, permettent d'affirmer que la prohibition des demandes nouvelles demeure la règle et que les possibilités de l'enfreindre sont l'exception. Le législateur a en effet pris la précaution d'indiquer ces exceptions : opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses, faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers ou de la révélation d'un fait.* » – J. Passa, *op. cit.*, pp. 105-106 : « *L'idée s'est fait jour que la règle de l'interdiction des prétentions exprimées pour la première fois au second degré était trop sévère et qu'il fallait plutôt profiter de l'instance d'appel pour tenter de vider définitivement la querelle. (...) Il a donc fallu trouver un compromis. Celui-ci a été réalisé par les articles 564 à 567 du NCPC, qui autorisent en appel une transformation mesurée du cadre du procès fixé en première instance.* »

1378 Cass. civ. 2, 15 juin 1982, n° 81-10.509 : la faculté donnée aux parties par l'article 565 du Code de procédure civile, de soumettre aux juges d'appel des demandes tendant aux mêmes fins que celles soumises aux premiers juges, implique qu'une demande ait été formée devant la juridiction du premier degré. Encourt la cassation, l'arrêt qui déclare recevable en appel une demande de dommages et intérêts formée par une partie contre celui qu'elle a mis en cause en première instance sans avoir formé aucune demande contre lui.

1379 R. Perrot, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », RTD civ. 1978, p. 738 – H. Croze, « Le progrès technique de la procédure civile », JCP G 2009, I, 108 : « *Il ne faut pas perdre de vue qu'un procédé ou une procédure n'est qu'un moyen au service d'une fin.* »

1380 L. Weiller, *thèse précit.*, p. 333, n° 348 : « *Au sein d'un contentieux très fourni, c'est singulièrement l'interprétation de l'article 565 du nouveau Code de procédure civile qui fait difficulté.* » – *Ibid.*, p. 335, n° 381 :

contrario ce que sont les prétentions nouvelles. Puisque, aux termes de ce texte, « *les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge même si leur fondement juridique est différent* », on peut aussi affirmer que les prétentions sont nouvelles dès lors qu'elles ne tendent pas aux mêmes fins que celles soumises au premier juge. La formulation de l'article 565 a le mérite de protéger le double degré de juridiction en introduisant une précision qui tempère le principe plutôt qu'une exception qui y déroge purement et simplement. « *Il ne faut pas confondre en effet demande nouvelle et demande irrecevable, beaucoup de demandes nouvelles en appel sont recevables.* »¹³⁸¹ L'interprétation prétorienne, dans biens des cas, révèle que les demandes nouvelles sont admises sous certains conditions. Peut-être alors qu' « *il aurait fallu dire, non pas que cette demande n'est pas nouvelle, mais qu'elle n'est pas "considérée" comme nouvelle, ou que, tout en étant nouvelle, elle est recevable* »¹³⁸². Une autre solution légistique aurait consisté à ranger ces demandes dans les exceptions de l'article 564 et à dire que les prétentions nouvelles ne sont pas admises, sauf lorsqu'elles tendent aux mêmes fins que les prétentions initiales.

280. C'est donc exclusivement la notion de fins qui permet de discriminer la prétention nouvelle pour la déclarer irrecevable. Le critère posé par la lettre serait satisfaisant s'il n'était pas incomplet : à l'instar de nombreuses autres notions contenues dans la loi, les fins ne sont définies nulle part. Nous nous trouvons face à « *une question procédurale dont le maniement n'est pas parfaitement maîtrisé, en raison notamment de sa proximité avec des notions voisines* »¹³⁸³. Plusieurs auteurs se sont efforcés de clarifier le concept, tout en déplorant l'imprécision du droit positif, légal et jurisprudentiel. À ce propos, l'un d'eux relève que « *la notion d' "identité des fins" des prétentions successives, point névralgique de l'article 565, est a priori dépourvue de caractère technique et par là excessivement fuyante* »¹³⁸⁴. Une telle imprécision peut présenter des avantages – ceux précédemment évoqués au sujet de la notion de prétention elle-même –, et quand on connaît la

« *La conception de l'appel en tant que "voie d'achèvement" s'est accompagnée d'une interprétation large de la lettre de l'article 565 du nouveau Code de procédure civile. Mais le critère d'identité de finalité a été à tel point sollicité qu'un certain désordre jurisprudentiel en est résulté.* » – J. Pellerin, « Effets de l'appel », in *Droit et pratique de la procédure civile. Droits interne et de l'Union européenne*, op. cit., chap. 543, pp. 1520-1521, n° 71 : « *Une prétention, en application de l'article 4 C. pr. civ., exprimée par l'acte introductif d'instance ou dans des conclusions, détermine le litige. Il sera toutefois observé que le législateur n'apporte aucune définition de la "prétention nouvelle". L'article 565 C. pr. civ. préfère en définir les contours, par un raisonnement a contrario. C'est la définition négative : la prétention n'est pas nouvelle si elle tend aux mêmes fins que celle soumise au premier juge. Mais le législateur n'indique pas que dans toutes les circonstances autres, la prétention est nécessairement nouvelle. Il y a dans cette attitude législative, un espace laissé à la controverse et le praticien sait combien celle-ci peut parfois être vive et délicate.* »

1381 J. Miguet, op. cit., p. 368, n° 299

1382 Ibid., p. 537, n° 445

1383 F. de La Vaissière, « Notion de "prétention nouvelle" », AJDI 2014, p. 299

1384 J. Passa, op. cit., p. 107

qualité du travail de rédaction du Code de procédure civile, on n'exclut pas qu'il puisse s'agir d'une souplesse voulue par ses auteurs, afin de ne pas enfermer les différents types de prétentions dans un carcan trop étroit¹³⁸⁵. Ainsi, « *le critère d'identité de finalité reste susceptible d'être diversement appréhendé, selon qu'une conception analytique et abstraite ou, au contraire, synthétique et concrète en est adoptée* »¹³⁸⁶. L'absence de définition légale pourrait être regardée comme une délégation faite au juge voire un choix offert à la pratique judiciaire¹³⁸⁷, mais la jurisprudence ne semble pas non plus avoir pris la peine de donner un contour net à la notion, « *et nul n'ignore les inconvénients liés à la détermination du critère de nouveauté justifiant l'irrecevabilité des demandes strictement nouvelles en appel* »¹³⁸⁸. On ne peut donc que constater qu'« *il est difficile de trouver des critères constants et non controversés permettant de vérifier si une demande tend aux mêmes fins qu'une autre demande* »¹³⁸⁹.

À défaut de définition donnée par le Code de procédure civile ou par la Cour de cassation, la doctrine a tenté d'en dégager une, à partir d'une étude empirique et systématique de la jurisprudence, malgré ses « *contradictions exaspérantes* »¹³⁹⁰. Entreprise cyclopéenne s'il en est, tant le contentieux est abondant. Aussi, « *l'expérience prouve qu'il est extrêmement périlleux d'identifier ce que l'on appelle les "fins de la demande"* »¹³⁹¹. À la dimension de la gageure s'ajoute la physionomie de la « *jurisprudence très abondante et parfois chaotique* »¹³⁹² qui « *est d'une subtilité désarçonnante* »¹³⁹³, d'où le risque de « *sombrer dans un impressionnisme déconcertant* »¹³⁹⁴. On a parfois même le sentiment que les différentes espèces ne font l'objet que d'un traitement au cas par cas, sans réelle volonté d'harmonisation du droit, tâche pourtant dévolue à la Haute juridiction et, subsidiairement, aux cours d'appel, si bien que « *l'examen de la pratique de la prohibition des prétentions nouvelles en appel amènera au constat d'un certain désordre* »¹³⁹⁵. On ne peut sans émoi s'aventurer dans ce labyrinthe juridique, car « *la jurisprudence n'est pas toujours cohérente et ne répond qu'imparfaitement au souci de sécurité juridique des plaideurs ; on a, du reste, pu constater des analyses différentes entre des chambres de la Cour de cassation sur*

1385 L. Weiller, *op. cit.*, p. 328, n° 345 : « *Ceci permet en effet à la jp de ne pas être enfermée dans un cadre trop rigide et de pouvoir s'adapter aux circonstances et à la politique judiciaire du moment.* »

1386 *Ibid.*, p. 335, n° 351

1387 V. à ce sujet J. Normand, *Le juge et le litige*, LGDJ, Paris, 1965, p. 82, n° 88

1388 P.-L. Baganina, *op. cit.*, p. 4, n° 1

1389 M. Bourgeois, « La prohibition des demandes nouvelles en cause d'appel : l'article 565 du nouveau C. proc. civ. et la notion d'identité de fin des demandes », *Quot. Jur.* 1984, p. 2, n° 78, 3 juillet 1984

1390 *Ibid.*

1391 R. Perrot, *RTD civ.* 1977, p. 628

1392 P. Julien, « L'exception d'inexécution et l'action en résolution d'une convention constituent, sous deux formes différentes, l'exercice d'un même droit et tendent aux mêmes fins », *D.* 1999, p. 217

1393 A. Lecourt, « De l'utilisation de la procédure comme arme stratégique dans le contrat de distribution », note sous *Cass. com.*, 24 mars 2015, *AJCA* 2015, p. 283

1394 R. Perrot, *RTD civ.* 1980, p. 169

1395 L. Weiller, *op. cit.*, p. 331, n° 347

une même question. L'infinie diversité des cas d'espèce semble empêcher de systématiser la matière et seule l'allégation d'un arrêt antérieur de la même cour d'appel ou de la Cour régulatrice dans une espèce similaire paraît parfois de nature à assurer la prévisibilité d'une décision »¹³⁹⁶. De même qu'on ne peut apprécier un tableau en gardant les yeux fixés sur une partie de la toile, il faut un certain recul pour tenter de dépasser l'élaboration d'un vulgaire catalogue de décisions et d'extraire de ce magma des outils propres à révéler le raisonnement conduisant les juges du fond et les hauts magistrats à dénoncer comme nouvelle telle prétention ou, au contraire, à l'admettre en application de l'article 565 du Code de procédure civile. Malgré cela, « l'analyse des positions prises par la jurisprudence sur cette question laisse subsister une irrépressible impression d'incertitude »¹³⁹⁷.

B. Les critères proposés par la doctrine

281. La doctrine a cherché à identifier des critères généraux à partir desquels il serait possible d'isoler les prétentions nouvelles. Trois opinions ont été recensées en 1997 par Monsieur Passa¹³⁹⁸, qui combat les deux premières et approuve la troisième¹³⁹⁹. D'abord, la prétention nouvelle pourrait être celle qui aurait échappé à l'autorité de la chose jugée si elle avait été formulée dans un autre procès au premier degré¹⁴⁰⁰. Cette conception était exacte avant que le décret-loi du 30 octobre 1935 n'autorisât le changement de cause devant la cour d'appel, faisant échec à la fin de non-recevoir tirée de l'absence d'autorité de la chose jugée pour disparité de fondement juridique. La demande nouvelle étant ainsi amputée d'un de ses éléments constitutifs, on vit disparaître la « symétrie inverse »¹⁴⁰¹ résultant de « la liaison qui était établie entre l'exception de chose jugée et l'irrecevabilité de la demande nouvelle »¹⁴⁰². L'identité de cause n'était donc plus une condition de

1396 J. Passa, *loc. cit.*

1397 Y.-M. Serinet, « Les demandes nouvelles dérivant du contrat en appel », note sous Cass. civ. 3, 20 janvier 2010, RDC 2010, n° 3, p. 935

1398 J. Passa, *op. cit.*, pp. 112 et 113

1399 La première de ces propositions semble à nouveau acceptable compte tenu des évolutions jurisprudentielles récentes.

1400 J. Larguier, Ph. Conte et C. Blanchard, *Droit judiciaire privé*, 20^{ème} éd., Mementos, Dalloz, 2010, p. 142 – V. aussi E.-D. Glasson, A. Tissier et R. Morel, *op. cit.*, t. 3, p. 374 : « Une demande n'est pas nouvelle si elle est susceptible d'être écartée par l'exception de chose jugée. (...) Elle est nouvelle, au contraire, si elle ne peut être écartée par l'exception de l'article 1351 du code civil ».

1401 J. Miguet, *op. cit.*, p. 45, n° 34 – E. Glasson, A. Tissier et R. Morel, *loc. cit.*

1402 P. Hébraud, « La réforme de la procédure, le décret-loi du 30 octobre 1935 », *Rev. crit. lég. et jur.* 1936, t. 56, p. 37, spéc. p. 116 – L. Weiller, *op. cit.*, p. 334, n° 349 : « La liaison entre exception de chose jugée et irrecevable et la prétention nouvelle en appel, résultat d'un raisonnement logique appuyé sur une conception rigoureuse du double degré de juridiction, ne s'imposait donc pas, les deux institutions ayant une valeur juridique et sociale tout à fait différente. » – V. E. Glasson, A. Tissier et R. Morel, *loc. cit.* : « Une demande n'est pas nouvelle si elle est susceptible d'être écartée par l'exception de chose jugée » et qu' « elle est nouvelle, au contraire, si elle ne peut être écartée par l'exception de l'article 1351 du code civil ». – V. également P. Boyreau, *op. cit.*, p. 22 et s., spéc. pp. 24-25 où l'auteur souligne les « conséquences inadmissibles » qu'une rupture de la symétrie entre les deux institutions entraînerait. – V. aussi N. de Puybusque, *loc. cit.* : « Cette logique voudrait qu'autorité de chose jugée et recevabilité d'appel restent intimement liées. »

la recevabilité d'une prétention en appel, d'où une certaine « stagnation »¹⁴⁰³ du concept. Entre 1935 et 2006, c'est-à-dire jusqu'à ce que cette option soit fermée par la jurisprudence *Cesareo* au moyen d'une reformulation jurisprudentielle de la notion de cause, il était loisible au plaideur de choisir entre l'invocation d'un nouveau fondement juridique en appel et l'introduction d'une nouvelle instance au premier degré¹⁴⁰⁴. Désormais, si l'invocation en appel d'un fondement nouveau est toujours admise, c'est au prix d'une impossibilité de saisir derechef un juge du premier degré, tandis que la demande irrecevable comme nouvelle en appel peut toujours être valablement présentée dans une instance au premier degré¹⁴⁰⁵. La condition d'identité de fins a ainsi été ajoutée par la jurisprudence à l'article 1355 du Code civil : une demande déjà formulée devant un premier juge ne peut plus l'être devant le même degré de juridiction sur un fondement différent lorsqu'elle tend aux mêmes fins. En procédant ainsi, la Cour de cassation a donc rétabli la « symétrie inverse »¹⁴⁰⁶ que la réforme de 1935 avait rompue¹⁴⁰⁷.

282. Ensuite, la prétention serait nouvelle en appel lorsqu'elle serait inconciliable en droit ou en fait avec celle émise en première instance. Ainsi, il ne serait pas permis de passer d'une demande en exécution forcée d'un contrat à une demande en résolution, ou d'une demande en nullité d'une société à une demande en dissolution. Les développements subséquents révéleront que ce critère n'est pas valable : le plus souvent, seul compte le résultat concret poursuivi par le plaideur, par exemple priver d'effets un acte juridique ou restituer son efficacité à un acte juridique qui en a été

1403 M. Bencimon, O. Bernabé, P. Hardouin, P. Naboudet-Vogel et O. Passera, « Autorité de la chose jugée et immutabilité du litige », *Justices* 1997, n° 5, p. 157, spéc. p. 159

1404 Cass. civ. 1, 30 juin 1970, Bull. civ. I, n° 224 – Cass. civ. 1, 21 janvier 2003, Bull. civ. I, n° 18 – Cass. req., 16 juillet 1928, DP 1929, I, p. 33, note Savatier – Cass. req., 21 janvier 1941, Gaz. Pal. 1941, I, p. 135 – Cass. civ. 2, 26 mars 1965, Gaz. Pal. 1965, II, p. 54 – Cass. civ. 2, 24 juin 1970, Bull. civ. II, n° 221 – Cass. civ. 2, 5 juin 1971, Bull. civ. II, n° 203 – V. aussi, pour le passage de l'anc. art. 1382 à l'anc. art. 1384, Douai, 21 janvier 1937, S. 1937, II, p. 152 – Cass. civ. 2, 4 juin 1969, Bull. civ. II, n° 186 – L. Weiller, *thèse précit.*, p. 407, n° 442 : « Concrètement en effet, le même but peut être recherché soit par l'exercice de l'appel, soit par l'introduction d'une nouvelle instance au fond, dès lors que la nouveauté du fondement conféré à la prétention permet de ne heurter ni le principe d'interdiction de demandes nouvelles en appel, ni celui de l'autorité de la chose jugée. » – Pour une critique de cette option, V. M. Bencimon, O. Bernabé, P. Hardouin, P. Naboudet-Vogel et O. Passera, *loc. cit.*

1405 Cass. civ. 3, 27 mai 2009, n° 08-11.388 – Cass. com., 12 janvier 1993, n° 90-17.764 : même solution, avant l'arrêt *Cesareo*, au visa des articles 480 et 564 du Code de procédure civile, ensemble l'article 1351 ancien du Code civil.

1406 J. Miguet, *loc. cit.* – E. Glasson, A. Tissier et R. Morel, *loc. cit.*

1407 Y.-M. Serinet, « La sanction par l'irrecevabilité des demandes nouvelles en appel », *JCP G*, n° 19, 10 mai 2010, doctr., p. 545 : « L'arrêt *Cesareo* a restauré une certaine cohérence dans le traitement des questions de l'autorité de la chose jugée et de l'immutabilité du litige dans les instances sur recours. S'il est toujours possible, en relevant appel, de faire trancher par une cour des demandes qui, semblables par l'objet (voire les fins), ne diffèrent que par leur fondement de celles soumises aux premiers juges, il n'est désormais plus permis d'introduire une nouvelle instance de premier degré lorsque la prétention et le complexe de faits qui la fonde sont identiques à ceux qui ont été précédemment portés devant un tribunal. Au contraire, quand une prétention a été déclarée irrecevable sur le fondement de l'article 564 en raison de sa nouveauté, rien n'interdit de la formuler à nouveau devant une juridiction de première instance. (...) La "symétrie inverse" entre les domaines de l'autorité de la chose jugée et de la prohibition des demandes nouvelles en appel se trouve ainsi respectée car il est essentiel, du point de vue de l'accès à la justice, que ces nouvelles demandes puissent trouver un juge. »

dépouillé.

283. Enfin, un troisième critère est proposé par Monsieur Passa : la prétention est nouvelle en appel chaque fois que serait envisageable son cumul avec la prétention déjà soumise au premier juge. Ce cumul révèle que les fins des prétentions respectives sont compatibles mais distinctes. De cette hypothèse il faut déduire que les deux prétentions ne tendent pas aux mêmes fins¹⁴⁰⁸. Ce critère a le mérite d'éviter des complications intellectuelles insurmontables et d'être diaphane par rapport aux avantages concrets effectivement attendus par les parties au procès. Si les deux prétentions avaient pu être soumises ensemble au tribunal à titre principal, c'est qu'elles ne sont pas antinomiques et qu'elles peuvent coexister¹⁴⁰⁹. Il en résulte que l'une des deux devrait être considérée comme nouvelle si elle était directement présentée à la cour d'appel. Par ailleurs, dans la première hypothèse, celle d'une première saisine, les deux prétentions n'auraient pas autorité de chose jugée au premier degré, ce qui permettrait leur conjonction ; dans la seconde, celle de l'appel, la prétention qui aurait pu être présentée en première instance mais ne l'a pas été n'est pas non plus revêtue de cette autorité, d'où son inadmissibilité au second degré. Aujourd'hui, la première et la dernière propositions exposées par Monsieur Passa semblent se recouper.

Beaucoup plus simplement, Monsieur Miguet relève que la demande nouvelle correspond aux conclusions de l'acte d'appel qui n'ont pas pour but de critiquer le jugement¹⁴¹⁰.

C. La liberté d'invocation des règles de droit

284. L'article 565 du Code de procédure civile laisse une certaine marge de manœuvre quant à l'invocation de la règle de droit tout en l'encadrant au moyen de l'exigence d'identité des fins. Ce texte réalise un compromis en conciliant la liberté et la restriction : des variations peuvent exister mais leurs possibilités ne sont pas illimitées. Au sein même de cet espace où le renouvellement est permis, subsiste donc une contrainte, qui se fonde sur la constatation selon laquelle « *il est somme toute peu courant que deux règles de droit différentes aient exactement le même effet juridique* »¹⁴¹¹. Autrement, le législateur n'aurait pas édicté deux règles mais une seule. Au surplus, toute règle de droit se décline sur le modèle suivant : la description d'une situation factuelle *idéale* et *abstraite*, à laquelle sont attachées des conséquences juridiques. La correspondance d'une situation factuelle *réelle* et *concrète* avec la situation présumée par la norme aura pour effet de provoquer ces

1408 J. Passa, *op. cit.*, p. 113

1409 V en ce sens Cass. civ. 3, 15 juin 1982, n° 81-10.509, D. 1982, inf. rap., p. 477 – Cass. soc., 10 juillet 1991, n° 89-15.504, Gaz. Pal. 1992, I, 2 : sont nouvelles les demandes qui auraient pu être utilement formées devant la première juridiction.

1410 J. Miguet, *op. cit.*, p. 528, n° 436

1411 J. Passa, *op. cit.*, p. 108

conséquences juridiques. L'opération intellectuelle par laquelle on arrive à ces conséquences est la qualification ou subsumption. La situation archétypale contenue dans la norme juridique coïnciderait en quelque sorte aux formes intelligibles de Platon. Or, de même que dans le système platonicien à chaque être visible correspond par hypothèse un être invisible, les réalités ontologiques peuvent être distinguées les unes des autres. Si l'on revient à la règle de droit, chaque norme est distincte des autres et, sauf erreur légistique, deux normes juridiques ne sauraient être strictement identiques, surtout en ce qui concerne la description de la situation archétypale. Dans le champ processuel, agir sur le fondement d'un texte, c'est ne pas agir sur le fondement des autres. Renoncer en cours de procès à ce texte donné en faveur d'un texte distinct, c'est adopter un comportement procédural différent et, en définitive, affirmer que les événements à l'origine du procès ne se sont pas déroulés exactement comme on l'avait avancé initialement. En droit pur, le raisonnement est parfait ; mais il y a un écart parfois considérable entre le droit scientifique et l'exploitation qu'en fait la pratique. Dans ce dernier cas, le droit positif n'est qu'un outil au service de fins qui le dépassent ; c'est à ces fins que renvoie l'article 565.

285. Les demandes peuvent donc se mouvoir tandis que les prétentions resteront immobiles par rapport aux fins qu'elles poursuivent. Si l'on se penche sur l'étymologie du mot « prétention », on s'aperçoit qu'il épouse parfaitement une réalité aussi vivante qu'un procès. Le verbe latin *praetendo* peut se traduire par « tendre en avant ». Au moyen de la prétention le plaideur tend vers une fin déterminée, un résultat concret qu'il espère obtenir du juge. Reconnaître que le résultat économique escompté à l'issue du procès est le noyau de la volonté processuelle et juridique du plaideur conduit par voie de conséquence à admettre plus facilement des variations dans le domaine de la règle de droit invoquée. Cette mentalité est en pleine expansion dans le domaine judiciaire : les auxiliaires de justice voient dans les règles de droit un simple instrument permettant d'arriver à un but précis et les bons avocats sont ceux qui savent comment il faut manier ces règles pour sortir vainqueurs du procès¹⁴¹².

Motulsky, déjà en 1964, décrivait cette réalité patente en constatant que les parties « *veulent gagner leur procès, peu importe sur la base de quelle règle de droit* »¹⁴¹³. Aussi, l'invocation d'une règle de droit au lieu d'une autre leur est-elle indifférente, d'autant plus que les parties ne manifestent ordinairement pas d'intérêt – ou très peu – pour le droit en tant que système intellectuel organique, leur seul espoir résidant dans l'avantage matériel qu'elles espèrent retirer d'une décision

1412 V. à ce sujet L. Fontaine, *Qu'est-ce qu'un « grand » juriste ? : essai sur les juristes et la pensée juridique contemporaine*, Lextenso, 2012

1413 H. Motulsky, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », D. 1964, p. 235 et s., et in *Écrits, études et notes de procédure civile, op. cit.*, p. 114, n° 16

favorable. On ajoutera qu'introduire un litige revient à demander la protection de la loi et que même lorsqu'elle n'est émise qu'en fait, la prétention est cependant toujours formée à l'ombre du droit. Inversement, lorsque la prétention est présentée en fait et en droit, « *on peut aussi n'y voir que la description, commode grâce à des notions juridiques connues, du résultat de fait visé par le demandeur* »¹⁴¹⁴.

286. La Cour de cassation elle-même adopte cette démarche en plusieurs matières et ne censure pas nécessairement les juges qui se sont trompés de qualification lorsque le résultat est identique¹⁴¹⁵. En droit international privé, par exemple, l'équivalence des conséquences juridiques entraînées par l'application de la *lex fori* ou de la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois libère le juge de l'obligation d'appliquer d'office la règle de conflit de lois quand les droits sont disponibles¹⁴¹⁶. En droit pénal, la théorie de la peine justifiée a permis un temps d'éviter les cassations d'arrêts ayant retenu une qualification pénale erronée mais dont la peine encourue était identique à celle prévue par la qualification pénale adéquate¹⁴¹⁷. En droit de la famille, la société de fait et l'enrichissement sans cause ont été habilement et alternativement exploités pour récupérer des sommes en l'absence d'autres mécanismes institués par le Code Napoléon pour régler la rupture du concubinage¹⁴¹⁸. Il n'est donc pas surprenant que les règles de droit invoquées en appel ne soient pas soumises à une similitude exacte par rapport à celles utilisées en première instance, dès lors que le résultat final ne varie pas, ou ne varie que dans les limites tracées par le législateur. Dans cette optique, « *l'application de la loi n'est pas une fin en soi mais un moyen de résoudre le conflit et l'on admet, à la rigueur, qu'elle puisse passer au second plan* »¹⁴¹⁹.

1414 G. Bolard, « La matière du procès et le principe dispositif », in *Droit et pratique de la procédure civile. Droits interne et de l'Union européenne, op. cit.*, chap. 221, p. 741, n° 34

1415 Cass. com., 14 mai 1985, n° 83-16.563 : moyen jugé irrecevable comme dénué d'intérêt, dès lors « *que les conditions différentes de recevabilité des actions en résolution de la vente pour vice caché ou pour non conformité de la chose livrée n'étaient pas en cause et que les effets de la résolution étaient pour l'une et pour l'autre identiques en l'espèce* ». – Cass. com., 15 octobre 1980, n° 79-12.002 – V. aussi L. Weiller, *op. cit.*, p. 224, n° 230 : « *Lorsque l'erreur de terminologie est restée sans influence sur la solution du litige, la Cour de cassation ne censure par les décisions des juges du fond qui omettent de restituer à l'action sa véritable qualification, les pourvois étant rejetés pour défaut d'intérêt.* » – Ph. Jestaz, « La qualification en droit civil », *Droits, rev. théorie jur.*, 1993, n° 18, p. 45 : « *Le plus souvent, le juge ferme les yeux sur la qualification inexacte parce que le résultat pratique sera le même.* »

1416 Cass. com., 16 novembre 1993, n° 91-16.116, *Amerford* – Cass. com., 28 juin 2005, n° 02-14.686, *Sté Itraco* – Cass. civ. 1, 13 avril 1999, n° 96-22.487, *Compagnie royale belge* – Cass. civ. 1, 28 janvier 2003, n° 00-12.976, *Justin S. Colin*

1417 V. par ex. Cass. crim., 10 mai 2007, n° 06-86.173 – Cass. crim., 17 janvier 2007, n° 06-83.800 – Cass. crim., 9 septembre 2008, n° 07-87.588 – En dépit de l'ordre chronologique des arrêts précités, cette théorie semble avoir été abandonnée par Cass. plén., 8 juillet 2005, n° 99-83.846, D. 2006, p. 1654, obs. Garé – V. aussi A. Lalanne, *Théorie de la peine justifiée*, thèse Paris, Jouve, 1922

1418 V. par ex. Cass. civ. 1, 20 janvier 2010, n° 08-13.200 (société créée de fait) – Cass. civ. 1, 20 janvier 2010, n° 08-13.400 (enrichissement sans cause) – Cass. civ. 1, 20 janvier 2010, n° 08-16.105 (pour les deux moyens invoqués conjointement).

1419 J. Normand, *op. cit.*, p. 28, n° 32

Quoique cela soit plus saillant en droit judiciaire privé qu'ailleurs, il est clair que le concept de fins recherchées innerve toutes les branches du droit. Le droit lui-même tend vers elles dans le but d'assurer la paix civile et ne se présente que comme un moyen de procurer ces fins aux personnes à qui il reconnaît qu'elles sont dues, « *car si la première fonction du juge est certes de trancher le litige, elle est aussi, ensuite, d'apporter l'apaisement social* »¹⁴²⁰. Souvent, la fin sera teintée d'une coloration technique, voire d'une qualification soigneusement découpée. Pourtant, la fin en tant que but recherché demeure factuelle et, la plupart du temps, économique. Si donc la fin seule compte, on pourra dire que la fin justifie les moyens – *Finis media justificat* –, certes non pas dans le sens où tous les procédés, fussent-ils déloyaux, seraient admis mais dans celui où les moyens sont relativement interchangeable du moment que leur utilisation demeure licite et que la fin ne varie pas.

287. Un exemple concret nous permettra d'illustrer notre propos. Imaginons qu'une personne partie à un contrat devienne, en raison du comportement déraisonnable de son cocontractant, insatisfaite du rapport juridique dans lequel elle s'était engagée. Elle décide alors d'assigner celui qui, de son cocontractant, devient son défendeur. En première instance, le demandeur sollicite la résolution du contrat. Débouté par le juge ou gagnant mais intimé par son adversaire, il se retrouve partie à l'instance d'appel. Son avocat estimant que l'action aurait, finalement, peu de chances de prospérer sur ce fondement, décide de changer de stratégie et opte devant la juridiction supérieure pour la résiliation. En laissant de côté les possibilités de succès de l'action – lesquelles concernent la situation litigieuse qui en l'occurrence n'entre pas dans notre démonstration –, la prétention sera-t-elle au regard des règles de procédure déclarée recevable ou écartée comme nouvelle ? Le critère, nous le savons, est l'identité des fins. Il faut donc poser la question en des termes plus précis : la résiliation et la résolution tendent-elles aux mêmes fins ? *A priori* la réponse est négative, étant donné que la résolution a des effets plus radicaux que la résiliation, ne serait-ce qu'en raison de l'anéantissement rétroactif du contrat. L'analyse est ici *objective, juridique* et purement *théorique* ; elle part de la tautologie que deux normes différentes ne sauraient être identiques, y compris dans leurs effets. Néanmoins, une analyse *subjective, factuelle* et plus *pragmatique* conduirait à la conclusion opposée. Les fins consisteraient dans la simple volonté du plaideur, dans le but vers lequel tend son action en justice. En l'occurrence, il n'est pas établi que notre cocontractant insatisfait recherche la résiliation plutôt que la résolution. Bien au contraire, il a invoqué indifféremment les deux règles de droit devant les deux juridictions du fond ayant eu à connaître de

1420 G. Canivet, « De l'intelligence en procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, op. cit., p. XXXIV

son cas. En définitive, que veut-il et qu'attend-il ? Ce à quoi il aspire n'est pas véritablement l'application de l'article 1224 plutôt que celle de l'article 1229 alinéa 3 mais plutôt la délivrance du rapport contractuel dans lequel il s'est engagé et qu'à présent il regrette. Les fins subsistent donc uniquement dans la *cessation des rapports contractuels*, quelle que soit la règle de droit invoquée et appliquée. Quoique l'expression ne constitue pas une qualification à proprement parler, elle révèle une coloration juridique. Néanmoins, loin d'être expressément recherchée, cette coloration n'est qu'une conséquence, neutre par elle-même.

La notion de fins étant extrêmement malléable, il est aisé de dégager *a posteriori* les fins recherchés afin de rendre admissible en appel une demande teintée de nouveauté. Dans plusieurs arrêts, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a reconnu que la demande formée en appel en exécution d'un congé portant refus de renouvellement d'un bail tendait aux mêmes fins que la demande initiale en résiliation du même bail, ces fins subsistant dans la *cessation des rapports locatifs*¹⁴²¹. On pourrait en dire autant de tous les arrêts retenant la *cessation des relations contractuelles* ou l'*anéantissement de l'acte*. Cette interprétation ne pose pas de difficulté majeure, dans la mesure où les fins sont, en fait, identiques. « *Cette identité de finalité est en effet reconnue nonobstant l'existence d'une contradiction entre les présupposés des actions, dès lors qu'in fine, le but de cessation des rapports contractuels recherché est conservé.* »¹⁴²² Il faut seulement retenir que « *de l'objet de la demande c'est une conception concrète qui est retenue. Ce qui importe c'est ce que veut le demandeur, ou ce qu'il réclame en fait* »¹⁴²³. Ainsi, les objets des actions ne sont pas contradictoires¹⁴²⁴ et l'identité des fins est constatée quand les règles sont alternatives, c'est-à-dire

1421 Cass. civ. 1, 8 mars 1977, Bull. civ. I, n° 122 : la demande en nullité d'une donation déguisée tend aux mêmes fins que la demande d'inexistence de la convention, à savoir l'anéantissement du droit résultant pour l'autre partie de l'acte apparent. – V. aussi Cass. civ. 3, 9 juillet 1979, Bull. civ. III, n° 151 qui confond l'objet et les fins en considérant que la cessation des rapports locatifs est l'objet de la demande en résiliation du bail. – Cass. civ. 3, 30 janvier 1991, Bull. civ. III, n° 41, JCP G 1991, IV, 117 – Cass. civ. 3, 5 octobre 1994, *consorts Reutin c/ époux Muro*, Bull. civ. III, n° 163 qui souligne leur différence d'objet s'agissant non pas de la nouveauté de la demande en appel mais de l'autorité de chose jugée dans une nouvelle instance introduite au premier degré. – Cass. civ. 3, 4 mars 1992, n° 90-18480 et 90-18481 : « *Est recevable la demande faite pour la première fois en appel en inopposabilité d'un bail, qui tend, en visant à voir exclure tout effet de cette convention à l'égard du demandeur, aux mêmes fins que la demande initiale en annulation de ce bail.* » – Sur le passage en appel de la nullité à l'inopposabilité, V. Paris, 9 mai 1980, Bull. avoués 1981, n° 76, p. 21 – Pour l'hypothèse inverse, V. Paris, 9 mai 1989, Bull. avoués 1989, n° 3, p. 21 – Cass. civ. 1, 8 mars 2005, n° 02-16.697 qui considère que nullité et inopposabilité ont le même objet, d'où l'impossibilité de reprendre une instance en premier degré sur le second de ces fondements – V. également M. Falaise, « La sanction de l'acte irrégulier (distinction entre nullité et inopposabilité) », LPA 1997, n° 103, p. 5 – V. contra Paris, 27 janvier 1966, JCP 1967, II, 14967 qui déclare irrecevable une demande visant en appel au refus de maintien dans les lieux en application de la loi n° 48-1360 du 1^{er} septembre 1948 après avoir invoqué la résiliation d'une location en première instance. – Besançon, 19 décembre 1995, Gaz. Pal. 17-18 juillet 1996, note Lachaud : est irrecevable comme nouvelle la demande visant à la résiliation du bail pour manquements du preneur alors qu'il avait été demandé la validité du congé en première instance.

1422 L. Weiller, *op. cit.*, p. 344, n° 365

1423 G. Bolard, « La qualification de l'objet de la demande, le devoir du juge de requalifier les faits », JCP G 1997, II, 22944

1424 V. par ex. Cass. civ. 1, 21 janvier 1964, Bull. civ. I, n° 37, pour une action en nullité et une action en résolution.

« dotées du même effet juridique lié à des présupposés différents »¹⁴²⁵. Tel est par exemple le cas lorsqu'est recherchée la liquidation d'une société et que divers mécanismes sont invoqués pour arriver à ce résultat¹⁴²⁶. Cette analyse a pourtant été écartée par certains arrêts de la Chambre commerciale ne validant pas la contradiction des présupposés factuels des actions¹⁴²⁷.

288. La constatation ne s'impose pas avec la même force lorsque la jurisprudence considère que l'exécution forcée et la résolution tendent aux mêmes fins, c'est-à-dire au *rétablissement de l'équilibre contractuel*, et non plus à la *cessation des relations contractuelles*, qui serait évidemment incompatible avec l'exécution des obligations contractées. On comprend bien que les deux actions ne conduisent plus au même résultat. Les plus virulents dénonceront la solution d'opportunité, voire l'arbitraire¹⁴²⁸. Sans aller aussi loin, on peut en tout cas constater que la jurisprudence sait élaborer des concepts extrêmement vagues – mi-juridiques mi-factuels, indécis en droit et imprécis en fait – pour procurer le but recherché : l'admission en appel d'une action en justice différente de celle initialement exercée. Cela explique que le recours à des notions telles que l'efficacité du contrat, qui « *relève davantage du discours politique que du langage juridique* »¹⁴²⁹.

La situation est rendue encore moins lisible par la contrariété des solutions jurisprudentielles. Ainsi, on comprend mal que dans certains cas, les juridictions fassent litière de la logique intellectuelle appelée à présider à l'utilisation des règles de droit pour ne se concentrer que sur ce qui est voulu en fait, tandis que dans d'autres cas, elle se montre plus rigoureuse. À titre d'exemple, si les notions de cessation des relations contractuelles ou des rapports locatifs ont été invoquées à l'envi, tel n'a pas été le cas de la rupture du lien d'adoption : un demandeur avait sollicité en première instance la révocation de l'adoption et en appel sa nullité. La cour d'appel de Paris a statué¹⁴³⁰ sur cette demande en principe irrecevable, l'irrecevabilité ayant été couverte par la

1425 J. Héron et T. Le Bars, *op. cit.*, p. 605, n° 763

1426 Paris 20 octobre 1980, D. 1981, p. 44 : la nullité produit les effets d'une dissolution prononcée par justice, l'une et l'autre de ces mesures entraînant la liquidation. – Pour M. Jeol et A. Viandier, « *la thèse de la dissolution et celle de la nullité sont tendues vers un seul et unique résultat : l'anéantissement du montage réalisé* » (JCP 1981, II, 19602 ; Rev. soc. 1980, p. 774). – Cass. civ. 1, 20 novembre 2001, *Ouairy c/. Hommay*, JD n° 2001-011753 : « *L'action en dissolution judiciaire de la société civile de moyens et l'action tendant à faire constater que cette société était arrivée à son terme faute de prorogation régulière tendaient aux mêmes fins, à savoir la dissolution de la société.* » – V. contra Lyon, 29 mai 1872, DP 1873, II, 19 : « *La nullité attaque l'acte dans son essence alors que la dissolution en implique la validité.* »

1427 Cass. com., 11 janvier 1971, n° 69-12.440 : « *Mais attendu, d'une part que, statuant sur l'exception d'irrecevabilité opposée par l'acheteur à une demande en nullité d'une vente formée par un vendeur qui se déclarait victime de dol, la cour d'appel a relevé, à bon droit, qu'une telle action tendait à des fins différentes de celles de la demande originaire, laquelle avait pour objet la résolution de la vente pour défaut de paiement ; du prix sur le fondement de l'article 1184 du Code civil.* »

1428 J. Passa, *op. cit.*, p. 112 : « *On ne peut nier que l'appréciation de l'identité des fins s'avère assez subtile et risque parfois d'être arbitraire.* »

1429 M. Jeol, « Vers une définition plus "processuelle" de l'autorité de la chose jugée », D. 1994, p. 395

1430 Paris, 29 janvier 1974, Gaz. Pal. 1974, I, 402, appliquant l'art. 107 du décret du 28 août 1972

défense au fond¹⁴³¹, tout en précisant que les deux demandes ne tendaient pas aux mêmes fins. « Certes, l'objet de la demande n'est pas le même, mais n'aurait-on pas pu aller jusqu'à concevoir que la demande tendait aux mêmes fins, la rupture du lien d'adoption ? »¹⁴³² Cette rigueur s'expliquerait-elle par la spécificité du contentieux et l'intérêt qu'il y a à protéger la filiation ? En l'absence d'indications explicites de la jurisprudence, rien ne permet de conclure dans cette direction.

1431 Cass. civ., 11 mai 1921, précit.

1432 J. Miguet, *op. cit.*, p. 173, n° 140

CHAPITRE II : LA MISE EN ŒUVRE DES CONCOURS D’ACTIONS

289. Dans sa thèse consacrée à *La liberté procédurale du contractant*¹⁴³³, Madame Weiller entreprend dans le champ du contentieux civil une transposition originale et pertinente de notions issues d’autres branches du droit privé. Définissant le concours d’actions comme « *la situation dans laquelle plusieurs actions prennent leur source dans une même situation de fait, laquelle autorise a priori avec succès l’exercice de chacune d’elles* »¹⁴³⁴, elle établit une distinction entre option formelle et option matérielle, cette dernière étant elle-même partagée en deux catégories appelées, en reprenant la terminologie pénaliste, concours réel et concours idéal¹⁴³⁵. Le concours d’actions résulte parfois des textes eux-mêmes, car il arrive que la législation attache diverses actions à un fait qualifié unique. « *Par ellipse, il est alors possible de parler d’option formelle.* »¹⁴³⁶ Dans d’autres cas, l’option est fortuite, elle n’est pas expressément voulue par le législateur ni clairement affirmée par les textes. On parlera alors d’option matérielle. La même situation de fait pourra recevoir deux qualifications juridiques distinctes ouvrant deux actions correspondantes. Le concours réel correspondra à la complexité d’une situation dans laquelle la variété de problèmes appellera l’exercice d’autant d’actions en justice, et le concours idéal à la pluralité de qualifications applicables au même fait ou acte litigieux. Le concours réel, poursuit Madame Weiller, est le « *fruit d’une coexistence des qualifications* »¹⁴³⁷ tandis que le concours idéal est le « *fruit d’une simple coïncidence de celles-ci* »¹⁴³⁸. Si l’on voulait donner des exemples, on dirait que rescision et nullité correspondent à une option matérielle, et exécution forcée et résolution à une option formelle. Encore ne faut-il pas confondre, au sein de la catégorie du concours d’actions, l’option et le cumul.

290. Le cumul (du verbe latin *cumulo* qui signifie ajouter) d’actions permet à celui qui y a recours de les exercer conjointement, dans le but de jouir des différents avantages qu’elles procurent. Souvent, il s’agira de la situation dans laquelle une action spécifique s’additionnera à une action en responsabilité civile. L’option (du verbe *opto* qui signifie choisir), en revanche, n’offre

1433 L. Weiller, *thèse précit.*

1434 *Ibid.*, p. 43, n° 16

1435 Rappelons qu’en droit pénal, le concours réel est constitué par la commission de plusieurs infractions distinctes dans le temps mais non séparées par une condamnation pénale définitive tandis que le concours idéal consiste dans la possibilité pour un seul et même fait de se voir revêtu d’au moins deux qualifications répressives et, partant, de pouvoir donner lieu à une double déclaration de culpabilité. – V. à ce sujet T. Garé, *Droit pénal spécial*, Larcier, 2013, 2^{ème} éd., t. 1, *Personnes et biens*, n° 27, « Qualification ».

1436 L. Weiller, *op. cit.*, p. 46, n° 18

1437 *Ibid.*, p. 106, n° 92

1438 *Ibid.*

qu'une alternative et impose, par là-même, de choisir entre ses branches. Ainsi – l'exemple est banal – on ne peut cumuler la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle¹⁴³⁹. Ou encore, l'ancien article 2278 alinéa 1^{er} du Code civil et les anciens articles 1265 et suivants du Code de procédure civile¹⁴⁴⁰ empêchent expressément l'exercice simultané d'une action possessoire et d'une action pétitoire¹⁴⁴¹. En revanche, l'ancien article 1184 alinéa 2 du Code civil contenait à la fois un cumul et une option : on devait opter entre l'exécution forcée et la résolution mais on pouvait cumuler à l'une de ces deux demandes une action en dommages et intérêts. Ce texte, devenu l'article 1228, semble être devenu une simple option. Cette classification « *correspond cependant à l'analyse civiliste contemporaine qui, opposant le cumul à l'option, entend par cumul d'actions l'exercice simultané de plusieurs d'entre elles* »¹⁴⁴².

Dans l'usage judiciaire qui est fait de ces possibilités il faudra prendre en compte l'existence du double degré de juridiction. Si les textes ouvrent des facultés de concours ou d'option dans l'exercice des actions, ils les envisagent toujours au regard du procès, voire de la situation litigieuse conçue globalement, mais jamais par rapport aux diverses instances dans lesquelles la même affaire sera examinée et tranchée. Il est donc malaisé, à la lecture des codes, de savoir s'il est loisible d'exercer la deuxième branche d'une option ou d'adjoindre à ses prétentions la deuxième branche d'un cumul, devant la cour d'appel. En raison de ces lacunes *intra legem*, les règles régissant le comportement procédural de l'appelant titulaire d'une option ou d'un cumul sont intégralement d'essence prétorienne. L'option matérielle existant *de facto* (Section I) laisse quelquefois la place à une option formelle instituée *de jure* (Section II). L'exercice de ces options a une influence sur l'objet du litige et le fait évoluer (Section III).

SECTION I : L'OPTION MATÉRIELLE

291. L'option matérielle est le résultat d'une multiplicité de voies de droit ouvertes aux plaideurs

1439 V. J.-Ph. Tricoire, *op. cit.*, p. 283, n° 250 – Cass. req., 21 janvier 1890, DP 1891, I, 380 – Cass. civ., 11 janvier 1922, DP 1922, I, 16 – Cass. civ. 1, 9 mars 1970, Bull. civ. I, n° 87 : « *Lorsque sont réunies les conditions qui donnent à la responsabilité une nature contractuelle, la victime ne peut se prévaloir, quand bien même elle y aurait intérêt, des règles de la responsabilité délictuelle.* » – V. cependant Cass. civ. 1, 30 juin 1970, n° 69-10.630 : « *Mais attendu que l'arrêt déclare à bon droit : "que la demande fondée sur la responsabilité contractuelle tend en l'espèce aux mêmes fins que celles mettant en jeu la responsabilité délictuelle, c'est-à-dire l'obtention de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi" ; qu'en écartant la responsabilité délictuelle pour retenir la responsabilité contractuelle, la cour d'appel n'a pas cumulé les deux ordres de responsabilité mais seulement donné aux faits de la cause leur véritable qualification.* »

1440 Articles abrogés par l'art. 29 du décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile

1441 V. aussi F. Zénati, « Non-cumul du possessoire et du pétitoire », RTD. civ. 1993, p. 622

1442 L. Weiller, *op. cit.*, p. 153, n° 139

et pouvant être diversement utilisées. Tel est le cas de la rescision pour lésion et de la nullité, qui sont parfois invoquées successivement dans les différentes instances du même procès (§ 1). L'option matérielle mise en œuvre en première instance puis en appel fait l'objet d'une régulation jurisprudentielle se fondant sur le critère d'identité des fins de la prétention, mais cette régulation manque d'exactitude (§ 2). Il n'est pas rare de constater aussi que, tout en conservant cette exigence de finalité, le fondement factuel s'en trouve relégué au second plan, cette solution étant appliquée à des situations qui ne correspondent pas à une option matérielle (§ 3).

§ 1. La rescision pour lésion et la nullité

292. Avant de s'engouffrer dans les subtilités du droit positif jurisprudentiel, une analyse s'impose de l'évolution de la notion de fins. Initialement, la Cour de cassation en avait adopté une conception particulièrement stricte. Elle exigeait une identité exacte. Un arrêt d'espèce du 3 janvier 1951, commenté par le doyen Carbonnier, peut nous servir de point de départ¹⁴⁴³. Un vendeur d'immeuble avait assigné son cocontractant en invoquant devant les premiers juges la nullité de la convention. Débouté de sa demande, il avait en appel poursuivi la rescision pour lésion. Pour la Cour de cassation, c'était à bon droit que les juges du fond avaient jugé la demande irrecevable comme nouvelle. Elle se fondait sur la considération suivante : la lésion subie n'entre pas dans la catégorie des vices du consentement, et tout révèle qu'à aucun moment de la première instance, le demandeur ne s'était préoccupé de la rescision pour lésion, procédure plus complexe que le droit commun de la nullité. En outre, les deux règles de droit ne reposent pas sur le même édifice de faits¹⁴⁴⁴ : la nullité suppose un vice du consentement, elle s'appuie donc sur un fait *subjectif* et *psychologique* ; la rescision postule une anormalité dans le prix, donc un fait *objectif* et *économique*¹⁴⁴⁵. L'annotateur relève qu'il n'est pas souhaitable de quitter un procès de droit

1443 Cass. civ., 3 janvier 1951, S. 1952, I, 58 ; RTD. civ. 1952, p. 235, note Carbonnier – V. aussi Cass. com., 29 juin 1948, Gaz. Pal. 1948, II, 79 ; S. 1948, I, 141 – Grenoble, 29 novembre 1949, D. 1950, p. 423 – Orléans, 20 avril 1966, JCP 1966, éd. avoués, IV, 5004

1444 L. Weiller, *op. cit.*, p. 344, n° 365 : « Cette identité de finalité est en effet reconnue nonobstant l'existence d'une contradiction entre les présupposés des actions, dès lors qu'en fine, le but de cessation des rapports contractuels recherché est conservé. »

1445 Cass. plén., 3 juin 1994, n° 92-12.157, D. 1994, p. 395, concl. Jeol : l'action en nullité de la convention pour erreur de droit sur la portée d'un engagement n'a pas le même fondement que l'action en nullité pour défaut de prix réel et sérieux. – V. déjà Cass. civ. I, 7 février 1968, Bull. civ. I, n° 54 et Cass. civ. I, 15 décembre 1970, Bull. civ. I, n° 333 – V. aussi Cass. com., 14 novembre 1961, Bull. civ. III, n° 410, admettant une nouvelle action de nullité pour vice du consentement après l'échec d'une première action fondée sur la fraude – Dans le même sens, mais *a contrario*, V. Cass. civ. I, 26 juin 1961, Bull. civ. I, n° 338, déclarant irrecevable une seconde action en nullité de vente pour défaut de prix après une première pour donation déguisée – Cass. com., 16 novembre 1964, Bull. civ. III, n° 498, déclarant irrecevable une seconde action en nullité fondée sur la qualification de gage assorti d'un pacte commissaire après le rejet d'une première fondée sur une condition potestative ayant abouti à la qualification de

commun pour s'engager en cours de route dans une procédure spéciale. Il observe surtout la différence « *quant au résultat de l'action : en effet, tandis que la sanction des vices du consentement est nécessairement l'anéantissement du contrat, l'action en rescision peut finalement n'aboutir qu'au paiement d'un supplément de prix, par application de l'art. 1681* »¹⁴⁴⁶. Le défendeur ayant la possibilité de paralyser l'action en rescision par le rachat de la lésion sous déduction d'un dixième du prix total¹⁴⁴⁷ – faculté qui n'était pas ouverte dans l'action en nullité – les effets différaient sensiblement¹⁴⁴⁸. Cette solution était approuvée par la doctrine.

293. Un revirement est survenu avec un arrêt de la première Chambre civile du 13 octobre 1976¹⁴⁴⁹. Devant les premiers juges, une partie avait demandé la rescision pour cause de lésion d'une donation-partage, ce qui n'avait pas été admis. En appel, le même copartageant, invoquait la nullité en avançant qu'un des biens n'appartenait pas à la donatrice. La solution de la Cour de cassation souffre d'une contradiction interne. Elle décide en effet que « *si la demande en rescision d'une donation-partage a un fondement différent de celle qui tend à l'annulation de cet acte pour une autre cause, l'une et l'autre tendent aux mêmes fins, à savoir l'anéantissement du partage d'ascendant* » tout en admettant que « *la première peut être paralysée dans ses effets par une offre du copartageant* » prévue à l'article 891 ancien du Code civil¹⁴⁵⁰. L'utilisation des deux mots « même si » qui précèdent cet *obiter dictum* marque la reconnaissance d'une identité largement conçue, voire approximative. Dans la même phrase, l'arrêt relève cette dissemblance et l'écarte sans plus de précisions. Il prend ainsi en compte la volonté de la partie qui agit en justice, volonté qui reste ici constante tout au long du procès, sans faire cas des possibilités offertes à son adversaire et du plus ou moins grand intérêt qu'il peut y avoir à être défendeur à une action plutôt qu'à une autre.

294. Quatre mois plus tard, la même Chambre avait à connaître d'une question semblable en

vente à réméré – Cass. civ. 3, 20 novembre 1973, Bull. civ. III, n° 587, déclarant irrecevable une action en nullité pour indétermination du prix après l'échec d'une action en nullité pour défaut de prix – Cass. civ. 1, 31 janvier 1978, Bull. civ. I, n° 37, déclarant irrecevable une seconde action en nullité de mariage pour certains vices de célébration après une première action fondée sur d'autres vices de forme – V. aussi H. Motulsky, « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », D. 1968, chron. 1, et in *Écrits, études et notes de procédure civile, op. cit.*, p. 206, spéc. p. 212, n° 18

1446 J. Carbonnier, RTD civ. 1952, p. 235, spéc. p. 236, n° 1

1447 C. civ., art. 1681 al. 1^{er}

1448 L. Weiller, *op. cit.*, p. 343, n° 363 : « *Est-ce à dire que la différence de régime juridique des actions influe nécessairement sur l'appréciation de leur identité de finalité ? La ratio legis ne semble-t-elle pourtant pas impliquer que les différents moyens de défense susceptibles d'être opposés restent indifférents ?* »

1449 Cass. civ. 1, 13 octobre 1976, Bull. civ. I, n° 294, RTD civ. 1977, p. 628, obs. Perrot

1450 C. civ., art. 891, abrogé par la loi du 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités : « *Le défendeur à la demande en rescision peut en arrêter le cours et empêcher un nouveau partage en offrant et en fournissant au demandeur le supplément de sa portion héréditaire soit en numéraire, soit en nature.* »

matière d'assurances terrestres¹⁴⁵¹. Un automobiliste avait, le 28 avril 1972, causé un accident mortel avant de prendre la fuite. Quatre jours après, il avait déclaré à la compagnie d'assurance *Le continent* un dommage matériel prétendument causé à son véhicule par une personne non identifiée. Après son arrestation, il avait fait part à son assureur des véritables circonstances de l'accident. Relâché par le tribunal correctionnel pour le délit de fuite en raison de la cause de non-imputabilité résultant d'un état de démence, il avait été convaincu d'homicide involontaire. Les ayants-droit de la victime une fois indemnisés par la compagnie, cette dernière s'était retournée contre l'auteur de l'accident pour recouvrer les sommes versées. La demande – rejetée par les premiers juges – se fondait initialement sur la nullité du contrat pour déclaration intentionnellement mensongère. En cause d'appel, c'était la déchéance de la garantie pour tardiveté de la déclaration du sinistre qui était alléguée. La logique de l'arrêt de cassation qui avait admis cette substitution ne différait guère de celle de l'arrêt précité. La Cour régulatrice estimait que la prétention demeurait inchangée, à savoir la répétition des sommes octroyées à la victime. La prétention se présentait comme un remboursement réclamé successivement sur des fondements juridiques distincts. Les annotateurs de l'arrêt ont décelé dans cette analyse une erreur de raisonnement consistant à confondre la cause et ses effets.

La nullité devrait constituer une prétention à part entière, le remboursement n'en étant qu'une conséquence éventuelle en cas de succès de l'action. Or, l'accessoire est ici recherché à titre principal. On pourrait sans doute reprocher à l'assureur de n'avoir pas opté pour le meilleur fondement juridique. La Cour de cassation ne s'est guère formalisée de ce comportement dans la mesure où elle a jugé que les fins poursuivies résidaient dans la récupération des sommes déboursées. De toute évidence, la compagnie *Le continent* ne se souciait pas de la validité ou de la nullité du contrat : elle faisait grief à son client d'avoir commis une faute et souhaitait, pour cette raison, se soustraire au paiement de dommages et intérêts qu'elle estimait ne pas avoir à supporter. En outre, il n'est pas établi que le contrat, quoique valide, se fût maintenu après la condamnation de l'assuré.

295. Ce qui devrait nous choquer serait plutôt l'utilisation incohérente qui est faite des règles de droit : les deux actions sont en totale contradiction puisque l'action en nullité postule la nullité de la police d'assurance alors qu'au contraire l'action en déchéance suppose sa validité¹⁴⁵². Au surplus, l'action en nullité se présente ici comme un accessoire juridique parfaitement détaché du litige, dans la mesure où la déclaration mensongère n'affecte pas la validité du contrat car n'étant pas en lien

1451 Cass. civ. 1, 23 février 1977, n° 75-10.935, DS 1977, inf. rap., p. 290, note Berr et Groutel

1452 Lyon, 29 mai 1872, précit. : « *La nullité attaque l'acte dans son essence alors que la dissolution en implique la validité.* »

avec sa formation, et où la validité du contrat peut être contestée en dehors de tout sinistre. La faute du cocontractant ne nous dit rien de l'absence d'un élément requis *ad validitatem* lors de la conclusion de l'acte. Peu à peu nous nous acheminons vers une conception fonctionnelle des règles de droit. Or, les normes juridiques sont censées correspondre aux situations qu'elles envisagent et, de deux choses l'une, le contrat est valide ou ne l'est pas, si bien qu'une seule règle de droit devrait s'appliquer à la situation litigieuse. Malgré cela, si l'on veut être réaliste, il faut reconnaître au plaideur une certaine latitude dans la détermination de sa prétention. En fin de compte, le droit litigieux se trouve dans le patrimoine de l'assureur et non dans l'intégrité contractuelle qu'il pouvait légitimement attendre de son cocontractant. Les conséquences juridiques des actions sont transcendées par le but ultime que poursuit le plaideur. Le libéralisme de la solution s'explique « *par un effort de globalisation croissante des fins de la demande* »¹⁴⁵³ qui s'inscrit dans la logique de voie d'achèvement appelée à offrir à la juridiction d'appel des modalités procédurales plus larges pour vider le litige.

296. La même année, un arrêt de la troisième Chambre civile est venu semer le doute et révéler un désaccord doctrinal au sein de la Cour de cassation par le retour à une solution plus classique¹⁴⁵⁴. Le vendeur d'un immeuble avait demandé en première instance que soit rescindée la vente prétendument lésionnaire et s'était fondé en appel sur la nullité pour absence de prix. Son pourvoi reprochait à la cour d'appel de Paris d'avoir déclaré sa demande irrecevable comme nouvelle alors, selon lui, que les deux demandes tendaient aux mêmes fins. La troisième Chambre civile, tout comme la première Chambre dans l'arrêt du 13 octobre 1976, relevait l'absence en matière de nullité d'une faculté de paralyser l'action par une offre de l'acquéreur ; mais à la différence de sa voisine, loin d'écarter l'objection avec légèreté, elle en tirait toutes les conséquences, à savoir que la demande « *ne tend donc pas aux mêmes fins* ».

Cette divergence jurisprudentielle pourrait s'expliquer, selon Roger Perrot, par la nature des litiges soumis à la première et à la troisième Chambre¹⁴⁵⁵, hypothèse qu'il suggère avant de la réfuter. Dans le contentieux de la vente, il va de soi que les deux actions sont non seulement distinctes mais encore antinomiques : d'une part, dans leur logique interne puisque l'une suppose la régularité de l'acte tandis que l'autre s'y oppose ; d'autre part, dans leurs conséquences parce que l'une laisse l'acte subsister alors que l'autre l'anéantit. En matière de succession, la situation est semblable mais l'identité n'est pas parfaite. À la différence de la vente, le partage successoral ne réalise pas un transfert de droits, dans la mesure où les héritiers sont déjà titulaires des droits

1453 R. Perrot, RTD civ. 1977, p. 628

1454 Cass. civ. 3, 19 décembre 1977, Bull. civ. III, n° 345

1455 R. Perrot, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », RTD civ. 1978, p. 738

successoraux. Le partage successoral, qui en raison de son effet déclaratif rétroagit au jour de la mort du *de cuius*, n'est pas la cause des droits successoraux mais plutôt sa conséquence en ce qu'il se fonde simplement sur eux pour opérer une répartition des biens qui composent la succession. Il en résulte, en droit successoral, un appariement naturel de l'action en nullité du partage avec l'action en complément de part ouverte par l'article 889 du Code civil, la jurisprudence considérant que « *la rescision d'un partage pour cause de lésion efface en principe rétroactivement les attributions résultant du partage* »¹⁴⁵⁶. Les deux actions n'auront pas d'incidence sur les droits successoraux mais remettront en cause les quotités fixées par le partage litigieux. Elles conduiront aussi bien l'une que l'autre à une nouvelle composition des lots successoraux. La forte proximité des actions en nullité et en rescision en droit successoral, et leur éloignement corrélatif en droit de la vente expliquerait peut-être qu'une interchangeabilité ne soit admise que dans le premier cas où, pour le coup, les fins sont identiques. L'explication, à défaut d'être pleinement satisfaisante, serait théoriquement et pratiquement intelligible, car l'action en rescision a pu être présentée comme « *une espèce particulière de nullité relative* »¹⁴⁵⁷.

297. Dans l'arrêt précité de la troisième Chambre civile, le demandeur en cassation prétendait que « *la demande en nullité est le complément de l'action en rescision et contient celle-ci qui ne formait que le minimum de la réclamation* ». Cette hypothèse, réfutée par la Cour régulatrice, mérite cependant qu'on s'y attarde. L'action en rescision est moins fâcheuse que l'action en nullité du point de vue du défendeur, qui conserve une alternative, une « seconde chance » en quelque sorte. Réclamer la rescision en première instance et la nullité en appel se résumerait dans bien des cas à demander une *reformatio in pejus* qui aggraverait le sort de l'autre partie en la privant de la faculté légale d'empêcher l'anéantissement de l'acte en appel. « *Mais si, après avoir sollicité la nullité de l'acte litigieux, le demandeur adopte une position de repli devant la juridiction du second degré, en offrant à son adversaire la possibilité de consolider ses droits dans le cadre d'une action en rescision, la substitution opérée ne dénature pas la finalité première de la demande qui reste toujours la remise en cause de l'opération litigieuse* »¹⁴⁵⁸.

L'auteur du pourvoi soutient cette thèse et va même plus loin : selon, lui les deux demandes ne constituent pas deux armes procédurales distinctes dont l'une serait moins agressive que l'autre, mais deux actions gigognes. La rescision serait contenue dans la nullité, voire supposée par elle. Une telle affirmation est non moins exagérée qu'incorrecte. Il n'est pas raisonnable de considérer

1456 Cass. civ. 1, 19 avril 1977, Gaz. Pal. 1978, I, 14, note Plancqueel (arrêt rendu en application du droit antérieur à la loi du 23 juin 2006).

1457 F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 356, n° 317

1458 R. Perrot, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », RTD civ. 1978, p. 738, spéc. p. 740

que la rescision est incluse dans la nullité et qu'elle n'en serait qu'un déploiement de moindre amplitude. Ce serait nier les postulats de départ des deux actions relativement à la régularité de l'acte litigieux. Une action large peut certes contenir une action plus restreinte ; mais ce cas de figure n'est plus possible lorsque les deux actions se fondent sur des données de fait et de droit inconciliables. Une convention peut être valable et déséquilibrée, elle peut aussi être nulle, mais elle ne saurait être les deux à la fois, d'où le caractère spécieux de la thèse soutenue dans le pourvoi. Il faut ajouter à cela la différence qui résultait alors des délais de prescription dans lesquels les actions étaient ou sont enfermées car « *il n'est pas inattendu que, forclos ici, il essaie sa chance là* »¹⁴⁵⁹ : les articles 1304 ancien et 1676 du Code civil soumettent respectivement l'action en rescision à une prescription quinquennale en matière de partage et biennale en matière de vente immobilière, contre une prescription trentenaire en matière de nullité prévue par l'article 2262 ancien, avant la réforme de la prescription civile par la loi du 17 juin 2008¹⁴⁶⁰.

298. L'idée de *position de repli* avancée par Roger Perrot n'a en revanche rien d'illogique : qui peut le plus peut le moins. Pour l'admettre, les juges devraient concéder aux plaideurs certaines contradictions d'une instance à l'autre, dans l'allégation des faits et dans l'argumentation juridique. Cette tolérance permettrait au vendeur lésé d'obtenir satisfaction en revoyant à la baisse ses prétentions en cause d'appel et à l'acheteur d'échapper, s'il le souhaite, à l'anéantissement de l'acte. La substitution serait admise puisqu'elle aurait le mérite de concéder une position plus favorable à l'acheteur au stade de l'appel et, en particulier, de sauver le contrat. Il suffirait d'admettre le passage de la nullité à la rescision et de proscrire la démarche inverse.

La troisième Chambre civile n'a pas admis cette permutation¹⁴⁶¹, déjouant l'hypothèse émise au regard de l'ordre chronologique d'exercice des actions. La propriétaire d'un fonds de commerce de distribution de carburants et d'un ensemble immobilier comprenant, en bordure de la voie publique, le bâtiment dans lequel était exploité le fonds, avait convenu avec son fournisseur une vente par acte sous seing privé en date du 7 juillet 1972. Refusant par la suite de signer l'acte authentique, elle avait assigné la société acquéreuse en nullité de la vente pour dol et violence avant de réclamer, en cause d'appel, la rescision pour lésion, prétendant que les deux demandes tendaient aux mêmes fins, « *à savoir l'anéantissement de la convention* ». La cour d'appel de Metz avait déclaré cette demande irrecevable, ce qui fut approuvé par la Cour de cassation. Dans l'arrêt de rejet, la troisième Chambre civile déclare péremptoirement que les deux demandes ne tendent pas

1459 J. Carbonnier, RTD civ. 1961, p. 332, n° 1

1460 Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.

1461 Cass. civ. 3, 21 mai 1979, Bull. civ. III, n° 110, D. 1979, inf. rap., p. 474, obs. Julien ; RTD civ. 1980, p. 169, obs. Perrot ; JCP 1979, IV, 243 ; Gaz. Pal. 12-13 octobre 1979, pan.

aux mêmes fins. Elle ne précise pas quelles sont les fins des deux actions mais se fonde seulement sur la faculté offerte à l'acheteur de verser un complément de prix pour rééquilibrer la vente. C'est confondre, il est vrai, les buts vers lesquels tendent les actions avec les modalités d'exercice que la loi leur adjoint. Mais là encore, les deux demandes reposaient sur des faits bien trop différents pour être en mesure de se substituer l'une à l'autre. On aurait pu, en faisant preuve de souplesse, envisager un passage de la nullité pour absence de prix à la rescision. Encore qu'il y a une différence de degré, voire de nature, entre les deux, c'est toujours la valeur pécuniaire qui entre en jeu, d'où un « *air de famille* »¹⁴⁶² entre les deux actions. Cette affinité physiologique disparaît subitement lorsque la nullité ne se fonde plus sur l'élément objectif du prix mais sur la donnée subjective de l'intégrité du consentement contractuel. « *Il est hasardeux de savoir si cette circonstance a pu exercer une influence sur la décision. Le motif précédemment cité ne semble pas en faire cas. Et, pour cette raison, il est raisonnable de penser que la Cour de cassation a entendu verrouiller solidement toute velléité de substitution dans les deux sens* »¹⁴⁶³, c'est-à-dire de la rescision à nullité ou de la nullité à la rescision¹⁴⁶⁴.

À partir de cette jurisprudence, on est en mesure de dégager un critère rationnel pour définir les fins de la prétention : en plus du résultat matériel ou économique recherché, il s'agit de prendre en compte l'édifice de faits sur lequel s'appuient les demandes. Cette exigence participe d'une certaine recherche de la vérité. Elle dépasse la lettre des textes qui, depuis 1935, autorisent le changement de fondement juridique. Elle va aussi beaucoup plus loin que la règle de l'*estoppel* héritée de la *common law* puisque cette dernière, dans l'interprétation qu'en fait l'Assemblée plénière¹⁴⁶⁵, n'interdit pas de se contredire mais de se contredire au détriment d'autrui¹⁴⁶⁶. Or, passer de la nullité à la rescision, c'est se contredire au bénéfice de son adversaire. Les aménagements à la prohibition des demandes nouvelles constituent en effet un « *permis légal de se contredire* »¹⁴⁶⁷ à chaque fois que cette contradiction n'est pas déloyale ni dommageable.

1462 R. Perrot, RTD civ. 1980, p. 169

1463 *Ibid.*

1464 J. Miguet, *op. cit.*, p. 167, n° 135 : « *Il s'agit de deux actions distinctes et autonomes que la jurisprudence se refuse à faire entrer dans une action plus large englobant les deux. On peut dire alors que parmi les actions fondamentales il y a l'action en nullité d'une part et l'action en rescision pour lésion d'autre part.* »

1465 Cass. plén., 27 février 2009, n° 07-19.841, JCP G 2009, II, 10073, note Callé ; D. 2009, p. 1245, note Houtcieff : « *Attendu que la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir.* »

1466 H. Croze, « Recevabilité des défenses au fond et des moyens nouveaux », note sous Cass. com., 10 février 2015, n° 13-28.262, Procédures 2015, n° 4, comm. 108 : « *L'adversaire avait agi en fonction de la position initialement adoptée par son adversaire et ce changement de stratégie lui causait ainsi un préjudice qui est un élément nécessaire à l'application de la règle de l'estoppel.* »

1467 N. Fricero, « La recevabilité des moyens nouveaux en appel ou le droit de se contredire ! », note sous Cass. com., 10 février 2015, précit., JCP 2015, comm. 470

§ 2. Les divergences d'interprétation de l'identité des fins

299. Au cours de l'année 1979, trois arrêts ont confirmé cette analyse qui trace les contours de la notion d'identité des fins non seulement par référence au but poursuivi mais encore par l'examen des caractéristiques juridiques de la cause pour permettre, le cas échéant, la métamorphose d'une demande au stade de l'appel, dans la limite où le processus d'évolution de la prétention demeure vraisemblable et cohérent. Les deux premières jurisprudences admettent l'invocation de textes juridiques distincts.

D'abord, un arrêt du 10 janvier 1979¹⁴⁶⁸. Un homme avait assigné sa maîtresse en remboursement d'une somme d'argent qui lui avait servi à l'acquisition d'un appartement. Invoquant en appel la nullité du don manuel pour cause immorale sur le fondement de l'ancien article 1131 du Code civil, sa demande avait été accueillie par la juridiction du second degré qui estimait que l'objet demeurerait inchangé et que seul le fondement juridique avait été modifié. Les fins n'avaient pas évolué, elles consistaient dans le recouvrement d'une somme. On notera au passage que la Cour de cassation ne répond pas à l'argument du pourvoi qui prétend que les juges du fond « *n'auraient pas constaté que ce changement n'aggravait pas la position du défendeur, [et ainsi] n'auraient pas donné de base légale à leur décision* ».

Ensuite, un arrêt du 15 mars 1979¹⁴⁶⁹, dans lequel la société *Weber et Broutin* avait assigné en référé trois autres sociétés de la région toulousaine. Un expert ayant été nommé aux fins d'examiner un produit pour en connaître la composition, la société demanderesse avait en première instance sollicité son remplacement pour manquement à ses devoirs avant de réclamer en appel la récusation de ce même expert. L'arrêt de la cour d'appel de Toulouse rejetant cette demande comme nouvelle avait été cassé par la deuxième Chambre civile. À y regarder de plus près, les deux textes du Code de procédure civile – l'article 234 alinéa 2 et l'article 235 alinéa 2 – qui régissent la fin de la mission de l'expert et sur lesquels se fondaient les demandes successives ressemblent fort à des frères jumeaux. Le premier prévoit la récusation et le second le remplacement. Tout au plus, on pourra souligner que la société *Weber et Broutin* eût été plus avisée de présenter ces mêmes demandes dans l'ordre inverse : la récusation puis le remplacement. L'alinéa 1^{er} de l'article 235 permet d'ailleurs le remplacement « *si la récusation est admise* », l'alinéa 2 n'étant que sa conséquence, sans solution de continuité. La différence entre les deux possibilités tiendrait simplement au fait que la récusation traduit la volonté d'écarter le technicien du procès sans pour autant envisager la désignation d'un autre de ses confrères. Mais cette explication ne résiste pas à

1468 Cass. civ. 2, 10 janvier 1979, n° 77-11.357

1469 Cass. civ. 2, 15 mars 1979, n° 78-10.299

l'analyse. En effet, si l'article 235 alinéa 2 prévoit le remplacement de l'expert, « *à la demande des parties ou d'office* », ni lui ni aucun autre texte n'impose aux parties de désigner l'expert qu'elles estiment apte à remplir la mission expertale. Cela relève alors de l'office du juge, conformément à l'article 232 du Code de procédure civile. L'application de l'article 234 alinéa 1^{er} conduira nécessairement à celle de l'article 235 alinéa 1^{er} mais l'application de l'article 235 alinéa 2 n'exige pas de passer d'abord par l'article 234. Autrement dit, la récusation appelle le remplacement mais le remplacement n'est pas conditionné par la récusation. En définitive, le résultat ne change pas : que l'expert soit récusé ou remplacé, il s'agit d'obtenir du juge qu'il soit écarté, ce qui revient au même. Outre l'identité des fins, on retrouve encore le critère de non contradiction dans le raisonnement et le critère d'identité du fait servant de fondement aux demandes. Force est de constater que la demande de récusation et la demande de remplacement d'un expert ne sont pas gratuites et partent de la même observation dans le travail du technicien : une incompétence qui n'est pas acceptable quand on sait que de l'expertise peut dépendre en grande partie la solution du litige.

300. Enfin, un arrêt en date du 21 février 1979 qui, cette fois-ci, n'accepte pas le changement¹⁴⁷⁰. Deux femmes avaient acquis un appartement en état de futur achèvement auprès d'une société civile immobilière. L'immeuble dans lequel se trouvait l'appartement avait par la suite fait l'objet d'une saisie immobilière. Les deux acquéreuses avaient formé une action en distraction des biens et droits qu'elles avaient acquis, demande rejetée par le tribunal qui avait retenu leur qualité de tiers détenteurs. Les deux femmes avaient conclu en appel à la nullité de la saisie immobilière et de la procédure subséquente, la sommation au tiers détenteur prévue par l'ancien article 2169 du Code civil ne leur ayant pas été préalablement notifiée. La cour d'appel de Paris déclara cette demande irrecevable comme nouvelle et le pourvoi formé contre son arrêt fut rejeté au motif que « *la demande en distraction des biens saisis et la demande en nullité de la saisie, entièrement différentes dans leur fondement et leur mode d'introduction et de poursuite, ne tendent pas aux mêmes fins, la première ayant pour objet le retrait de la saisie des biens frappés de cette mesure d'exécution, la seconde aboutissant à l'annulation de la procédure de saisie* ». On objectera que les deux actions tendaient au même résultat et que la distraction d'un bien d'une saisie ou la nullité de ladite saisie revient, de toute façon, à libérer le bien et, en le rendant à nouveau disponible, à conserver les droits réels acquis sur lui. En ne suivant pas ce raisonnement, la Cour de cassation considérerait alors que les fins recherchées ne se réduisent pas purement et simplement au but ultime auquel aspire le demandeur. Juridiction du droit, elle n'abandonne pas l'identité des fins à l'appréciation souveraine

1470 Cass. civ. 2, 21 février 1979, n° 77-13.505 – V. cependant Cass. civ. 3, 29 juin 1983, n° 81-15.435

des juges du fond mais exerce sur elles son contrôle¹⁴⁷¹, ce qui signifie bien que le concept n'est pas purement factuel ou économique mais qu'il conserve une coloration juridique au regard des moyens mis en œuvre. À cela il faut ajouter que la distraction du bien litigieux a des conséquences moindres que l'annulation de la saisie qui risque d'affecter un nombre plus grand de personnes intéressées par cette voie d'exécution. Après une jurisprudence plus ou moins libérale, la Cour de cassation revenait à une certaine rigueur en mesurant l'ampleur du « *risque que pourrait entraîner une globalisation excessive des fins poursuivies, en négligeant le procédé technique mis en œuvre pour y parvenir* »¹⁴⁷². Cette solution pourtant ne s'est pas maintenue, en tout cas pas dans la jurisprudence de toutes les chambres : la doctrine de la Cour de cassation est quelquefois en dents de scie, comme le révèle un arrêt rendu cinq ans plus tard par la première Chambre civile, qui continuait à promouvoir une vision très large des fins de la demande¹⁴⁷³.

301. Dans cette affaire, les associés d'une coopérative vinicole corse, reprochant à ses dirigeants des fautes et des irrégularités de gestion, avaient cessé d'acquitter leurs obligations d'apport. La coopérative les avait alors assignés en paiement de diverses sommes en exécution de ces obligations. Les associés avaient formé une demande reconventionnelle pour faire déclarer fondé leur retrait de la coopérative vinicole en application de l'article 9 des statuts de la société. Leur demande ayant été rejetée, ils invoquèrent en appel la condition résolutoire en prenant appui sur les mêmes fautes et irrégularités précédemment alléguées. La cour d'appel de Bastia avait déclaré cette demande irrecevable comme nouvelle en énonçant que « *les demandes tendent elles-mêmes à des fins différentes, la demande basée sur l'article 9 des statuts laissant subsister à la charge de l'associé diverses obligations, la demande en résolution du contrat effaçant pour l'avenir toutes obligations réciproques* ». La première Chambre civile a cassé l'arrêt avec une motivation pour le moins surprenante. Elle rappelle d'abord que l'action en résolution est de droit et qu'elle est « *ouverte à toute partie à un contrat synallagmatique qui soutient que l'autre partie ne satisfait pas à son engagement* ». Elle estime ensuite que les fins sont identiques, « *à savoir la cessation des rapports contractuels entre les parties* ». Au fond, cela est vrai : qu'ils se soient fondés sur les statuts de la société ou sur l'ancien article 1184 du Code civil, les associés ne cherchaient pas autre chose que d'être affranchis des obligations qu'ils avaient contractées à l'égard de la coopérative vinicole, d'autant plus qu'en ce type de contrat, « *la Cour de cassation semble bien décidée en*

1471 Cass. civ. 3, 25 février 2016, n° 14-29.760 : au visa des articles 564 à 567 du Code de procédure civile, cassation pour défaut de base légale de l'arrêt qui n'a pas recherché si la demande présentée en appel ne tendait pas aux mêmes fins que celle formulée en première instance.

1472 R. Perrot, RTD civ. 1980, p. 169, spéc. pp. 170-171

1473 Cass. civ. 1, 3 octobre 1984, n° 83-11.373, JCP 1985, II, 20475, note Prévault : Gaz. Pal. 1985, pan. 18, obs. Guinchard ; RTD civ 1985, p. 450, obs. Perrot

faveur de la thèse contractuelle »¹⁴⁷⁴ qui prend le dessus sur l'aspect institutionnel de la situation, legs d'une société rurale aujourd'hui en déclin. Elle emploie enfin une expression inusuelle et quelque peu troublante parce qu'approximative. Selon elle, les actions tendaient aux mêmes fins, « *même si leurs conséquences n'étaient pas strictement identiques* ». Il est évident que les conséquences ne sont pas identiques, puisque le retrait fondé sur l'article 9 des statuts laissait subsister certaines obligations à la charge des associés. Peut-être la Haute juridiction a-t-elle estimé qu'il était loisible à ces derniers de chercher une libération des liens contractuels, quitte à supporter certaines contraintes s'ils estimaient que le résultat global ne jouait pas en leur défaveur. La conception est certes libérale, mais il n'est pas déraisonnable de laisser à ceux qui souhaitent emprunter cette voie la faculté de se retirer du contrat tout en demeurant débiteurs de quelques obligations. Si cela avait été demandé en appel, la situation aurait ressemblé à l'hypothèse de la position de repli résultant du passage de la nullité à la rescision. Ce n'était pas le cas, la résolution aux conséquences plus radicales ayant été réclamée devant la juridiction supérieure. « *Ainsi, selon la Cour de cassation, il suffit que les deux demandes conduisent au même résultat pour l'essentiel, ce qui revient à dire que l'effet juridique principal de chacune des deux règles doit être concrètement équivalent (à défaut d'être identique), compte tenu des données de l'espèce.* »¹⁴⁷⁵ La première Chambre civile, contrairement à la troisième, semble donc attachée à une vision particulièrement compréhensive des fins de la demande.

302. Néanmoins, la phrase « *même si leurs conséquences n'étaient pas strictement identiques* » ne laisse pas de surprendre. Non seulement les conséquences ne sont pas strictement identiques, mais encore elles sont fort différentes ! L'approximation de la formule est de nature à semer le doute. La doctrine ne saurait avoir une claire connaissance du droit positif sans une formulation claire, et la pratique judiciaire a besoin de directives aux contours nets et sans ambiguïtés afin de ne pas risquer la perte du procès pour l'auxiliaire de justice et la cassation pour le magistrat. La première Chambre civile ne se contente pas d'interpréter largement l'article 565 du Code de procédure civile, ce qui serait admissible si l'on était en possession de critères suffisants pour que, tout en restant souple, l'interprétation ne soit pas livrée au hasard ou à l'arbitraire. Les fins auxquelles tendent les demandes doivent donc être identiques mais il n'est pas nécessaire qu'elles soient strictement identiques. On a du mal à comprendre ce concept, car aucune source, textuelle ou prétorienne, ne vient nous éclairer en nous indiquant jusqu'à quel degré les conséquences des actions exercées peuvent légitimement être dissemblables. Des variations sont donc admises, mais

1474 J. Prévault, note sous Cass. civ. 1, 3 octobre 1984, n° 83-11.373, JCP 1985, II, 20475

1475 J. Héron et T. Le Bars, *op. cit.*, p. 606, n° 764

dans quelle mesure et jusqu'où, nul ne le sait. Il est donc loisible aux parties et aux juges de s'aventurer à tâtons sur des terrains changeants d'une instance à l'autre. Or, les terrains changeants peuvent être accidentés, voire minés, et marcher à tâtons c'est aussi courir le risque de tomber dans un précipice. Heureusement, il leur est toujours permis d'espérer que les conséquences qui ne sont pas strictement identiques le seront suffisamment pour ne pas encourir la censure de la Haute juridiction. Mais quel juge et quel avocat peut se satisfaire de l'espérance qu'il utilise opportunément les règles de la procédure ? La solution a le mérite de la franchise et le défaut de l'instabilité. Personne n'ignore que la jurisprudence de la Cour de cassation est quelquefois capricieuse, d'où certaines critiques de la doctrine : « *le temps des avancées sur la pointe des pieds est révolu et désormais, afin que nul ne s'y trompe, elle le dit ouvertement. Après tout, mieux vaut savoir à quoi s'en tenir* »¹⁴⁷⁶.

303. Une explication logique est toutefois possible à cette jurisprudence. Elle permettrait en outre de cerner avec précision dans quelle mesure la prétention peut en même temps évoluer et continuer de tendre aux mêmes fins. Dans l'arrêt du 3 octobre 1984, la première Chambre civile admet que les conséquences ne soient pas strictement identiques, et non les fins. En ne se prononçant pas sur cette notion, elle ne limite pas la portée de l'article 565 du Code de procédure civile. On peut donc en déduire que les fins doivent demeurer strictement identiques, que les actions pour y parvenir doivent viser ce même but, mais que les conséquences de ces mêmes actions peuvent être diverses. « *La suprématie de l'identité des fins sur l'éventuelle disparité de conséquences était ainsi clairement affirmée, un trait de plume ayant suffi à écarter fermement l'argument qui servait de fondement à la jurisprudence antérieure.* »¹⁴⁷⁷ En suivant ce raisonnement, le cocontractant qui demande la rescision en première instance et la nullité en appel (ou l'inverse), a toujours en vue l'anéantissement du contrat. Cette libération des liens contractuels constitue les fins de la prétention. La prétention demeure donc stable même si les demandes peuvent changer au fil des degrés de juridiction. Quand bien même il s'agirait de résiliation en première instance et de nullité, de rescision ou de résolution en appel, l'anéantissement de l'acte est toujours la fin poursuivie, et la rétroactivité ne se présente plus que comme une conséquence, indifférente aux yeux de plaideur. Cette interprétation, plus subjective, exige « *une appréciation des intentions du plaideurs au-delà de l'expression de sa prétention* »¹⁴⁷⁸. Elle n'en est pas moins conforme à la lettre de l'article 565, et il est probable que les auteurs du Code de procédure civile – dont la rigueur scientifique est connue – eussent choisi une notion plus précise, voire une notion juridiquement technique, s'il avaient

1476 R. Perrot, RTD civ. 1985, p. 450, spéc. p. 451

1477 L. Weiller, *op. cit.*, p. 342, n° 363

1478 J. Beauchard, *Le renouvellement en appel de la matière litigieuse dans le procès civil*, thèse Poitiers, 1979, p. 244

voulu maintenir dans le droit de la procédure une rigoureuse immutabilité du litige.

Par conséquent, « *les fins résident dans le résultat recherché par le demandeur lui-même, c'est-à-dire l'anéantissement de l'acte dans l'un et l'autre cas, même si cet objectif peut être contrarié par le défendeur en rescision* »¹⁴⁷⁹. Cette analyse se maintient même quand on prend en considération les droits de la défense. D'abord, lorsque la nullité est invoquée postérieurement à la rescision, c'est que le défendeur n'a pas fait usage de la faculté de rachat de la lésion à lui ouverte par l'article 889 ou par l'article 1681 du Code civil. Ensuite, le principe de liberté de la défense, « *fondement facile à invoquer à l'appui de l'admission des demandes nouvelles* »¹⁴⁸⁰, en vertu duquel une prétention nouvelle émise par le défendeur n'est considérée que comme une défense à une prétention adverse¹⁴⁸¹ ou est admise s'il s'agit d'une demande reconventionnelle¹⁴⁸², doit avoir pour contrepartie celui de liberté de la demande, surtout quand on sait que la jurisprudence se montre très compréhensive sur ce terrain à l'égard des défendeurs¹⁴⁸³. Enfin, le changement de fondement juridique admis par l'article 565 du Code de procédure civile conduira forcément à un changement dans l'argumentation du défendeur, et ne pas admettre l'évolution de la défense c'est aussi refuser l'évolution de fondement de la demande, ce qui revient à priver le texte de sa portée. La maîtrise des fins appartient donc au demandeur, qui a le devoir de ne pas les modifier ; les actions tendant aux mêmes fins seront susceptibles d'engendrer des conséquences différentes en première instance et en appel ; la réalisation effective de ces conséquences sera, souvent, le fait du défendeur¹⁴⁸⁴, mais sa réaction possible n'est jamais une condition de recevabilité de la demande.

1479 J. Passa., *op. cit.*, p. 116

1480 J. Miguët, *op. cit.*, p. 184, n° 146

1481 C.P.C., art. 564

1482 C.P.C., art. 567

1483 Cass. civ., 30 juin 1884, DP 1885, I, 302 – Cass. civ., 30 avril 1897, DP 1897, I, 515 : « *Le principe des deux degrés de juridiction établi pour les demandes n'est pas applicable aux moyens de défense et, par suite, il appartient au défendeur, en vue d'écarter l'action principale, d'invoquer pour la première fois en appel, une qualité dont il ne s'était pas prévalu en première instance.* » – Cass. civ., 30 juin 1884, précit. : après avoir soutenu qu'il avait droit de procéder à des enchères publiques en qualité de courtier, le défendeur peut exciper en appel de la délégation spéciale du consul des États-Unis et des immunités concédées sur ce point à ce dernier. – Cass. civ. 1, 5 novembre 2014, n° 13-22.742 : en matière de partage, les parties sont respectivement demanderesses et défenderesses quant à l'établissement de l'actif et du passif, d'où il suit que toute demande doit être considérée comme une défense à une prétention adverse. – Cass. com., 10 février 2015, n° 13-28.262, RTD civ. 2015, p. 452, note Cayrol : viole les art. 72 et 563, la cour d'appel qui déclare irrecevable un moyen nouveau en invoquant la règle de l'*estoppel*, selon laquelle nul ne peut se contredire au détriment d'autrui. – Cass. civ. 1, 4 décembre 1979, Bull. civ. I, n° 301, D. 1981, p. 328, note Brunois : « *Ne fait qu'user du droit de se défendre en justice le plaideur qui conteste devant la juridiction du second degré avoir tenu devant les premiers juges des propos qui ont été retenus contre lui, alors même que ces propos auraient été effectivement tenus.* » – Cass. civ. 2, 22 septembre 2016, n° 15-23.886, Procédures 2006, comm. 319, Croze – V. cependant Cass. com., 20 février 2007, n° 05-18.322 : il incombe aux parties de présenter dès l'instance initiale l'ensemble des moyens qu'elles estiment de nature, soit à fonder la demande, soit à justifier son rejet total ou partiel. – V. aussi Cass. civ. 1, 12 mai 2016, n° 15-13.435, D. 2016, p. 1087 ; RTD civ. 2016, p. 923, note Théry

1484 L. Weiller, « Immutabilité ou évolution du litige en appel », *loc. cit.* : « *En résumé, les fins résident dans le résultat recherché par le demandeur lui-même, alors que les conséquences correspondent au résultat auquel conduit l'action compte tenu éventuellement de la réaction du défendeur.* » – J. Passa, *loc. cit.* : « *Mais encore faut-il distinguer les fins et les conséquences des demandes ; les fins résident dans le résultat recherché par le demandeur*

304. Par ailleurs, tout en prenant en compte les effets de droit prévus par les textes, le juge ne peut se dispenser d'une appréciation pragmatique des faits. Même si l'annulation d'une convention pose en principe un problème de restitution qui n'existe pas lorsqu'il s'agit de résiliation, la nullité d'un contrat successif partiellement exécuté est pratiquement tenue en échec dans sa rétroactivité et opère en fait comme une résiliation : dans chaque cas la partie qui a reçu une prestation qu'elle ne peut restituer doit une indemnité¹⁴⁸⁵. « *De manière schématique, la résolution est au contrat à exécution instantanée ce que la résiliation est au contrat à exécution successive* »¹⁴⁸⁶ et prononcer la première pour le second revient presque à prononcer une résiliation, d'où une certaine fongibilité des actions.

La nullité et la résolution quant à elles conduisent toutes deux à un anéantissement rétroactif du contrat. Simplement, elles se fondent sur des causes différentes : manque d'une condition de validité dans un cas, inexécution de ses obligations par l'une des parties dans l'autre. Toutefois, « *on peut défendre l'idée que la question de la validité d'un contrat est toujours implicitement contenue dans la demande d'exécution d'un contrat* »¹⁴⁸⁷. La jurisprudence n'admet pas cette interprétation et estime que le jugement qui tranche la question de l'existence d'un engagement ne tranche pas celle de sa validité¹⁴⁸⁸. Il est donc possible de poursuivre la nullité en appel après avoir choisi en première instance une démarche procédurale supposant la validité de l'engagement¹⁴⁸⁹. À partir de là, réclamer l'exécution d'un contrat avant de poursuivre sa nullité ne pose pas tant un problème de cohérence intellectuelle mais plutôt d'autorité de la chose jugée et donc de respect du double degré de juridiction.

lui-même, c'est-à-dire l'anéantissement de l'acte dans l'un et l'autre cas, même si cet objectif peut être contrarié par le défendeur en rescision ; les conséquences correspondent en revanche au résultat auquel conduit l'action, compte tenu éventuellement de la réaction du défendeur. » – Ibid., pp. 116-117 : « Nullité et résolution produisent effectivement les mêmes effets en entraînant l'anéantissement rétroactif du contrat. En revanche, la résiliation – qui concerne les contrats à exécution successive en cours – ne produit en principe effet que pour l'avenir ; mais on sait qu'il faut distinguer les conséquences d'une demande des fins recherchées à travers celle-ci ; et, les demandes en nullité et en résiliation visent bien le même but : mettre fin au contrat. »

1485 B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil. Les obligations*. Vol. 2, *Contrat*, 6^{ème} éd., Litec, 1998, p. 377, n° 1069

1486 M. Bourgeois, *loc. cit.*

1487 O. Gout, « L'éviction du juge dans la mise en œuvre des règles de protection d'un intérêt particulier », D. 2003, p. 549, n° 14

1488 Cass. civ. 2, 19 décembre 2002, n° 00-22.849, D. 2003, p. 177 – V. aussi Cass. civ. 1, 1^{er} juillet 1997, Bull. civ. I, n° 218, D. 1997, inf. rap., p. 171

1489 Cass. civ. 1, 11 avril 1995, n° 93-16.147 : la demande en nullité pour violation des règles d'ordre public relatives aux conventions passées par une société avec l'un de ses administrateurs et à l'interdiction d'une cession de clientèle, n'a pas le même objet et est fondée sur une cause différente de la demande en résiliation de la convention fondée sur la violation d'obligations contractuelles. Il s'ensuit que l'autorité de la chose jugée par la décision ordonnant la résiliation, qui n'impliquait pas nécessairement que le juge se fût préalablement prononcé sur la question de la validité qui ne lui était pas soumise, ne peut être opposée à la demande en nullité.

§ 3. *La négligence du fondement factuel*

305. Dans d'autres cas, les fins sont encore plus élargies par la simple constatation que la situation litigieuse constitue une situation de désordre *lato sensu* pouvant être résolue de diverses manières. Le concours réel offre alors une large palette de possibilités dans la demande. Ainsi, un pourvoi a pu reprocher à la cour d'appel de Montpellier d'avoir admis des demandes concernant les travaux relatifs au dallage d'un sous-sol et aux frais de déménagement et de réaménagement, qui ne se fonderaient pas sur les mêmes faits matériels que la demande originaire ; dans cette espèce, la Cour de cassation avait donné raison aux juges du fond qui avaient « *souverainement relevé que les travaux relatifs au dallage du sous-sol étaient de nature à porter remède aux désordres constatés* » et considérait que la demande présentée en appel dérivait « *de la même cause que les demandes originaires formulées, et formait avec elle le moyen d'obtenir la réparation globale du préjudice découlant des malfaçons* »¹⁴⁹⁰. Il se peut même que la cause factuelle invoquée change totalement d'une instance à l'autre, dès lors que le résultat recherché est le même : ainsi, lors d'une vente aux enchères, la demande en nullité d'adjudication en raison du comportement du notaire ne diffère pas de la demande en nullité pour défaut de prix¹⁴⁹¹. Les faits ou actes invoqués ne comptent plus : c'est le but espéré qui importe¹⁴⁹². Ici encore, la jurisprudence manque de lisibilité et n'est pas exempte de contradictions.

306. Dans un premier temps, il avait été admis que l'exercice d'une action en contrefaçon en première instance suivie d'une action en concurrence déloyale en appel tendaient aux mêmes fins : l'indemnisation pour la cour d'appel de Paris¹⁴⁹³ et « *l'interdiction de fabrication et de commercialisation* » pour la Cour de cassation¹⁴⁹⁴. En 2011 et 2012, ces deux juridictions ont rendu une solution différente¹⁴⁹⁵. La Chambre commerciale déclarait en effet « *que la cour d'appel a*

1490 Cass. civ. 3, 13 mai 1971, n° 70-10.514

1491 Cass. civ. 2, 21 janvier 1970, n° 68-12.282

1492 Cass. civ. 3, 25 septembre 2002, n° 01-11.339 : ne sont pas irrecevables comme nouvelles, au sens des articles 563, 564 et 565 du nouveau Code de procédure civile, des demandes formulées pour la première fois en appel sur la base d'actes ou de faits différents de ceux allégués en première instance dès lors que ces prétentions tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge.

1493 Paris, 4^{ème} ch. B, 17 décembre 1987, n° M09482, Juris-Data, n° 1987-027965 – Mais l'ordre inverse n'a pas été admis : Paris, 18 avril 1989, D. 1990, somm., p. 77

1494 Cass. com., 24 novembre 1987, n° 87-11.876, RTD com. 1988, p. 52, obs. Chavanne et Azéma ; Gaz. Pal. 1988, II, 317, note Guinchard et Moussa – Mais la Cour de cassation n'a pas non plus admis l'ordre inverse : Cass. com., 22 septembre 1983, n° 82-12.120, Gaz. Pal. 1984, pan., p. 33, obs. Guinchard

1495 Paris, 4 mai 2011 – Confirmation par Cass. com., 11 septembre 2012, n° 11-21.322 – V. aussi pour un précédent : Cass. com., 22 septembre 1983, n° 82-12.120, mais malgré la motivation identique à celle de l'arrêt du 11 septembre 2012, la solution peut s'expliquer par l'ordre des demandes, la demande en contrefaçon étant plus large que la demande en concurrence déloyale et ne pouvant dès lors être admise en appel. – V. également pour une distinction entre les deux actions : Cass. com., 6 novembre 1984, Bull. civ. IV, n° 297 – Lyon, 2 décembre 1957, Ann. propr. ind. 1958, p. 24

exactement décidé que ces demandes tendant à faire constater et à faire sanctionner une atteinte à un droit privatif de propriété intellectuelle ne tendaient pas aux mêmes fins que les demandes en responsabilité contractuelle et en concurrence déloyale dont les premiers juges ont eu à connaître, qui reposent respectivement sur une violation de ses engagements par une partie au contrat et sur une faute délictuelle préjudiciable à l'exercice paisible de la liberté du commerce et de l'industrie, de sorte que présentées pour la première fois en cause d'appel, elles étaient irrecevables ». Les termes employés méritent d'être soulignés : les deux actions « reposent » sur des fondements juridiques différents. Certes, « *la recherche d'effectivité d'un droit exclusif légalement protégé se différencie clairement de la recherche d'effectivité d'une convention issue de la volonté des parties* »¹⁴⁹⁶. Mais c'est ajouter à l'article 565 une condition non prévue, voire en fausser le sens par une application *contra legem*, puisque ce texte invite expressément le juge à négliger le fondement juridique invoqué et ne renvoie même pas à l'objet. Bien que ce changement de moyen de droit revienne à passer de la responsabilité contractuelle à la responsabilité délictuelle¹⁴⁹⁷, « *les deux actions visent concrètement à faire cesser les faits illicites et à indemniser le préjudice économique et moral subi* »¹⁴⁹⁸, ce qui s'inscrirait dans la logique jurisprudentielle amorcée par toutes les décisions faisant état de la réparation globale du préjudice.

307. Dans certains procès, il apparaît avec clarté que la Cour de cassation donne à l'identité des fins une coloration presque entièrement matérielle et pécuniaire. C'est le cas surtout dans les contentieux de type économique. En témoigne un arrêt rendu en 2001 par la Chambre commerciale¹⁴⁹⁹. Dans ce litige relatif à un consortium bancaire, l'une des banques partie au crédit syndiqué, souhaitant mettre un terme à son engagement, avait assigné une autre banque en résolution de la convention et en paiement du différentiel d'agios assorti des intérêts contractuels. En appel, elle avait également sollicité à titre de dommages et intérêts et sur le fondement de l'ancien article 1147 du Code civil le paiement d'agios supplémentaires qu'elle aurait dû percevoir. La cour d'appel de Paris avait accueilli cette demande, approuvée en cela par la Chambre commerciale, qui s'en expliquait par des termes déjà bien connus, à savoir « *que l'action en exécution et l'action en résolution d'une convention constituent sous deux formes différentes l'exercice du même droit et tendent aux mêmes fins* », motivation surprenante puisque l'exécution

1496 S. Chatry, « Prétentions nouvelles en cause d'appel et propriété intellectuelle », note sous Cass. com., 11 septembre 2012, précit., D. 2012, p. 2935

1497 F. Pollaud-Dulian, « Action en contrefaçon. Action en concurrence déloyale. Demande nouvelle en appel. Base de données. », RTD com. 2012, p. 769 : « *On a quelque peine à concevoir que la finalité d'une action fondée sur la responsabilité contractuelle puisse passer pour avoir la même fin que l'action en responsabilité délictuelle et que toutes deux visent la sanction de l'atteinte au droit privatif !* »

1498 S. Chatry, *loc. cit.*

1499 Cass. com. 16 janvier 2001, n° 97-14.104, D. 2001, p. 775 ; RTD com. 2001, p. 747 ; RDI 2001, p. 234

forcée n'était pas demandée. S'il était admis par l'ancien article 1184 alinéa 2 du Code civil qu'une demande en résolution et une demande en responsabilité contractuelle puissent se cumuler, il ne va pas de soi que ces deux demandes aient exactement le même but. Leur appariement légal n'explique pas pourquoi la demande en dommages et intérêts était admise en appel alors qu'elle n'avait pas subi l'épreuve du premier degré de juridiction. « *Cela étant, en l'espèce, que l'on se situe au stade de la première instance ou de la deuxième, il faut bien l'admettre, le résultat espéré était le même : le rétablissement de l'équilibre contractuel rompu par l'inexécution ; l'essentiel étant pour la banque sous-participante de récupérer le montant des agios ; et ce, quels qu'en soient les moyens.* »¹⁵⁰⁰ Une fois de plus, c'est une conception purement pragmatique et économique qui l'emporte. Cette constatation ne peut qu'être confortée par la lecture d'un autre arrêt, faisant figure d'exception, où la Chambre commerciale avait statué différemment un an et demi auparavant, en estimant que « *l'action en nullité ou en résolution qui a pour effet de mettre à néant le contrat ne tend pas aux mêmes fins que l'action en responsabilité, qui laisse subsister le contrat* »¹⁵⁰¹. Parfois, l'espèce peut apporter des éléments de compréhension : lorsque la jurisprudence considère que n'est pas nouvelle en appel la demande en réparation par équivalent au moyen de dommages et intérêts égaux au solde du contrat de prêt dont l'exécution a été demandée en première instance, on relèvera que le résultat était toujours le versement de sommes d'argent, l'obligation inexécutée étant une obligation financière¹⁵⁰².

SECTION II : L'OPTION FORMELLE

308. L'option formelle correspond à la pluralité de voies de droit que la loi offre aux plaideurs et qu'elle prend soin elle-même d'organiser. Toutefois, les alternatives légales n'ont été conçues que pour faire l'objet d'un choix *in limine litis*. Dans le silence de la loi, c'est la jurisprudence qui est venue réguler leur utilisation d'une instance à l'autre du procès. L'exécution forcée et la résolution en offrent un exemple significatif (§ 1). Le problème se complique lorsque la même alternative est ouverte à la fois par le droit commun et par les procédures spéciales. Il en est ainsi des actions

1500 V. Avena-Robardet, « Abandon de créance par le chef de file d'un pool bancaire : recevabilité de l'appel formé par une banque sous-participante », note sous Cass. com., 16 janvier 2001, D. 2001, p. 775

1501 Cass. com., 30 novembre 1999, n° 97-15.733, D. 2000, p. 110, note Avena-Robardet ; Gaz. Pal. 2000, somm., p. 17 – V. aussi Cass. civ. 2, 8 septembre 2011, n° 09-13.086, D. 2011, p. 2211 ; RTD civ. 2011, p. 762, obs. Fages – C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, thèse Lille, 1990, p. 355, n° 617 : « *Les actions en nullité et en responsabilité ne tendent pas aux mêmes fins tant est distinct le but de suppression des effets juridiques d'un contrat entaché d'une cause de nullité visé par l'action en nullité, du but de réparation du préjudice subi du fait de la conclusion du même contrat poursuivi par l'action en responsabilité. (...) Si une seule des deux actions était intentée en première instance, l'autre serait irrecevable en appel pour être nouvelle.* »

1502 Cass. civ. 2, 10 mars 2004, n° 02-15062

édiliciennes qui existent de longue date dans le droit de la vente et qui ont été codifiées plus récemment dans le droit de la consommation à la suite d'une transposition française du droit européen (§ 2).

§ 1. L'exécution forcée et la résolution

309. Les exemples précités proposent des cas de figure dans lesquels, à partir d'une situation litigieuse, des règles de droit sont successivement invoquées, lesquelles tendent aux mêmes fins, bien que leurs conséquences ne soient pas strictement identiques. À côté de cette possibilité, figure celle de l'invocation de règles de droit se fondant sur le même présumé de fait mais conduisant à des effets différents. Malgré cette disparité quant aux fins, la jurisprudence a eu tendance à admettre ces évolutions dans la mesure où il n'y avait pas de contradiction dans l'allégation du fait et du droit – ce qui, on l'a vu, n'était pas le cas de la rescision et de la nullité, pour ne citer qu'un exemple – mais seulement l'utilisation alternative des différentes solutions qu'apporte la législation civile à une situation litigieuse initiale.

Il en est ainsi des deux actions attachées à la condition résolutoire dans les contrats synallagmatiques. L'article 1228 du Code civil permet à la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté de choisir entre l'exécution forcée lorsqu'elle est possible, la résolution, ou des dommages et intérêts. La jurisprudence a précisé la portée de cette règle en considérant que le choix d'une des branches de l'alternative n'emporte pas renonciation tacite à l'autre¹⁵⁰³ et en décidant dans un arrêt du 25 mars 2009 que « *le contractant victime d'une inexécution a la faculté de modifier son option entre poursuivre soit l'exécution de la vente, soit sa résolution tant qu'il n'a pas été statué sur sa demande initiale par une décision passée en force de chose jugée* »¹⁵⁰⁴. Dans cette espèce, le double degré de juridiction n'était pas en jeu : le demandeur avait assigné ses cocontractants pour obtenir la restitution de l'acompte versé à la signature de la promesse de vente ainsi que des dommages et intérêts avant de se désister de l'instance pour les assigner derechef, cette fois aux fins de voir déclarer parfaite la vente à son profit. Cette solution, si elle « *rappelle qu'en droit des contrats tout changement d'attitude n'est pas interdit* »¹⁵⁰⁵, ne nous éclaire guère sur un éventuel

1503 Cass. civ., 6 janvier 1932, DH 1932, p. 114 – Cass. com., 27 octobre 1953, D. 1954, p. 201, note H. L. – Cass. soc., 25 juin 1954, D. 1954, somm., p. 73

1504 Cass. civ. 3, 25 mars 2009, n° 08-11.326, D. 2010, p. 224, obs. Fauvarque-Cosson ; D. 2009, AJ, p. 1020 ; RLDC 2009/60, n° 3411, obs. Maugeri ; Defr. 2009, p. 2318, obs. Savaux ; RDC 2009, p. 1004, obs. Genicon – V. aussi Cass. civ., 27 mars 1911, DP 1915, I, 97, note Cézard-Bru – Cass. civ., 6 janvier 1932, DH 1932, p. 114 – Cass. com., 31 mars 1952, S. 1953, I, 27 – Cass. com., 27 octobre 1953, D. 1954, p. 201, note H. L. – Cass. civ. 3, 3 juillet 1956, Bull. civ. III, n° 201 – Cass. civ. 3, 24 novembre 1993, Bull. civ. III, n° 151

1505 B. Fages, « Où en est-on de l'obligation de cohérence ? », RTD civ. 2009, p. 317

rapprochement des articles 1184 alinéa 2 ancien du Code civil et 565 du Code de procédure civile, l'arrêt n'étant rendu qu'au visa du premier de ces textes, le second n'étant nulle part mentionné¹⁵⁰⁶. La solution de la Chambre commerciale se servant de l'ancien article 1351 du Code civil pour faire obstacle au changement d'option dans un nouveau procès¹⁵⁰⁷ n'était peut-être pas convertible au changement d'option au sein du même procès mais dans une instance à un degré supérieur. De ce fait, l'intérêt de la question redouble lorsqu'il s'agit de savoir si l'option peut, avec la même liberté, être modifiée en cause d'appel.

Depuis longtemps, une jurisprudence constante admettait le passage en appel de la demande d'exécution forcée du contrat à la demande de résolution pour inexécution¹⁵⁰⁸. Encore que la règle était solidement établie, il n'était pas toujours aisé de la légitimer théoriquement. Au surplus, la jurisprudence ajoutait une complication en confondant parfois allègrement la résolution et la résiliation, alors même qu'il s'agit de deux choses différentes : la première est une sanction et la seconde l'exercice d'un droit, l'une a des effets rétroactifs et l'autre n'a d'effets que sur l'avenir¹⁵⁰⁹. Néanmoins, la nouvelle rédaction de l'article 1229 du Code civil semble avoir fait de la résiliation une forme de résolution. Les motifs de plusieurs arrêts de la Cour de cassation peuvent cependant nous aider à mieux comprendre son raisonnement.

1506 Pour une tentative de rapprochement des deux textes, V. Cass. civ. 2, 15 juin 1973, n° 72-11.652 : « *Vu l'article 464 du Code de procédure civile applicable à la cause, ensemble l'article 1184 du Code civil ; Attendu que, selon le premier de ces textes, ne peut être considérée comme nouvelle la demande qui procède directement de la demande originaire et tend aux mêmes fins, bien qu'elle se fonde sur des causes ou des motifs différents ; que, d'après le second, un contractant peut, après avoir poursuivi son cocontractant en exécution de la convention et à défaut d'obtenir cette exécution, en demande a résolution avec dommages-intérêts tant qu'il n'a pas été statué sur la demande originaire par une décision passée en force de chose jugée.* »

1507 Cass. com., 4 janvier 1982, n° 80-12.850

1508 Cass. req., 12 février 1855, DP 1855, I, 80 – Nancy, 2 avril 1895, DP 1895, II, 368 – Bordeaux, 15 janvier 1896, DP 1900, II, 209 – Paris, 15 janvier 1919, DP 1921, II, 55 – Paris, 25 novembre 1920, DP 1922, II, 41 – Cass. civ., 4 juillet 1921, Gaz. Pal. 1921, II, 430 – Cass. req., 24 novembre 1921, DP 1922, I, 21 – Cass. req., 3 avril 1922, Gaz. Pal. 1922, II, 29 – Cass. civ., 5 décembre 1922, Gaz. Pal. 1923, I, 195 – Cass. req., 16 janvier 1923, Gaz. Pal. 1923, II, 63 – Cass. req., 24 mars 1925, Gaz. Pal. 1925, II, 160 – Cass. civ., 16 juillet 1925, Gaz. Pal. 1925, II, 529 – Rennes, 28 mai 1926, Gaz. Pal. 1926, II, 161, note Crémieu – Paris, 10 mars 1930, DH 1930, p. 322 – Cass. com., 8 mai 1951, Bull. civ. IV, n° 158 – Cass. civ. 2, 5 novembre 1954, Bull. civ. II, n° 338 – Cass. civ. 2, 29 octobre 1968, Bull. civ. II, n° 257 – Cass. civ. 3, 17 juin 1970, n° 68-11.212, JCP 1971, II, 16768, qui ne fait pas allusion aux fins mais à l'option seulement : « *Mais attendu que la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté a le choix entre l'exécution forcée de la convention par le débiteur ou la résolution avec dommages-intérêts ; qu'il s'ensuit que la demande en résolution formée en appel n'est pas nouvelle au sens de l'article 464 du Code de procédure civile.* » – Cass. civ. 3, 2 mai 1979, Bull. civ. III, n° 94 – Cass. civ. 2, 15 juin 1973, n° 72-11.562 – Cass. com., 28 janvier 1992, Bull. civ. IV, n° 34 : le demandeur peut réclamer l'exécution forcée du contrat puis la résolution pour inexécution.

1509 T. Genicon, « Retour sur l'option entre exécution forcée et résolution : un revirement de jurisprudence regrettable », note sous Cass. civ. 3, 20 janvier 2010, RDC 2010, n° 3, p. 825 : « *Sauf à dire que la différence serait à faire entre la résolution et la résiliation, la seconde ayant davantage pour objet de mettre un terme à une relation appelée sans cela à durer, tandis que la première aurait davantage pour fonction d'opérer un rééquilibrage économique, ce qui permettrait de continuer à dire qu'elle a la même fin que l'exécution ? Mais cela serait bien compliqué...* » – J. Mestre, « Des effets de la résolution ou de la résiliation », RTD civ. 1996, p. 906 : « *Ainsi rapprochées par la vertu de l'indivisibilité, résolution et résiliation demeurent cependant habituellement distinctes au regard du temps passé, que cette dernière ne parvient pas rétroactivement à effacer.* »

310. Un arrêt d'espèce de 1968 tiré de l'abondante jurisprudence nous servira de fil conducteur¹⁵¹⁰. L'affaire concernait une vente d'immeuble. La décision n'est pas claire parce qu'elle parle tantôt de résolution, tantôt de résiliation, si bien qu'on ne sait pas exactement ce qui avait été demandé en appel. Ce qui est certain, c'est que la demande au second degré différait de celle présentée en première instance, à savoir l'exécution forcée de la vente, moyennant réserve d'usufruit et constitution de rente viagère. La Cour de cassation rejette le pourvoi qui reproche à la cour d'appel d'Orléans d'avoir accueilli cette demande qui, selon elle, « *n'était, sous une autre forme, que l'exercice du même droit, les deux actions ayant la même cause et se rattachant au même objet à savoir la réparation du préjudice résultant pour les vendeurs de l'inexécution du contrat par les acheteurs* ». Cette motivation mérite d'être analysée.

D'abord, les deux actions ne seraient que l'exercice d'un même droit. Une telle affirmation pourrait être source de confusions. Toute partie à un contrat a sur l'autre partie une créance dont le contenu est l'exécution de l'obligation convenue, selon la règle *Pacta sunt servanda*. L'unique et même droit auquel renvoie l'arrêt est celui de faire respecter les engagements bilatéraux. Pour ce faire, deux actions sont attribuées par l'article 1228 du Code civil, anciennement 1184 alinéa 2, au contractant insatisfait. Or ces deux actions pourraient être conçues comme l'exercice de deux droits distincts : droit de voir exécuter la convention ou droit de la faire anéantir. La jurisprudence considère donc de façon large que les deux actions se réduisent à l'exercice d'un seul et même droit, qu'on pourrait définir comme le droit au respect de la parole donnée, le « *respect du contrat* »¹⁵¹¹ ou, de façon plus pessimiste, le « *droit de créance bafoué* »¹⁵¹².

311. On retrouve ici l'idée selon laquelle l'action est « *le pouvoir qu'a une personne investie d'un droit d'obtenir du juge la protection de ce droit* »¹⁵¹³, quelles qu'en soient les modalités. L'action ne serait que le bouclier du droit substantiel. Le droit civil reconnaît à certaines personnes la titularité de certains droits que la procédure civile viendrait protéger au moyen d'actions qu'elle y attache. Pour un droit substantiel unique, une ou plusieurs actions seraient prévues. Dans certains cas, comme ici, le même droit substantiel ferait l'objet, en raison de sa valeur élevée, d'une double ou triple protection processuelle. On fournirait à la partie des armes distinctes et diversifiées pour la protéger des manquements de l'autre partie. Dans le cas de l'inexécution contractuelle, le droit positif légal et jurisprudentiel offre des possibilités variées. Si on les recense, les solutions proposées au créancier pour résoudre le mal de l'inexécution sont

1510 Cass. civ. 2, 29 octobre 1968, précit.

1511 Reims, 13 novembre 1990, Juris-Data n° 050075

1512 P. Julien, « L'exception d'inexécution et l'action en résolution d'une convention constituent, sous deux formes différentes, l'exercice du même droit et tendent aux mêmes fins », D. 1999, p. 217

1513 E.-D. Glasson, A. Tissier et R. Morel, *op. cit.*, t. 1, p. 423, n° 172

nombreuses¹⁵¹⁴. Autant dire que « *le demandeur n'a que l'embaras du choix pour faire son "shopping" dans la grande épicerie du droit* »¹⁵¹⁵. À tout prendre, une telle conception n'est pas choquante, quand on sait que le droit privé – y compris la procédure civile – n'existe pas comme une fin en soi mais toujours pour régir les rapports humains et, souvent, pour apporter une solution à une situation litigieuse. L'exercice des deux actions de l'article 1228 doit donc être entendu comme l'usage d'un seul et même droit : le droit de ne pas contracter à son détriment. Le droit substantiel unique pourrait se décliner en des droits procéduraux divers. Dès lors, « *l'unité entre résolution, exécution et dommages-intérêts notamment se fait autour de l'idée selon laquelle le créancier forme une action en justice pour obtenir la sanction du manquement et tel est bien leur but commun, ultime, à la lumière duquel il faut appliquer les articles 564 et suivants du Code de procédure civile* »¹⁵¹⁶. En allant plus loin, et toutes proportions gardées, il y aurait même une certaine fongibilité des actions attachées à un droit unique¹⁵¹⁷ révélant « *dans l'ensemble, une conception large de la finalité, dépassant celle de l'objet au sens technique* »¹⁵¹⁸.

L'identité des fins serait purement processuelle : gagner le procès, coûte que coûte, « *comme le chef militaire tente successivement diverses stratégies d'attaque pour arracher la victoire, seule fin véritable* »¹⁵¹⁹. Il n'en demeure pas moins que la pluralité des actions servant à garantir un même droit engendre nécessairement des effets différents : autrement il n'existerait qu'une seule action¹⁵²⁰. « *Surtout, cette jurisprudence ne craint pas d'affirmer que dès lors que deux actions constituent l'exercice du même droit, une finalité identique est nécessairement conservée* »¹⁵²¹, ce qui constitue une déformation de l'article 565¹⁵²². Il suffirait pourtant, pour éviter une telle déformation, de

1514 V. C. Chabas, « Résolution – résiliation », *Rép. Dalloz proc. civ.*, n° 362

1515 Ph. Malinvaud, « L'autonomie de la garantie des vices en matière immobilière », *RDI* 1998, p. 321

1516 T. Genicon, *loc. cit.*

1517 L. Weiller, *op. cit.*, p. 193, n° 186 : on peut relever l' « *existence de fait d'une certaine fongibilité judiciaire des actions contractuelles* ». – P. Jaubert, « Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité », *RTD civ.* 1946, p. 75, spéc. p. 99 : « *La fongibilité peut exister subjectivement entre deux choses, du moment que ces deux choses présentent pour un individu le même intérêt.* »

1518 Y.-M. Serinet, « Les demandes nouvelles dérivant du contrat en appel », note sous *Cass. civ. 3*, 20 janvier 2010, *RDC* 2010, n° 3, p. 935

1519 T. Genicon, *loc. cit.*

1520 G. Wiederkehr, obs. sous *Cass. civ. 3*, 20 janvier 2010, précit., *RGDP* 1999, n° 4, p. 627 : « *La formule de la Cour de cassation contient sa propre condamnation : lorsqu'un même "droit" fait naître plusieurs actions ou exceptions, c'est parce que ces actions ou exceptions ne tendant pas aux mêmes fins, car si les prétentions sont les mêmes et qu'en outre elles ont le même fondement, c'est qu'il s'agit de la même action ou de la même exception et non d'actions ou d'exceptions qui tendent aux mêmes fins.* »

1521 L. Weiller, *op. cit.*, p. 362, n° 394

1522 L. Weiller, *op. cit.*, p. 341, n° 360 : « *Plus fondamentalement, il est alors permis de se demander s'il n'est pas quelque peu artificiel de chercher à justifier à tout prix les solutions précitées à l'aune de l'article 565 quitte à déformer les notions qui y sont employées. Ne serait-il pas de meilleure politique et plus conforme à la sécurité juridique que d'énoncer que les actions constituant l'exercice d'un même droit ou, du moins, reposant sur le même fait matériel sont librement substituables en appel comme n'étant pas nouvelles ?* » – *Ibid.*, pp. 362-363, n° 394 : « *Cela étant, si le fait d'affirmer que l'exercice d'un même droit aboutit forcément à la même finalité mérite d'être critiqué d'un point de vue théorique, la solution pratiquement adoptée peut sans doute revêtir une certaine opportunité : elle permet en effet d'optimiser le champ d'application temporel des options formelles, sans que la*

compléter l'article 564 en ajoutant l'exercice du même droit aux cas de figure déjà prévus par ce texte ou, plus simplement, de considérer que ce n'est pas l'exercice d'un même droit qui est permis mais la protection d'un même droit par l'exercice d'actions diverses.

312. Ensuite, selon l'arrêt de 1968, les deux actions ont la même cause et se rattachent au même objet. Là encore, la constatation ne va pas de soi. La raison pour laquelle les actions sont engagées ne change pas : il s'agit, dans l'un et l'autre cas, de l'inexécution contractuelle. Tout au plus on fera remarquer que la notion de cause n'avait plus grand intérêt depuis la réforme de 1935. Au sens de fondement juridique de la demande, la cause demeurerait l'ancien article 1184 alinéa 2 du Code civil, mais affirmer cela revient à se laisser piéger par une illusion d'optique. Certes, le texte est le même, mais les deux options n'en constituent pas moins deux actions indépendantes. Il arrive, en légistique, qu'un seul et même alinéa soit le réceptacle de deux règles de droit. Quant à l'objet, soit il s'agit toujours d'une demande de rééquilibrage du contrat *lato sensu*, soit il est constitué par les demandes au fond des parties¹⁵²³ et, dans ce dernier cas, il n'est plus le même selon que l'on choisit l'une ou l'autre option. Solliciter la résolution puis l'exécution forcée, ou l'inverse, revient donc à changer l'objet de la demande, et « *les deux choses sont différentes ; les réduire à l'unité dans le creuset de l'art. 565 est probablement donner à la notion de "voie d'achèvement" ou "d'épanouissement du litige" de l'appel, une portée exagérément agressive à l'égard du principe (d'ordre public ?) du double degré de juridiction* »¹⁵²⁴.

313. Enfin, on s'aperçoit que la jurisprudence adopte une vision confuse de l'objet de la demande. Elle considère dans cet arrêt que l'objet doit être assimilé à la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat. D'une part, c'est confondre l'objet de la demande et les fins auxquelles elle tend. D'autre part, et surtout, cette analyse trahit une grave erreur de raisonnement. La réparation du préjudice né de l'inexécution relève de la responsabilité civile contractuelle prévue à l'article 1231-1 du Code civil, anciennement 1147. Cette responsabilité permet de demander au juge que le contractant nonchalant soit condamné à des dommages et intérêts. L'article 1228 poursuit des finalités différentes. En premier lieu, l'exécution forcée n'a pas pour but de réparer un préjudice mais bien de contraindre une partie à respecter les engagements qu'elle a contractés. En

règle du double degré de juridiction n'en soit véritablement heurtée. Mais dans ces conditions, pourquoi ne pas dire franchement que les actions constituant la mise en œuvre du même droit sont recevables en appel, sans le justifier par une déformation de la lettre de l'article 565 du nouveau Code de procédure civile ? » Ibid., p. 365, n° 396 : « mais les artifices terminologiques employés pour justifier la recevabilité des différents termes des options formelles méritent certainement d'être dénoncés. »

1523 Si l'on s'en tient à l'article 4 du Code de procédure civile.

1524 P. Julien, *loc. cit.*

deuxième lieu, la résolution n'est pas non plus la réparation d'un préjudice mais la sanction de l'inexécution contractuelle. Elle est utilisée par le créancier pour anéantir le contrat et non pour obtenir une indemnisation, et « *n'est qu'un mécanisme propre aux contrats synallagmatiques qui ne saurait écarter l'application du droit commun de la responsabilité* »¹⁵²⁵. En dernier lieu, si l'option prévoit le versement de dommages et intérêts, c'est forcément que la résolution isolée n'était pas de nature à réparer le préjudice. Il faut ajouter à cela que l'exécution forcée n'est pas assortie de dommages et intérêts, et que rien n'empêche de la compléter par une telle demande¹⁵²⁶. Pour aller plus loin, les dommages et intérêts peuvent même être analysés à la lumière de l'article 1221, anciennement 1142 du Code civil comme une exécution par équivalent plutôt que comme une réparation¹⁵²⁷, de même que l'exécution par équivalent et l'exécution en nature sont librement substituables¹⁵²⁸. En tout état de cause, il n'est pas nécessaire de démontrer un préjudice pour solliciter l'exécution forcée ou la résolution, ni même d'apporter la preuve du caractère fautif de l'inexécution. D'ailleurs, le préjudice n'est nulle part présenté comme une condition d'application de l'article 1228 du Code civil¹⁵²⁹. Le choix d'une des deux actions – exécution ou résolution – ne vise donc qu'à aplanir une situation contractuelle compromise, la réparation du préjudice demeurant en suspens et devant faire l'objet d'un règlement supplémentaire et souvent distinct. La doctrine majoritaire a même considéré que l'alternative légale de l'ancien article 1184 alinéa 2 avait été enrichie par une troisième branche d'origine prétorienne, à savoir la responsabilité civile autonome, branche pouvant être exercée isolément, l'action en responsabilité n'étant pas subordonnée à l'action en résolution¹⁵³⁰. La nouvelle rédaction de ce texte, devenu l'article 1228 du Code civil,

1525 C. Larroumet, note sous Cass. com., 25 février 1981, D. 1981, p. 446

1526 Cass. com., 7 février 2012, n° 10-20.937

1527 F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 1177, n° 1129 – Ph. Rémy, « Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat », in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat : la sanction du droit*, PUF, 2001, p. 121, spéc. p. 129, n° 7 : « *Dès lors qu'on réduit la résolution à sa fonction essentielle – permettre au créancier de l'obligation inexécutée de sortir du contrat en répétant le cas échéant ce qu'il a transféré sans contrepartie –, on reconnaît sans difficultés au créancier le droit de conserver, sous forme de dommages et intérêts, le gain qu'il pouvait légitimement escompter du contrat : c'est-à-dire l'intérêt positif, déduction faite de la valeur de la contre-prestation à laquelle il n'a plus droit.* » – Dans le même ordre d'idées, une fonction de réparation a pu être vue dans la nullité par L. Amiel-Cosme, « L'efficience des nullités », *Dr. et patr.* 2000, p. 83 et s., spéc. n° 83 : « *Il faut encore relever que si la nullité est prononcée par le juge, c'est en principe parce qu'elle apparaît la mieux à même à réparer, à punir, à protéger.* » – Pour une approche de la doctrine italienne, V. C. Castronovo, « La risoluzione del contratto nel Diritto Italiano », in *Il contratto inadempito, realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo*, (dir.) L. Vacca, Giappichelli-Torino, 1999, p. 243

1528 Cass. civ. 3, 10 novembre 2009, n° 08-17.526, RDI 2010, p. 96, obs. Boubli : « *Mais attendu qu'ayant relevé, sans dénaturation, qu'en première instance M. X... demandait une somme au titre des travaux nécessaires à la neutralisation des tirants d'ancrage et qu'en cause d'appel il demandait l'exécution des travaux, la cour d'appel a pu retenir que cette demande n'était pas nouvelle car tendant aux mêmes fins que celle en indemnisation du coût de ces travaux présentée devant les premiers juges pour faire cesser l'atteinte au droit de propriété de M. X...* »

1529 À propos de l'indifférence du caractère fautif de l'inexécution, V. M.-È. Pancrazi-Tian, *La protection judiciaire du lien contractuel*, thèse Aix-Marseille, 1996, p. 272, n° 329

1530 V. Cass. com., 2 mars 1993, n° 90-20.289 – C. Larroumet, note sous Cass. com., 25 février 1981, D. 1981, p. 446 – L. Weiller, *op. cit.*, pp. 73-74, n° 48 : « *De fait, c'est sans aucune difficulté que la doctrine unanime admet que le recours autonome à l'indemnisation constitue, avec l'exécution forcée et la disparition du contrat, le troisième*

semble avoir consacré ce courant doctrinal. Pourtant, la Haute juridiction ne s'embarrasse pas de telles subtilités, du moins dans le courant jurisprudentiel présenté, et entasse pêle-mêle des questions de droit très différentes en degré et en nature.

314. Cette conception erronée s'est maintenue pendant longtemps¹⁵³¹. Elle s'inspire d'une appréciation excessivement large de la notion de fins, faussée sans doute par un mélange des fins et de la cause, c'est-à-dire d'une réalité de fait et d'une réalité de droit. Pourtant, à supposer que le fondement juridique fût inchangé, cette constance de la cause n'est pas ou ne devrait pas être un élément d'évaluation de l'identité des fins poursuivies. La jurisprudence considère donc que les prétentions ne sont pas nouvelles dans la mesure où elles sollicitent la sanction d'un même comportement contractuel fautif et où elles tendent toujours à rétablir un équilibre contractuel brisé par l'inexécution, rétablissement pouvant s'opérer par des modalités aussi éloignées que la résolution, l'exécution forcée et la responsabilité civile. Si ces trois actions avaient respectivement pour fins la destruction du contrat, son plein accomplissement ou l'allocation de dommages et intérêts, il semble désormais que ces fins-là sont ravalées au rang de simples conséquences et qu'elles sont dépassées par une fin plus large et supérieure qui serait le *redressement des torts provoqués par l'inexécution*¹⁵³². L'absence de technicité juridique du concept ne fait qu'accroître l'incertitude et favoriser la labilité des actions permettant de parvenir à ce but. Cela exige du juge des qualités largement divinatoires, puisqu'il appartiendra à son office de déterminer à partir des écritures de première instance¹⁵³³ ce que *voulait* le plaideur et, à partir de cela, de décider si la prétention entre dans le champ de l'article 565 du Code de procédure civile. Le résultat global, à savoir le retour à l'équilibre contractuel, est donc seul pris en considération, dans une démarche

terme implicite de l'option inscrite à l'article 1184 [ancien] du Code civil. »

1531 Cass. civ. 3, 2 mai 1979, précit. – Cass. com., 14 juin 2005, n° 02-18.164

1532 T. Genicon, *loc. cit.* : « *En vérité, on voit bien ce qui peut être le cœur de la dispute : le sens de l'expression "mêmes fins". Quelle est la fin poursuivie par le créancier qui se plaint d'un manquement ? Tout dépend de l'approche choisie, plus ou moins large, et à dire vrai également défendable dans l'abstrait. Dans une approche étroite, on dira que la fin de l'action en résolution est la destruction du contrat alors que la fin de l'exécution est l'obtention de la prestation et tandis que la fin de l'action en dommages-intérêts est l'allocation d'une réparation. À chaque fois, il s'agit bien de résultats et donc de fins différents, techniquement du moins. Dans une approche plus souple, on aura tendance à dire au contraire qu'il ne s'agit là que d'instruments différents, au service d'une même finalité : le redressement des torts causés par l'inexécution. Ce qui importe par-dessus tout au créancier, c'est d'en finir avec l'état d'inexécution dans lequel s'est enlisé le contrat et, peut-être plus précisément, de rétablir l'équilibre rompu par l'absence concrète d'échange fidèle des prestations. Certes, il y a bien différentes voies pour cela, ne produisant pas exactement les mêmes effets techniques. Mais il ne s'agit là que de divers moyens et toutes ces demandes – exécution, résolution, dommages et intérêts – tendent à un même but car elles permettent la défense d'un même droit. Diverses armes, en somme, lui sont offertes pour parvenir à ses fins, à telle enseigne du reste qu'il ne serait pas tout à fait artificiel de voir dans chaque basculement d'option l'une des demandes nouvelles exceptionnellement autorisées par l'article 566 du Code de procédure civile. »*

1533 Cass. civ. 3, 26 mai 1992, n° 90-17.982, Bull. civ. III, n° 170, RTD civ. 1993, p. 190, obs. Perrot – Paris, 19 janvier 1993, Bull. ch. Avoués 1993, II, 56 – Quand bien même la demande n'apparaîtrait que dans les motifs et non dans le dispositif : Cass. civ. 2, 1^{er} juin 1983, RTD civ., 1983, p.789 – Cass. civ. 3, 23 novembre 1983, Bull. civ. III, n° 240, D. 1984, inf. rap., p. 240, obs. Julien – Cass. soc., 10 mai 1989, Bull. civ. V, n° 347, JCP 1989, IV, 225

moins juridique que pragmatique.

« Rationnellement cependant, tout devrait dépendre de la qualification de l'opération de remplacement, suivant que le procédé est analysé comme relevant de l'exécution de l'obligation ou de la réparation du dommage causé par l'inexécution. »¹⁵³⁴ Or, la recevabilité de la demande évoluera selon « que l'on s'arrête au degré des effets techniques de chaque sanction ou bien que l'on pousse l'analyse à un degré supérieur, celui de la correction de l'insatisfaction du créancier »¹⁵³⁵. De ce point de vue-là, la rupture de l'équilibre contractuel a déjà été examinée par le premier juge et n'est pas soustraite au double degré de juridiction, seules les solutions demandées ou ordonnées se révélant différentes. « Le procès, en effet, reste celui d'un manquement bien identifié, dont les parties ont déjà débattu, et sur lequel le premier juge a déjà porté une appréciation de quelque manière. Les juges d'appel n'interviennent donc pas en terrain vierge. »¹⁵³⁶

315. La solution était approuvée par certains auteurs, pour lesquels les diverses voies de droit ouvertes par l'ancien article 1184 alinéa 2 du Code civil, désormais 1228, ne faisaient office que de correctifs de l'insatisfaction du créancier, sans qu'il soit utile de prendre excessivement en considération leur coloration technique ou leurs conséquences concrètes parfois opposées. Ainsi, tandis que Boris Starck parlait déjà en 1947 d'« identité fonctionnelle »¹⁵³⁷ des actions, Monsieur Genicon écrivait plus récemment qu'« il existe une unité fonctionnelle entre les actions tendant à faire sanctionner l'inexécution du contrat. L'unité entre l'action en résolution, en exécution, en dommages-intérêts, se fait autour de l'idée selon laquelle le créancier forme une action en justice pour se plaindre du manquement du débiteur et en obtenir la sanction. Cela étant acquis, les différentes voies qu'il emprunte ne sont que des variations autour d'un même thème, empêchant de considérer qu'il y a modification de l'objet du litige »¹⁵³⁸. Le même auteur concluait qu'au regard du litige en souffrance, la règle *Electa una via* n'avait pas de sens. Son application rigoureuse ne servirait qu'une logique purement théorique sans aucune utilité pratique pour la qualité de la Justice et l'apaisement du conflit.

C'est oublier pourtant que les fins, si elles sont une réalité économique et matérielle, sont censées être cernées de façon précise par la demande en première instance afin de ne pas heurter le principe du double degré, et qu'un changement de la prétention ne saurait être toléré sous le

1534 L. Weiller, *op. cit.*, p. 74, n° 48

1535 T. Genicon, « Choix entre exécution forcée et résolution : souplesse dans l'exercice de l'option... mais jusqu'à quand ? », note sous Cass. civ. 3, 25 mars 2009, RDC 2009, p. 1004

1536 *Ibid.*

1537 B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, 1947, p. 309

1538 T. Genicon, *loc. cit.*

prétexte qu'il renvoie de façon indifférenciée à la situation litigieuse, voire à un questionnement juridique précis. Le droit positif offre diverses solutions, mais doit-on être admis à demander tout et son contraire pourvu que la querelle soit apaisée ? On retrouve l'idée d'une position de repli, avec pour objectif la préservation du contrat, quitte à permettre certains changements de direction en appel, mais encore faudrait-il savoir s'il est plus avantageux d'être défendeur à une demande en exécution forcée ou à une demande en résolution. Ce qui est certain, c'est qu'il n'y a aucune incohérence à passer de l'une à l'autre, contrairement au passage de la rescision à la nullité, où « l'exigence d'un comportement cohérent (...) devrait conduire à limiter la possibilité de cumuler ainsi l'exercice des voies de droit »¹⁵³⁹.

316. La Cour de cassation a mis les deux volets de l'ancien article 1184 alinéa 2 sur un pied d'égalité en autorisant une alternance sans hiérarchie. Un tel choix est en harmonie avec la faculté prétorienne concédée au défendeur d'écarter la résolution en exécutant le contrat¹⁵⁴⁰, y compris après le jugement prononçant la résolution, le maintien du contrat ayant pour corollaire la réformation du jugement¹⁵⁴¹. On pourrait s'inquiéter de voir que l'initiative d'une personne privée met ainsi en échec une décision de justice, mais la jurisprudence a permis d'éviter ce risque en autorisant le juge à déclarer l'exécution tardive et prononcer ainsi la résolution du contrat¹⁵⁴².

La doctrine de la Haute juridiction était cependant différente au regard de l'office du juge, l'autorisant à ordonner l'exécution forcée alors qu'avait été demandée la résolution¹⁵⁴³, mais refusant l'inverse¹⁵⁴⁴, et l'invitant à rechercher si l'inexécution pouvait être simplement réparée par des dommages et intérêts¹⁵⁴⁵, dans un souci « que tout soit mis en œuvre pour sauver le contrat et que son anéantissement ne soit accepté qu'en désespoir de cause »¹⁵⁴⁶. Quoique constituant une violation du principe de l'indisponibilité du litige, cette latitude n'était en soi pas choquante quand on n'interdisait pas au créancier de demander au juge ce que le juge pouvait faire d'office. En outre,

1539 M.-È. Pancrazi-Tian, « Résolution et résiliation judiciaires », in *La cessation des relations contractuelles d'affaire*, colloque de l'IDA, PUAM, 1997, p. 73

1540 Cass. civ. 1, 17 mai 1954, Gaz. Pal. 1954, II, 83 – Cass. civ. 3, 22 mars 1983, Bull. civ. III, n° 84, Defr. 1984, p. 296, obs. Aubert

1541 Cass. civ., 27 mars 1911, DP 1915, I, 97, note César-Bru – Cass. civ., 6 janvier 1932, DH 1932, p. 114

1542 Cass. civ., 30 novembre 1949, JCP 1952, II, 6802, note Rech ; Gaz. Pal. 1950, I, 38 ; RTD civ. 1956, p. 183, obs. Mazeaud

1543 Cass. com., 24 avril 1972, Bull. civ. IV, n° 117

1544 Cass. civ. 1, 13 mars 1963, Bull. civ. I, n° 157

1545 Cass. civ., 11 avril 1910, S. 1918-19, I, 171 – Cass. req., 21 octobre 1913, S. 1914, I, 182 – Cass. req., 5 mai 1920, S. 1921, I, 298 – Cass. req., 21 décembre 1927, DH 1928, p. 87 – Cass. civ. 1, 27 novembre 1950, Bull. civ. I, n° 237 – Cass. com., 17 janvier 1962, Bull. civ. III, n° 40

1546 J. Normand, « Principes directeurs du procès », *Juriscl. proc. civ.*, Fasc. 150, n° 127 – V. aussi A. Picard et M. Prud'homme, « La résolution judiciaire du contrat pour inexécution des obligations », RTD civ. 1912, p. 61 – R. Cassin, « Réflexions sur la résolution judiciaire du contrat pour inexécution », RTD civ. 1945, p. 159 – C. Rigalle, *La résolution partielle de contrat*, thèse Lille, 2001

elle était au moins conforme à l'ancien article 1243 du Code civil¹⁵⁴⁷.

317. La Cour de cassation a maintenu sa position relativement au passage en appel d'une option à l'autre de l'ancien article 1184 alinéa 2 du Code civil jusqu'à un arrêt de 2003, dans lequel la deuxième Chambre civile a approuvé la cour d'appel de Versailles d'avoir déclaré irrecevable comme nouvelle une demande d'exécution forcée en appel succédant à une demande de résolution en première instance¹⁵⁴⁸. La cassation avait été prononcée sur une autre branche du moyen unique. Dans cette affaire, un couple avait acquis auprès d'une S.C.I. un appartement en l'état futur d'achèvement. Ayant demandé la résolution, ils avaient obtenu gain de cause. En appel, une société unipersonnelle, elle-même créancière de la S.C.I., avait demandé par la voie oblique la confirmation du jugement, ce qui lui permettait de faire entrer l'appartement dans son propre gage. Sentant poindre le danger de n'être que les vulgaires créanciers d'une société aux abois, les époux avaient fait volte-face et demandé en appel l'exécution forcée, pensant pouvoir faire évoluer leur prétention tout en se situant dans les limites de l'article 565 du Code de procédure civile découpées par la jurisprudence. La Cour de cassation n'a pas accepté cette commutation, qui n'aurait été recevable que sur le fondement de l'article 564 ; en effet, la cour d'appel n'avait pas donné de base légale à sa décision en s'abstenant de rechercher si les époux avaient eu connaissance de l'insolvabilité de la S.C.I., fait nouveau rendant exceptionnellement recevables des prétentions nouvelles. Par cet arrêt, la Cour de cassation inaugurerait une nouvelle conception des fins : désormais, les demandes tendraient aux mêmes fins lorsqu'elles auraient pour but de procurer des résultats identiques. « *Or quand le cas d'ouverture allégué est l'identité des fins, il faut avoir un solide moral pour considérer que la résolution d'une vente répond aux mêmes fins que son exécution.* »¹⁵⁴⁹

318. Cette solution a été réitérée en 2011 par la même Chambre¹⁵⁵⁰. Une société avait été condamnée sous astreinte à achever l'exécution d'un ouvrage. Ayant interjeté appel, son cocontractant avait sollicité la résolution du contrat. La cour d'appel de Nîmes avait rendu une solution parfaitement orthodoxe au regard du droit positif naguère en vigueur en retenant « *que l'action en résolution et l'action en exécution d'une convention constituent sous deux formes différentes l'exercice du même droit et tendent aux mêmes fins* ». La deuxième Chambre civile avait cassé l'arrêt en déclarant « *que la demande de résolution qui vise à mettre à néant le contrat ne*

1547 C. civ., anc. art. 1243 : « *Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande.* »

1548 Cass. civ. 2, 20 novembre 2003, n° 02-10.465, Procédures 2004, comm. 19, Perrot

1549 R. Perrot, « Appel : les virtuosités de l'appel "voie d'achèvement" », note sous Cass. civ. 2, 20 novembre 2003, RTD civ. 2004, p. 141

1550 Cass. civ. 2, 8 septembre 2011 n° 09-13.086, D. 2011, p. 2211 ; RTD civ. 2011, p. 762, obs. Fages

tend pas aux mêmes fins que la demande d'exécution sous astreinte qui le laisse subsister ». On retrouve là les conceptions doctrinales désapprouvant la jurisprudence qui, un temps durant, permettait de passer de la nullité à la rescision. Le raisonnement est transposable aux cas de l'exécution forcée et de la résolution. Ici, le postulat de départ est identique, à savoir l'inexécution contractuelle. Or les conséquences sont différentes et, partant, les fins poursuivies le sont aussi. Pour preuve, on ne peut pas en même temps demander au même juge qu'un contrat soit maintenu et qu'il ne le soit pas, qu'il disparaisse mais que les obligations qu'il renferme subsistent¹⁵⁵¹. De ce fait, exiger que le contrat produise tous ses effets ou qu'il soit anéanti rétroactivement ne revient pas au même. Les conséquences non seulement ne sont absolument pas identiques, mais encore les buts vers lesquels tendent les actions sont antinomiques et inconciliables « *et, en effet, affirmer que demander la destruction du contrat ou demander son application revient au même est, de prime abord, une allégation faite en dépit du bon sens* »¹⁵⁵². Il faut en déduire que les fins ne sont pas une notion fourre-tout mais qu'elles doivent demeurer en contact avec la demande formulée devant le premier juge et que c'est dans cette limite qu'elles peuvent évoluer en appel.

319. L'arrêt précité du 25 mars 2009 pouvait laisser croire à une divergence de jurisprudence entre la deuxième et la troisième Chambre civiles, cette dernière s'en tenant à une position traditionnelle permettant le passage d'une option à l'autre. Toutefois, comme on l'a fait remarquer, le problème était différent, dans la mesure où le demandeur n'avait pas changé d'avis en appel mais s'était seulement désisté de son action en résolution et avait réassigné ses cocontractants devant le tribunal de grande instance de Saintes en sollicitant l'exécution forcée du contrat de vente. La latitude de changer d'option en première instance n'équivalait pas à une permission semblable au stade de l'appel. Il était donc permis de croire que l'arrêt de la troisième Chambre s'accordait avec le revirement opéré par la deuxième Chambre en 2003 et qu'il n'était loisible qu'en première instance de passer de la résolution à l'exécution forcée ou de l'exécution forcée à la résolution, ce choix devenant définitif avec le prononcé du jugement.

Un indice peut néanmoins nous aiguiller si l'on examine soigneusement le vocabulaire employé dans les motifs. L'arrêt, en effet, permet un changement d'option tant qu'il n'a pas été statué « *par une décision passée en force de chose jugée* » et non « *par une décision ayant autorité de chose jugée* ». La différence est de taille¹⁵⁵³. L'autorité de chose jugée est la présomption légale

1551 V. Cass. civ. 3, 7 juin 1989, n° 87-14.083, AJDI 1990, p. 95 ; RTD civ. 1990, p. 100, obs. Rémy ; RTD civ. 1990, p. 473, obs. Mestre – Cass. civ. 1, 5 juillet 2005, n° 04-15.808, D. 2005, p. 2176 ; RDC 2006, p. 312, obs. Mazeaud

1552 T. Genicon, « Retour sur l'option entre exécution forcée et résolution : un revirement de jurisprudence regrettable », *loc. cit.*

1553 On a parfois eu tendance à confondre les deux notions. V. à ce sujet J. Berrat-Saint-Prix, *Cours de procédure civile*, 4^{ème} éd., 1821, t. 2, p. 408 : « *Un jugement acquiert cette autorité lorsque les parties n'en ont pas appelé dans*

de vérité – selon l’adage *Res judicata pro veritate habetur* – que l’ancien article 1350 du Code civil attachait au jugement. C’est « *un attribut empêchant que ce qui vient d’être tranché fasse à nouveau l’objet d’une prétention devant une juridiction de même degré* »¹⁵⁵⁴, et ce « *afin d’assurer l’immuabilité de la vérification juridictionnelle et d’interdire le renouvellement des procès* »¹⁵⁵⁵ et « *d’éviter que la même situation litigieuse ne donne lieu à des procès en cascade* »¹⁵⁵⁶. En abrogeant l’article 1350, l’ordonnance du 10 février 2016 a supprimé la liste des présomptions établies par la loi ; toutefois, la présomption de vérité inhérente à la chose jugée demeure de droit positif.

L’autorité de chose jugée est notamment attachée aux jugements définitifs, également appelés jugements sur le fond. Les jugements rendus en première instance ont autorité de chose jugée, bien que cette autorité puisse être suspendue par l’exercice d’une voie de recours et, le cas échéant, démentie. En revanche, comme en dispose l’article 500 du Code de procédure civile, les jugements – au sens générique de décisions de justice – passés en force de chose jugée sont ceux qui ne sont susceptibles d’aucun recours suspensif d’exécution. Ainsi, le jugement du tribunal a autorité de chose jugée alors que l’arrêt de la cour d’appel a force de chose jugée. Il fallait en déduire, sans doute, que « *ce droit de repentir n’était définitivement perdu qu’à la suite d’une décision passée en force de chose jugée* »¹⁵⁵⁷, en d’autres termes qu’on pouvait toujours s’en prévaloir devant la cour d’appel mais plus devant la Cour de cassation. Si disparité de jurisprudence il y avait, le désaccord a pris fin avec un arrêt de la troisième Chambre civile du 20 janvier 2010 rendu dans le cadre d’un litige relatif à un statut du fermage¹⁵⁵⁸.

320. Les propriétaires d’un bien rural avaient demandé au tribunal paritaire des baux ruraux que leur preneur soit condamné sous astreinte à réaliser certains travaux et à cesser tout abattage de bois sans leur autorisation, conformément à ce qui avait été stipulé entre eux. N’ayant obtenu satisfaction que partiellement, ils avaient interjeté appel et, devant la cour d’Orléans, sollicité la résiliation du bail, comme le permet l’article L. 411-31 du Code rural et de la pêche maritime. La demande avait été déclarée irrecevable comme nouvelle, solution approuvée par la troisième Chambre civile qui relevait « *que l’action en résiliation, qui a pour effet de mettre à néant le contrat de bail, ne tend pas aux mêmes fins que la demande tendant à l’application de clauses de ce contrat, qui le laisse subsister* ». On relèvera qu’il s’agit ici de résiliation et non de résolution, deux notions souvent

le délai légal. »

1554 L. Weiller, *op. cit.*, p. 369, n° 398

1555 *Ibid.*, p. 371, n° 399

1556 J. Normand, « La portée de la chose jugée. Un renouvellement des critères ? », RTD civ. 1995, p. 177

1557 Y.-M. Serinet, *loc. cit.*

1558 Cass. civ. 3, 20 janvier 2010, n° 09-65.272, D. 2011, p. 472, obs. Fauvarque-Cosson ; JCP 2010, n° 516, obs. Ghestin ; AJDI 2010, p. 404, obs. Porcheron ; RDC 2010, p. 825, obs. Genicon ; RDC 2010, p. 909, obs. Seube ; RDC 2010, p. 935, obs. Serinet ; Rev. loyers 2010, p. 905, obs. Peignot

confondues en jurisprudence. Toutefois, le problème demeure inchangé : la résolution ou la résiliation conduisent toutes deux à la cessation des rapports contractuels, ce qui n'est pas le cas d'une demande tendant à l'application des clauses du contrat.

321. Quant à la question de savoir s'il est licite de passer en appel de la résolution à l'exécution ou de l'exécution à la résolution, il semble que les deux avis répondent à deux logiques différentes. Les premiers arrêts cherchaient davantage à protéger la liberté du cocontractant, liberté dont l'une des déclinaisons était la possibilité de changer d'option. Les arrêts plus récents semblent faire davantage cas de la nécessité de préserver le principe du double degré de juridiction. Pour simplifier encore, le premier courant jurisprudentiel se fonde sur un raisonnement essentiellement civiliste tandis que le second traduit une mentalité processualiste plus aiguë qu'autrefois. Il est vrai que le droit du procès a connu ces dernières années une expansion notable, et il est heureux que cette discipline ait été reconsidérée à sa juste valeur, tant en doctrine qu'en jurisprudence et dans les textes. Pour autant, il serait regrettable d'exiger du juge qu'il néglige le fond du droit dans le seul but de faire respecter les règles de procédure ou, excès inverse, qu'il fasse litière des principes du droit processuel pour appliquer correctement la législation civile. Application plus ou moins exacte au demeurant, car la législation civile et la réglementation procédurale ne sont pas revêtues, comme le droit répressif, d'une autonomie, mais doivent au contraire être mises en œuvre de concert. En définitive, faut-il absolument choisir entre la liberté d'option et l'identité des fins ? Faut-il négliger ou favoriser le Code civil au profit ou au détriment du Code de procédure civile ? Il serait fort souhaitable de parvenir à un équilibre en mariant ces deux exigences.

322. Une telle nécessité n'a pas échappé à la doctrine qui, à juste titre, a montré une certaine perplexité face à un revirement jurisprudentiel aux allures fortement dogmatiques. « *À certains, l'irrecevabilité nouvellement préconisée paraîtra peut-être orthodoxe au plan des concepts. Mais son résultat pratique n'est guère satisfaisant.* »¹⁵⁵⁹ Si le droit ne saurait faire l'objet d'une réalisation approximative, il serait également fautif de le traiter comme une science exacte¹⁵⁶⁰. Le droit judiciaire, en particulier, doit recevoir un traitement qui ne néglige ni l'aspect théorique des réalités juridiques ni l'enjeu profondément concret du fonctionnement de la Justice. Vice-versa, les contestations que doit trancher un juge du fond sont autant factuelles que juridiques.

D'aucuns ont fustigé « *une lecture aveugle, formaliste, du principe de cohérence, instrumentalisée à des fins d'économie processuelle* »¹⁵⁶¹ et déploré une approche exclusivement

1559 Y.-M. Serinet, *loc. cit.*

1560 V. à ce sujet D. Guével, « Le droit : une science exacte (?) », D. 2017, p. 1465

1561 T. Genicon, « Retour sur l'option entre exécution forcée et résolution : un revirement de jurisprudence

processualiste, alors que c'est le droit des contrats qui aurait dû être décisif et donner la solution. Le procès, justement, portait sur une règle de droit civil et non sur une règle... de procédure civile. « Plus exactement, dès lors que la notion de "demande nouvelle", de l'avis des spécialistes, est l'une des plus incertaines de la procédure civile, est-il vraiment réaliste de chercher à en élaborer une conception purement processualiste, désincarnée en quelque sorte, et finalement détachée du fond du droit ? »¹⁵⁶²

323. La procédure, nul ne le conteste, est au service de l'application des règles du droit substantiel, et non l'inverse¹⁵⁶³ : le sabbat est fait pour l'homme... Cet exemple révèle que dans un litige né d'une inexécution, la règle procédurale de l'article 565 du Code de procédure civile ne peut être dissociée de la règle substantielle de l'article 1228 du Code civil. Toutes deux ont vocation à être appliquées ensemble et non pas séparément ou en les superposant. C'est pourquoi il faut peser le pour et le contre, se demander si l'exigence d'une certaine rigueur dans le domaine de la procédure ne risque pas d'enrayer la bonne marche du procès au regard du fond ou si une trop grande ductilité concédée à l'usage des règles substantielles ne risque pas de ruiner tout l'édifice processuel, lequel n'a d'autre ambition que de terminer le litige et de rétablir la concorde entre les colitigants. Ainsi a-t-on pu parler d'un mariage de raison du fond et de la procédure¹⁵⁶⁴. Finalement, il faut consentir à dépasser une technicité stérile pour épouser les formes du litige et admettre que l'application heureuse des règles de procédure n'exige pas, loin de là, que les principes de la matière concernée soient négligés. C'est ce que préconise judicieusement Monsieur Genicon qui met en garde contre le risque « de "faire tourner à vide" l'interprétation par une exégèse en vase clos » au lieu « de s'en remettre aux besoins et aux impératifs de chaque discipline concernée, au fond »¹⁵⁶⁵.

Tous les procès appellent un règlement rapide. Fort à propos, on parle de nos jours plus volontiers de célérité que de rapidité, afin de mettre en valeur la nécessité de concilier la brièveté du temps du procès avec la qualité des décisions rendues. Certains contentieux exigent encore plus que d'autres cette célérité, dont celui de l'exécution. S'agissant d'une matière extrêmement délicate, il doit être jugé avec une dextérité particulière. La possibilité ou l'impossibilité de passer librement d'une branche à l'autre de l'alternative devrait donc être évaluée au regard de la situation juridique

regrettable », *loc. cit.*

1562 *Ibid.*

1563 H. Croze, « Le progrès technique de la procédure civile », JCP G 2009, I, 108 : « Il ne faut pas perdre de vue qu'un procédé ou une procédure n'est qu'un moyen au service d'une fin. »

1564 L. Courteaud, « Aperçus sur le fait judiciaire de l'appel », in *La voie d'appel*, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 33, spéc. p. 36

1565 T. Genicon, *loc. cit.*

globale, dans un souci de protéger les droits du créancier et de ne pas léser ceux du débiteur.

324. Du côté du débiteur, on pourrait évoquer un droit à la sécurité juridique. Assigné en résolution, il peut légitimement croire que le créancier s'est désintéressé du contrat. Il envisagera peut-être de trouver un autre cocontractant. Le changement d'option du demandeur en appel serait de nature à surprendre les prévisions du débiteur¹⁵⁶⁶ et celles des tiers éventuellement intéressés pour se lier à lui par des liens synallagmatiques. Cette analyse a cependant la faiblesse de ne pas prendre en compte le caractère judiciaire de la résolution. En effet, tant que le juge ne l'a pas prononcée, le contrat subsiste et les parties sont censées le préserver tout au long de l'instance. On objectera que l'effet suspensif de la voie de recours n'aura peut-être pas pu empêcher l'anéantissement du contrat en raison de l'exécution provisoire. Cela ne devrait pas non plus être de nature à interdire au créancier de demander l'exécution forcée en appel puisque l'ancien article 1184 alinéa 2 du Code civil précisait « *lorsqu'elle est possible* ». Dès lors, ce n'est pas parce que la cour d'appel se verra dans l'impossibilité d'accéder à une telle demande qu'il faut, pour le principe, ne pas permettre qu'elle soit formulée. Mais surtout, il faut garder présent à l'esprit qu'aux termes de l'article 524 du Code de procédure civile, l'exécution provisoire peut être arrêtée par le premier président de la cour d'appel statuant en référé, notamment « *si elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives* », ce qui peut être le cas lorsqu'est en jeu la survie d'un contrat d'une importance économique indiscutable. Deux opinions sont possibles pour évaluer la situation du débiteur : une vision contractuelle aura tendance à souligner qu'il est irrecevable à se plaindre d'une situation conflictuelle qu'il a lui-même provoquée par sa négligence ; une conception processualiste considérera plutôt que le débiteur est aussi un défendeur et qu'en tant que partie au procès, il a droit à ce que son adversaire respecte une certaine cohérence dans ses prétentions, d'où « *la nécessité d'écarter l'effet de surprise [qui] s'inscrit dans le cadre plus général du respect des droits de la défense consacré par le principe dispositif* »¹⁵⁶⁷.

325. Du côté du créancier qui est aussi demandeur, il ne faut pas tirer de conclusions hâtives quant à sa volonté. Ce n'est pas parce qu'il assigne son débiteur en résolution qu'il souhaite absolument mettre fin au contrat. Accepter cette spéculation gratuite reviendrait à passer sous

1566 V. en droit belge, la théorie de la *Rechtsverwerking*, en vertu de laquelle celui qui adopte un comportement inconciliable avec un droit qu'il souhaite revendiquer, se retrouve dans l'impossibilité de s'en prévaloir. On déduit ainsi d'un comportement une renonciation tacite à un droit. Toutefois, la Cour de cassation belge a fini par rejeter cette théorie par un arrêt du 17 mai 1990. À ce sujet, V. I. Moreau-Margrève, « *Rechtsverwerking*, réflexions pour un requiem », obs. sous. Cass., 17 mai 1990, Ann. dr. Liège, 1990, p. 288, n° 3

1567 P.-L. Baganina, *op. cit.*, p. 7, n° 22

silence une des caractéristiques de l'action en résolution, sa fonction comminatoire¹⁵⁶⁸. À l'instar des clauses dites menaçantes insérées dans certains contrats – telles la clause pénale et la clause résolutoire – l'action en résolution peut être perçue comme un moyen de coercition légitime à l'encontre du débiteur morosif. La loi et la jurisprudence n'en font pas état mais depuis longtemps la doctrine s'accorde à lui reconnaître cette fonction d'intimidation¹⁵⁶⁹. Le créancier assignera le débiteur en résolution dans l'espoir que ce dernier exécute spontanément ses obligations. Il choisit cette option mais souhaite *in pectore* l'exécution du contrat et non son anéantissement. Puisque les fins de l'article 565 du Code de procédure civile sont ici l'exécution du contrat – ou au moins le remède à l'inexécution – il semble logique d'autoriser le passage vers l'action en exécution forcée plutôt que d'enfermer le plaideur dans un comportement procédural stratégique et artificiel qui, de fait, ne correspond pas au comportement contractuel qu'il souhaite adopter et voir adopter par son cocontractant. Pourtant, cette vision a deux faiblesses : d'une part, on imagine mal un demandeur conclure à la résolution tout en précisant dans ses conclusions récapitulatives qu'il ne souhaite pas la disparition du contrat mais son exécution, en effet le juge ou le défendeur ne manqueront pas de lui rappeler l'obligation de cohérence qui pèse sur lui ; d'autre part, la cour d'appel pourrait très bien répondre au créancier que s'il souhaitait l'exécution, il lui était loisible de choisir cette action au lieu de la résolution.

326. Au-delà de cette stratégie procédurale se pose le problème des rapports humains, auxquels les liens contractuels, loin d'être étrangers, participent pleinement. Deux personnes ont conclu un contrat mais l'une d'elles ne satisfait pas à ses obligations. Les relations entre les parties en seront quelque peu compromises, mais pas assez cependant pour susciter entre elles une hostilité irréversible. Le créancier assigne le débiteur pour qu'il respecte ses engagements. Dans le meilleur des cas, le procès aura fait comprendre au défendeur la nécessité de garder la parole donnée. Il se peut même qu'avant toute décision judiciaire, et souhaitant éviter une condamnation civile, il exécute ses obligations. Le demandeur satisfait n'aura qu'à se désister de sa demande en justice.

Les contrats inexécutés n'offrent pas toujours un panorama aussi idyllique. Un débiteur de mauvaise foi, offusqué par cette assignation, risquera fort de persévérer dans son abstention fautive.

1568 V. notamment en droit allemand, le mécanisme du *Nachfrist* prévu par l'article 326 du Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand).

1569 T. Genicon, *loc. cit.* – C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Paris, 1869, t. 2, p. 506, n° 531 – F. Laurent, *Principes de droit civil français*, Bruxelles, Paris, 1878, 3^{ème} éd., t. 17, p. 154, n° 139 – T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Librairie Cotillon, éd. Pichon, 1894, t. 7, *Contrats et obligations*, art. 1101 à 1233, p. 364, n° 270 : « *Le fait de réclamer d'abord la résolution, c'est-à-dire de conclure à un moyen de contrainte imaginé pour mieux assurer l'exécution du contrat, ne saurait emporter renonciation à cette même exécution.* » – G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil*, éd. Recueil J.-B. Sirey et Journal du Palais, 1907, 3^{ème} éd., t. 2, *Des obligations*, pp. 111-112, n° 918

Multipliant les manœuvres dilatoires, manifestant une attitude désinvolte ou injurieuse face à son créancier, il est clair que ce dernier aura perdu non seulement toute illusion sur l'avenir du contrat mais encore qu'il ne souhaitera plus entretenir de liens contractuels avec cet individu. Il est probable que la juridiction de première instance donne raison au créancier en condamnant son débiteur à l'exécution forcée ; mais il est non moins probable que le créancier interjette appel, ne faisant ainsi que prolonger la situation conflictuelle. En d'autres termes, le créancier aura obtenu gain de cause mais verra le procès prolongé par un débiteur obstiné. Pendant ce temps, c'est-à-dire pendant plusieurs mois, voire plusieurs années, le contrat continuera d'exister à l'état de coquille vide, ses clauses étant toujours délibérément bafouées. La condamnation est-elle prononcée sous astreinte, il se peut que le débiteur soit insolvable. Le procès intenté par le créancier n'aura eu pour seul effet que de lui faire perdre du temps, de l'argent et la patience. À bout de souffle, il est fort compréhensible qu'il renonce, au stade de l'appel, à continuer une bataille judiciaire qu'il sait perdue d'avance, quand bien même le juge lui donnerait raison. L'optimisme n'est pas la sottise de fermer les yeux devant la réalité, et « *qui ne voit lucidement les soucis que risque de causer sans cesse ce partenaire contractuel et la nécessité de s'en défaire une bonne fois pour toutes ?* »¹⁵⁷⁰ Il serait préférable qu'« *à la cohérence obstinée du débiteur – qui ne veut pas exécuter – doit pouvoir répondre la cohérence toute militaire du créancier : une cohérence dans le mouvement, qui permet de dégainer successivement ses différentes armes, de surprendre, de changer de stratégie pour parvenir à défendre efficacement ses droits contractuels ; et qui, en tout cas, ne l'oblige pas à choisir d'emblée la voie de l'anéantissement du contrat* »¹⁵⁷¹. Tout au long du procès, il est même envisageable que le créancier fasse la connaissance de potentiels cocontractants avec lesquels il souhaitera se lier. N'est-il pas paradoxal qu'un jugement, tout en le rendant gagnant, le maintienne dans ces entraves et lui ferme l'accès à des offres plus intéressantes ?

Il n'est pas juste de maintenir le créancier prisonnier du contrat qu'il souhaite désormais abandonner et de l'enchaîner à un débiteur qu'il voudrait oublier. Les contrats synallagmatiques et les actions en justice n'ont pas été conçus comme des pièges se refermant sur les parties au contrat ou à l'instance. Il serait plus judicieux, en première instance ou en cause d'appel, de l'autoriser à opter pour la résolution puisque de toute façon le contrat ne sera jamais exécuté. La solution inverse, c'est-à-dire celle retenue par les arrêts du 20 janvier 2010 et du 8 septembre 2011, revient à inciter le demandeur à solliciter la résolution dès le début, pour parer à toute éventualité, alors qu'il faudrait plutôt chercher à sauver le contrat en offrant une certaine latitude à la partie qui, au départ, souhaite y demeurer fidèle. « *Cette solution est regrettable. Certes, l'exécution forcée et la*

1570 T. Genicon, *loc. cit.*

1571 B. Fages, « L'option de l'article 1184, alinéa 2, du Code civil, érigée au rang de choix définitif », note sous Cass. civ. 2, 8 septembre 2011, n° 09-13.086, RTD civ. 2011, p. 762

*résolution judiciaire sont deux mesures différentes si on les analyse techniquement. Mais elles sont l'une et l'autre au service de la même finalité : permettre au créancier d'en finir avec l'état d'inexécution. »*¹⁵⁷²

327. L'idée d'une position de repli est, ici encore, intéressante : théoriquement, la position de repli consisterait à demander l'exécution forcée avant de passer à la résolution. Il s'agirait en effet de mettre en œuvre des moyens coercitifs dans le but de contraindre son contractant avant de se résoudre à lui rendre sa liberté. En pratique, c'est l'inverse qui souvent se produit, à la différence que la position de repli est imposée au demandeur par le juge ou par le défendeur : le juge, en effet, peut prononcer l'exécution forcée alors que la résolution a été demandée, et le défendeur peut paralyser l'action en résolution en exécutant le contrat. Cela révèle que la résolution est, dans l'esprit de la loi et de la jurisprudence, « *un remède extraordinaire auquel l'exécution doit toujours être préférée. Plus largement, l'admission des offres d'exécution s'inscrit dans la tendance à vouloir donner une dernière chance au contrat* »¹⁵⁷³.

La lecture d'un arrêt de la Chambre commerciale datant de 1972¹⁵⁷⁴ révèle très clairement la hiérarchie que la jurisprudence établit dans la « gravité » qu'elle entend imprimer à ces deux actions. Dans cette affaire, un hôtelier avait commandé à une société la fourniture et l'installation complète d'une centrale électrique destinée à alimenter l'hôtel. La société ne s'étant pas acquittée de ses obligations contractuelles, il l'avait assignée en résolution de la vente, restitution de l'acompte et paiement de dommages et intérêts. Notons, au passage, que cet arrêt se situe dans le large courant jurisprudentiel évoqué précédemment qui emploie indistinctement les termes de résolution et de résiliation comme s'il s'agissait de la même chose. En tout cas, il est évident que le demandeur souhaitait être libéré des rapports engagés avec la société *Somatex* et qu'il avait sollicité la disparition du contrat avec indemnités, tant dans son exploit introductif d'instance que dans ses conclusions d'appel. Quoiqu'ayant obtenu gain de cause pour la condamnation à des dommages et intérêts, il faisait grief à la cour d'appel d'Aix-en-Provence d'avoir prononcé l'exécution forcée sous astreinte, modifiant ainsi l'objet de la demande. Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation avait répondu que la gravité des manquements reprochés à la société par le demandeur relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond et, qu'ayant considéré cette gravité insuffisante pour motiver la résolution, la cour d'appel avait pu prescrire l'exécution forcée. Pour la Haute juridiction, la position de repli consisterait davantage dans la demande en exécution forcée, à partir du moment où le but recherché dans les litiges contractuels est la sauvegarde des conventions. Si le

¹⁵⁷² *Ibid.*

¹⁵⁷³ L. Weiller, *op. cit.*, p. 79, n° 56

¹⁵⁷⁴ Cass. com., 24 avril 1972, n° 70-13.081

droit du procès ne pâtit pas de telles décisions, il est pour le moins choquant de constater qu'on fasse fi de la sorte d'une demande aussi légitime que la libération de liens synallagmatiques encombrants. Est-ce à dire qu'en-deçà d'une certaine gravité, l'option de l'article 1228 n'existe pas (ou pas encore), seule l'exécution forcée étant possible ?¹⁵⁷⁵ Une lecture rigoureuse de la lettre du Code civil ne permet pas de conclure en ce sens.

328. Probablement faut-il considérer qu'une grille de lecture économique interprétant le contrat comme un dispositif vecteur de cohésion sociale a pris le pas sur la primauté de la volonté individuelle. Cette logique se retrouve dans la directive européenne du 25 mai 1999¹⁵⁷⁶. En effet « *il est préférable d'un point de vue économique que le contrat puisse être maintenu dès lors que le débiteur est en état de l'exécuter correctement* »¹⁵⁷⁷. Malgré cela, si l'on veut bien prendre en compte les éléments de fait d'un contentieux contractuel, il ne va pas de soi qu'il est de bonne justice de contraindre le créancier à recevoir une exécution à laquelle il préférerait la résolution, d'autant plus que, dans l'espèce précitée, l'indemnisation à laquelle il a été fait droit n'était pas liée à l'une ou l'autre des deux options. Il faudrait donc traduire en droit positif le principe dégagé par Madame Roujou de Boubée en vertu duquel la réception de l'exécution cesse d'être obligatoire pour le créancier si elle n'est plus satisfaisante¹⁵⁷⁸. Pourtant, le problème mériterait d'être abordé sous un autre jour : est-il préférable d'obtenir l'exécution alors qu'on avait sollicité la résolution, ou vaut-il mieux être débouté ?¹⁵⁷⁹

329. Le droit du divorce connaît une démarche semblable avec l'article 1076 du Code de procédure civile qui permet de substituer, même en appel, une demande en séparation de corps à une demande en divorce mais qui interdit l'inverse¹⁵⁸⁰. Cette disposition consacre une solution jurisprudentielle classique¹⁵⁸¹ dans laquelle on retrouvait le *favor matrimonii* qui cherche à

1575 V. M. Alter, *L'obligation de délivrance de la vente de meubles corporels*, thèse Paris, LGDJ, 1972, p. 292, n° 170

1576 Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, art. 3 § 2, 5 et 6 qui à la résolution du contrat privilégie son maintien au moyen de la réparation ou du remplacement du bien ou de la réduction du prix.

1577 J. Huet, G. Decocq, C. Grimaldi, H. Lécuyer, *Les principaux contrats spéciaux*, in *Traité de droit civil*, (dir.) J. Ghestin, LGDJ, 1996, p. 320, n° 11371

1578 M.-È. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, thèse Toulouse, LGDJ, 1974, p. 178 : « *Le débiteur peut obliger le créancier à recevoir la prestation promise. Il n'en serait autrement que si cette prestation cessait d'être satisfaisante.* »

1579 L. Weiller, *op. cit.*, p. 211, n° 212 : « *De fait, en pratique, dans la majorité des cas, le plaideur préférera certainement que le magistrat substitue une "fin" plus conforme à la situation caractérisée plutôt que de se voir purement et simplement débouté.* »

1580 C.P.C., art. 1076 : « *L'époux qui présente une demande en divorce peut, en tout état de cause, et même en appel, lui substituer une demande en séparation de corps. La substitution inverse est interdite.* »

1581 Cass. civ. 1, 21 octobre 1952 et, sur renvoi, Orléans, 11 mai 1955, JCP A 1955, IV, n° 2587 ; RTD civ. 1955, p. 713, obs. Raynaud – Pour l'interdiction du passage inverse : Cass. civ. 2, 28 février 1962, Bull. civ. II, n° 239, D. 1962, p. 293

sauvegarder le lien conjugal lorsque cela demeure possible. À l'heure où cette faveur témoignée à l'institution du mariage est en net recul et où la rupture du lien peut s'effectuer sans juge¹⁵⁸², d'autres considérations continuent de servir de soutien à l'article 1076 du Code de procédure civile ; en particulier, on peut y retrouver l'idée d'une « *position de repli* » élaborée par Roger Perrot¹⁵⁸³, selon laquelle la demande en séparation de corps est d'une moindre gravité – et donc est entourée de garanties procédurales de moindre intensité – que la demande en divorce, d'où la possibilité ou l'impossibilité de changer l'objet du litige selon l'ordre des demandes.

Tel un gardien du temple, la Cour de cassation a veillé sévèrement à ce que les juges du fond n'élargissent pas le cadre des options ouvertes par la loi. Pour donner un autre exemple tiré de la procédure de divorce, la législation a organisé des « passerelles » permettant de passer d'une cause à l'autre de l'article 229 du Code civil. Des changements sont permis mais ils restent encadrés par les textes qui énumèrent de façon limitative les évolutions possibles¹⁵⁸⁴. Il s'ensuit que le mécanisme est de droit étroit, quitte à favoriser la lettre de la loi au détriment de son esprit. Les auteurs de la loi du 26 mai 2004 ont voulu encourager les époux à opter pour la dissolution la moins conflictuelle possible de leur lien matrimonial. La Haute juridiction, quant à elle, a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui avait permis le passage d'un divorce pour faute en première instance à un divorce pour altération définitive du lien conjugal en appel, cette substitution n'étant pas prévue par les textes¹⁵⁸⁵.

330. Pour revenir à la liberté d'option, il faut se rendre compte à quel point le manque de souplesse dans l'application des règles de procédure – et en particulier de l'article 565 – peut conduire à des solutions néfastes. C'est pourquoi, « *justement, il est hautement préférable que ce contrôle du juge s'exerce sur le fond plutôt qu'indirectement sur le terrain procédural* »¹⁵⁸⁶. Pour autant, s'il est utile de favoriser le fond, la forme n'a pas vocation à être galvaudée. Il faut donc s'assurer que le passage d'une option à l'autre de l'article 1229 du Code civil ne porte pas atteinte à l'article 564 du Code de procédure civile qui prohibe les prétentions nouvelles devant la cour d'appel. Il ne serait pas acceptable de priver le débiteur, pour fautif qu'il soit, du double degré de juridiction. Au surplus cette faute n'est que prétendue, tant qu'il n'aura pas été statué au fond par une décision passée en force de chose jugée. De fait, lorsque la résolution et l'exécution forcée sont demandées, chacune dans une instance distincte, l'une et l'autre branche de l'alternative n'aura fait

1582 Décret n° 2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du Code civil et à diverses dispositions en matière successorale

1583 R. Perrot, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », RTD civ. 1978, p. 738, spéc. p. 740

1584 C.P.C., art. 1077 – C. civ., art. 247 et s.

1585 Cass. civ. 1, 19 mars 2014, n° 12-17.646, Procédures 2014, comm. 151, note Douchy-Oudot

1586 T. Genicon, *loc. cit.*

l'objet que d'un seul examen judiciaire. Il ne faut pas minimiser les inconvénients d'une telle situation. En particulier, lorsque le contrat est anéanti en cause d'appel et que des dommages et intérêts sont prononcés, il est regrettable que cette décision ne puisse plus être réformée, le pourvoi en cassation n'étant pas de nature à faire redresser un éventuel mal-jugé sur une question de fait, comme le montant de l'indemnisation allouée¹⁵⁸⁷. Le litige, il est vrai, n'est pas totalement privé du double degré de juridiction, car c'est toujours le même contrat et la même inexécution qui sont concernés. Malgré tout, le rattachement *lato sensu* au litige n'est pas une exception à la prohibition des prétentions nouvelles, et une demande en responsabilité contractuelle doit être regardée comme telle par rapport à une demande en résolution. Sur ce point, la jurisprudence récente de la Cour de cassation a le mérite d'être cohérente.

§ 2. Les actions édiliciennes

331. L'autre illustration, bien connue, du concours d'actions concerne le contentieux de la vente, avec les actions édiliciennes, selon la terminologie romaine. Les voies de droit ouvertes par la législation – d'origine purement interne ou d'inspiration communautaire – offrent à l'acquéreur du bien diverses possibilités qui peuvent en même temps être rangées dans plusieurs catégories : option formelle, option matérielle, concours idéal et concours réel. L'option formelle se trouvera à l'article 1644 du Code civil tandis que l'option matérielle résidera dans les solutions proposées concurremment par le Code civil et le Code de la consommation.

On a pu redouter que le courant jurisprudentiel inauguré par l'arrêt du 25 mars 2009 s'étende à d'autres concours d'actions, voire à d'autres branches du droit. À l'heure actuelle, cette crainte ne s'est pas encore réalisée. Il serait cependant regrettable que la Cour de cassation vienne à restreindre de façon drastique certaines protections que le droit de la consommation et le droit commun de la vente octroient à l'acheteur.

332. La situation est bien connue : l'acquéreur d'un bien ne trouve pas satisfaction dans la chose et intente une action en justice. L'étude de la distinction sibylline entre vice caché et défaut de conformité n'entre pas dans le cadre de notre analyse, mais on peut d'ores et déjà préciser que pour mettre un terme aux tribulations doctrinales et jurisprudentielles par lesquelles ces notions ont dû

¹⁵⁸⁷ Cass. plén., 26 mars 1999, n° 95-20.640 : « *Mais attendu que la cour d'appel a apprécié souverainement le montant du préjudice dont elle a justifié l'existence par l'évaluation qu'elle en a fait, sans être tenue d'en préciser les divers éléments.* » – Cass. mixte, 6 septembre 2002, n° 98-22.981 – Cass. civ. 2, 21 octobre 2004, n° 02-30.903 – Cass. civ. 2, 21 avril 2005, n° 04-06.023 – Cass. civ. 3, 6 mai 2003, n° 02-10.434 – Cass. civ. 2, 3 octobre 1990, n° 89-15.929 qui rappelle que la cour d'appel « *n'était liée par aucune méthode de calcul* ».

passer, l'ordonnance du 17 février 2005 a transposé en droit français la directive du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation. Cette directive a fusionné dans la notion plus large de *défaut de conformité* les actions en concours faisant double emploi dans le meilleur des cas et, dans le pire, donnant lieu à des difficultés juridiques inextricables en raison des chevauchements de qualifications. Difficultés gratuites, les résultats des actions étant semblables.

La simplification n'est cependant qu'apparente, le législateur français ayant fait le choix de transposer la directive sans abroger les dispositions préexistantes. Deux régimes concurrents existent donc : la *garantie légale de conformité* des articles L. 217-4 et suivants du Code de la consommation née de la transposition de la directive européenne, et la *garantie des défauts de la chose vendue* des articles 1641 et suivants du Code civil. Pour achever d'offrir à l'acquéreur une panoplie d'actions, le régime dérogatoire et le droit commun proposent eux-mêmes diverses voies, dont l'action rédhibitoire et l'action estimatoire pour ne citer que les plus célèbres.

La législation du droit de la consommation prévoit expressément, dans le cadre du concours d'actions, la liberté d'option de l'acheteur, en précisant à l'article L. 217-13 du Code de la consommation que ces dispositions ne privent pas l'acheteur du droit d'exercer les actions résultant des articles 1641 à 1649 du Code civil. Le demandeur devra donc soigneusement évaluer les avantages et les inconvénients de chacune des branches de ce concours d'actions et, le cas échéant, élire celle par l'exercice de laquelle sa contestation aura le plus de chances de prospérer. Dans le régime du droit de la consommation, l'acheteur a le choix entre la réparation ou le remplacement du bien¹⁵⁸⁸, mais ce choix peut n'être pas satisfait en raison de son impossibilité¹⁵⁸⁹. Dans ce dernier cas, l'acheteur a le choix entre l'action rédhibitoire et l'action estimatoire, toutes deux également ouvertes par l'article 1644 du Code civil.

333. De longue date, la jurisprudence¹⁵⁹⁰ admet le passage d'une action rédhibitoire en première instance à une action estimatoire en appel, ou inversement, dans la mesure où, selon elle, ces deux actions ont la même cause et tendent aux mêmes fins¹⁵⁹¹. Par conséquent, l'une ne saurait constituer

1588 C. conso., art. L. 217-9 al. 1^{er}

1589 C. conso., art. L. 217-9 al. 2

1590 Cass. civ., 20 juin 1917, DP 1917, I, 140 – Cass. civ., 6 novembre 1945, RTD civ. 1946, p. 145, obs. Vizios – Cass. com., 22 juillet 1953, Bull. civ. III, n° 276 – Cass. civ. 2, 11 juillet 1974, Bull. civ. II, n° 231 – Cass. civ. 3, 13 novembre 1986, D. 1987, p. 230, obs. crit. Julien qui conteste l'identité des fins. – Nancy, 14 décembre 1992, JCP 1993, IV, 2436 – Paris, 13 septembre 1996, D. aff. 1996, p. 36 – Cass. com., 22 juillet 1953, Bull. civ. IV, n° 276, D. 1953, jurisp., p. 587, qui juge que les deux actions ne sont que l'exercice d'un même droit.

1591 Pour une position plus nuancée, V. L. Weiller, *op. cit.*, p. 67, n° 41 : « Aux vices rendant la chose impropre à l'usage auquel elle est destinée, ou diminuant tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise en connaissance de cause, correspondrait l'action rédhibitoire. Aux vices n'ayant amené l'acheteur qu'à donner un moindre prix correspondrait l'action estimatoire. »

une demande nouvelle au regard de l'autre devant la juridiction d'appel. L'option reste donc ouverte tant qu'il n'a pas été statué par une décision passée en force de chose jugée. Toutefois, il n'est pas établi que ces principes soient toujours de droit positif, depuis l'arrêt du 25 mars 2009. En effet, tout en constituant des hypothèses bien distinctes, les alternatives légales des articles 1644 et 1229 du Code civil n'en demeurent pas moins très proches, ne serait-ce que parce qu'elles concernent le contentieux contractuel, et que ce qui est décidé pour l'une peut facilement être étendu à l'autre. Il serait même très logique que la Cour de cassation traite de la même façon deux options formelles dans un souci d'harmonisation et d'alignement de la procédure et du fond. On ne comprendrait pas bien, au contraire, une disparité dans les facultés d'option. En tout cas, il serait difficile de la justifier sur le plan théorique comme sur le plan pratique.

Une difficulté supplémentaire se pose, à savoir la possibilité de passer de la garantie légale de conformité en première instance à la garantie des défauts de la chose vendue en appel, et inversement. En l'absence de jurisprudence, il n'est pas aisé de répondre à cette question. Il est probable qu'en pareil cas, et si l'on fait une application analogique de la doctrine de la Cour de cassation, la solution soit la suivante : il serait certainement permis de passer d'un régime à l'autre à condition de demeurer à chaque fois dans la même branche de l'option. Le concours d'actions se réduirait ici à n'être, finalement, qu'un concours des textes applicables, d'une importance cependant négligeable quand on sait que les deux codes prévoient des remèdes semblables.

SECTION III : LE RENOUVELLEMENT DE L'OBJET

334. En considérant que les fins dépassent l'objet de chaque demande et qu'elle se réduisent, en définitive, au résultat économique recherché, on est parvenu à une conception extensive de l'objet du litige. Ce dernier peut donc connaître un élargissement (§ 1) ou une évolution (§ 2), voire un remplacement complet (§ 3).

§ 1. L'élargissement de l'objet

335. La jurisprudence, on le voit nettement, adopte une vision de plus en plus large de l'objet du litige. Certains auteurs¹⁵⁹² ont distingué l'« *indisponibilité de l'objet* » en contemplation de l'office

¹⁵⁹² G. Bolard, « La matière du procès et le principe dispositif », in *Droit et pratique de la procédure civile. Droits interne et de l'Union européenne*, op. cit., chap. 221, p. 740, n° 31 et s. – G. Bolard, « L'arbitraire du juge », in *Le*

du juge, de l' « *immutabilité de l'objet* » relativement au rôle des parties. Cela signifie que le juge n'a pas le pouvoir de redéfinir la prétention : il ne peut qu'y faire droit, la rejeter ou la déclarer irrecevable. L'objet du litige prend corps par la rencontre des prétentions des parties dans l'acte introductif d'instance et dans les conclusions en défense sans qu'il leur soit possible, sauf exception, d'émettre par la suite des prétentions supplémentaires qui auraient pour conséquence de ralentir la marche de l'instance et retarder le jugement.

Pourtant, l'immutabilité de l'objet est, à l'instar de l'immutabilité du litige, en passe de devenir une notion surannée. Il faut se rendre à l'évidence que l'objet du litige, tel qu'il est conçu à l'article 4 du Code de procédure civile, est largement absorbé, dans l'instance d'appel, par le recours à l'identité des fins. Les diverses chambres de la Cour de cassation n'ont eu de cesse, au fil des arrêts, d'imprimer aux fins des dimensions toujours plus amples, dont la conséquence logique a été la flexibilité des variations permises, y compris dans le domaine de l'objet. Il est même possible de se demander si l'objet du litige n'a pas été réduit au rôle de simple instrument procédural au service d'une fin universelle dans laquelle toutes les prétentions pourraient tenir : la condamnation de l'adversaire¹⁵⁹³.

L'affirmation pourrait être atténuée par une lecture combinée des articles 4 et 564 du Code de procédure civile : puisque selon le premier texte l'objet est fixé par les prétentions des parties et que, selon le second, les parties ne peuvent présenter de prétentions nouvelles en appel, il s'ensuit que les colitigants ne sauraient modifier l'objet du litige devant le juge du deuxième degré. Au vrai, la jurisprudence s'affranchit souvent de la lettre pour s'engager dans des voies où c'est bien l'objet qui évolue, seul le bénéfice escompté demeurant inchangé. Il semble que la demande, malgré sa juridicité, ait dégénéré en simple acte de procédure formalisant dans l'espace du procès des revendications purement économiques.

336. Un arrêt récent de la Cour de cassation illustre cette réalité¹⁵⁹⁴. Dans cette espèce, Jean de X... avait, le 6 novembre 2008, rédigé un testament olographe par lequel il instituait Charlotte Y... légataire universelle. Après la mort du testateur, son fils avait assigné la bénéficiaire de la libéralité en nullité du testament pour insanité d'esprit sur le fondement de l'article 901 du Code civil et, subsidiairement, en recel successoral. Débouté de son action en première instance,

juge entre deux millénaires : mélanges offerts à Pierre Drat, Paris, Dalloz, 2000, p. 225, n° 6 – S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *op. cit.*, p. 394, n° 516 et p. 397, n° 522

1593 J. Miguet, *op. cit.*, p. 157, n° 130 : « Dès lors, en élargissant le fondement de la prétention par intégration dans la cause de certains éléments de l'objet, puis, à partir de ce fondement élargi, en déclarant que les fins sont les conséquences possibles résultant du fondement de la demande, ces fins larges pouvant permettre à leur tour un élargissement du fondement lui-même, etc., ne peut-on pas aboutir à une notion de fins plus ou moins indéterminée qui, à limite, pourrait être l'apurement d'un contentieux plus ou moins hétérogène entre les mêmes parties ? »

1594 Cass. civ. 1, 22 octobre 2014, n° 13-24.617

l'héritier réservataire avait interjeté appel. Ayant alors adopté une *position de repli*, il sollicitait de la cour de Poitiers l'attribution de l'exploitation viticole faisant partie de la succession de son père. Cette demande d'attribution préférentielle avait été déclarée irrecevable comme nouvelle sur le fondement de l'article 564 du Code de procédure civile car elle « *visait seulement à mettre en œuvre des modalités du règlement de la succession entre les cohéritiers, tandis que les demandes initiales avaient pour objet de priver la légataire de tous droits dans la succession* »¹⁵⁹⁵. Le second moyen du pourvoi se fondait, quant à lui, sur l'article 565 du même Code, et faisait valoir « *que la demande d'un héritier réservataire dirigée contre un légataire universel aux fins d'attribution préférentielle de l'exploitation viticole composant la succession et celle tendant à la nullité du testament instituant ce légataire universel tendent aux mêmes fins, en ce qu'elles ont pour objet de permettre audit héritier réservataire de se voir conférer la qualité de seul propriétaire de ladite exploitation* ».

Sensible à cette argumentation, la première Chambre civile avait cassé l'arrêt de la cour d'appel – sur ce seul point d'ailleurs – au motif « *que la demande d'attribution préférentielle, qui avait pour objet le règlement de la succession, tendait aux mêmes fins que les prétentions initiales, dont celle formulée au titre du recel successoral* ». La formulation est intéressante, et peut-être plus encore l'incise qu'elle contient et que l'on serait à tort tenté de négliger. Dans cette phrase, l'*obiter dictum* prend soin de préciser quel est l'objet de la première demande. Curieusement, cet objet ne se confond pas avec le nom de l'action et ne consiste pas – ou en tout cas pas seulement – dans la reconnaissance d'un droit réel. Il est grossièrement défini comme le « règlement de la succession ». De prime abord, ce n'est pas faux ; mais la jurisprudence civile était habituée à plus de précision, surtout dans une matière aussi complexe que le droit patrimonial de la famille.

337. L'objet ainsi élargi et déformé, il n'était pas difficile d'insinuer ensuite qu'il demeurerait inchangé ou, à tout le moins, par une projection de l'objet sur les fins – lesquelles, il est vrai, sont plus larges que lui – de prétendre qu'elles étaient identiques et d'y faire ainsi entrer n'importe quelle action ayant trait au contentieux successoral. Bien mieux, le concept infiniment vague de « règlement de la succession » est susceptible de renvoyer à plusieurs centaines d'articles du Code civil. Il était donc très commode de vider l'objet de la demande de son contenu pour le remplacer par un contenu si grand qu'on puisse s'y mouvoir presque sans aucune contrainte. Quant à l'objet de la deuxième demande, aucun *obiter dictum* ne vient nous renseigner. Il faut donc en déduire que, selon la première Chambre civile, l'objet était resté le même, aucune mention de l'arrêt n'indiquant le contraire.

¹⁵⁹⁵ V. Avena-Robardet, « Pas de nouveauté de la demande en attribution préférentielle par rapport à celle en nullité du testament et celle formulée au titre du recel successoral », note sous Cass. civ. 1, 22 octobre 2014, précit., AJ fam. 2014, p. 713

Il y avait pourtant en l'espèce une différence de taille entre la première demande et la seconde : il s'agissait initialement de faire échec à toute dévolution successorale avant de se raviser en cherchant simplement à conserver dans son lot les biens qui intéressaient le fils du *de cuius* et qui, selon lui, appartenaient à la réserve héréditaire. L'objet n'est donc plus défini par renvoi aux moyens de droit – qui peuvent évoluer à discrétion – mais au but concret poursuivi, en l'occurrence le règlement définitif de la succession de Jean de X..., et de façon indifférenciée à la succession litigieuse. « *La Cour de cassation opère en l'occurrence une comparaison très souple des deux demandes formulées. (...) Aussi, serait-on tenté de dire, à la lecture de cette décision, qu'une prétention n'est pas nouvelle dès lors qu'en la comparant à la prétention ayant donné lieu à un premier examen, il est possible de leur trouver une finalité commune, fut-elle lointaine.* »¹⁵⁹⁶

338. La Haute juridiction n'innove pas ici dans l'interprétation des fins de l'article 565 : elle se situe dans les larges limites de la définition qu'elle a sculptée au cours des décennies précédentes. Or, l'audace n'est pas légitime de conférer une dimension aussi vaste à l'objet de la demande, ne serait-ce que parce que les actions conçues par le droit privé ont été circonscrites par le législateur pour concerner certaines situations et, par voie de conséquence, en exclure d'autres. En d'autres termes, ce n'est pas exactement pareil que de réclamer le règlement de la succession et de solliciter l'attribution préférentielle d'un bien : l'un contient l'autre, mais l'inverse n'est pas vrai. Il y a donc bien eu changement d'objet d'une instance à l'autre, bien que l'arrêt non seulement ne le dise pas, mais encore semble ne pas vouloir le dire, son unique déclaration sur ce point se limitant à un timide *obiter dictum* qui n'exprime qu'une demi-vérité. Telle avait néanmoins été l'opinion de la cour d'appel, qui a considéré qu'il y avait bien différence d'objet entre une demande visant à priver la défenderesse de tout droit successoral et une demande ne niant pas ces mêmes droits mais contestant les modalités de répartition des biens présents dans l'héritage.

Partant de là, il faut reconnaître que l'objet de la demande présentée au juge d'appel n'a pas subi l'épreuve du double degré de juridiction. Concrètement, la question de savoir si l'exploitation viticole devait être attribuée préférentiellement au fils du testateur ne s'est posée que devant la cour d'appel. Il n'est probablement pas faux de reconnaître dans ce courant jurisprudentiel une logique de gestion des moyens de la Justice. Le règlement rapide d'une succession offre des possibilités d'économie à la fois au service public et aux justiciables intéressés par le procès ; mais encore faut-il que la bonne justice ne soit pas négligée au profit de la bonne administration de la justice¹⁵⁹⁷.

1596 M. Kebir, « Recevabilité d'une demande au regard de sa finalité », note sous Cass. civ. 1, 22 octobre 2014, D. actu., 5 novembre 2014

1597 N. Fricero, « Double degré de juridiction : de la "bonne justice" à la "bonne administration de la justice" », *loc. cit.*

Peut-être aussi faudrait-il réserver l'hypothèse, plus juridique d'ailleurs, de la position de repli, qui expliquerait dans une certaine mesure la tolérance de la Cour de cassation. L'explication n'est qu'à moitié convaincante : si le bénéfice du legs universel n'est plus contesté, cet abandon mettant la légataire à l'abri d'une perte significative, la répartition proprement dite n'aura été examinée qu'une seule fois. Reste à savoir si la certitude d'être reconnue bénéficiaire d'une libéralité était suffisante pour pallier les désagréments dont elle pouvait pâtir du fait de modalités de règlement successoral ne lui donnant pas entière satisfaction. Une fois de plus, on voit que les enjeux processuels sont distincts des enjeux afférents au fond du litige.

339. Il faut noter, au passage, que l'arrêt semble employer indistinctement les mots « prétention » et « demande » comme des synonymes, ce qu'ils ne sont pas si l'on reprend la distinction proposée par Motulsky¹⁵⁹⁸. En partant de l'idée contraire, selon laquelle les notions du Code de procédure civile auraient été soigneusement choisies par le rédacteur de la décision, on pourrait arriver à la conclusion suivante : après avoir rappelé dans un attendu de principe la règle posée par l'article 565 du Code de procédure civile, l'arrêt passe du terme « prétention » à celui de « demande » au moment d'envisager les faits de la cause. Ce serait donc bien la demande qui n'est pas réputée nouvelle, et plus seulement la prétention. La demande, pourtant, n'est que l'enveloppe juridique d'une revendication factuelle, la prétention. Demander, c'est solliciter la reconnaissance à son profit d'une règle de droit ; prétendre, c'est réclamer l'attribution d'un bénéfice matériel ; la prétention ne pouvant être soumise au juge sans l'habillement de la demande. Or, s'il convient de se revêtir de vêtements juridiques, il n'est pas interdit de changer de tenue d'une juridiction à l'autre. Ici la Cour de cassation va plus loin, dans la mesure où elle assimile à ce simple changement des qualifications processuelles une modification substantielle des espérances matérielles. Pour elle, la nullité du testament et l'attribution préférentielle ne sont que des demandes, la prétention résidant dans le seul règlement de la succession. Il y a là une confusion que l'on peut difficilement admettre : les revendications présentées successivement aux différents juges, loin de n'être que de simples vêtements juridiques, ont bien une coloration matérielle. Pour le dire sans ambages, et en reprenant une formule prétorienne déjà évoquée, les conséquences ne sont pas strictement identiques. La conclusion qui s'impose est que le changement d'objet est permis en appel dès lors qu'on se situe dans un cadre juridique donné. La manœuvre n'est guère laborieuse quand on constate à quel point ces cadres juridiques sont élastiques.

340. On observe le contraste avec des courants jurisprudentiels plus anciens, qui faisaient preuve

1598 H. Motulsky, *Droit processuel*, *op. cit.*, p. 94

de davantage de précision. Citons à titre d'exemple un arrêt rendu en 1965 par la Cour de cassation¹⁵⁹⁹ qui mettait en scène un couple venant de divorcer. Après le prononcé du divorce pour faute aux torts de la femme, le mari l'avait assignée afin de faire constater qu'une double libéralité à elle consentie avant le mariage constituait un avantage matrimonial dont elle se trouvait déchu. Débouté en première instance, il avait interjeté appel en réclamant également sur le fondement de l'article 955 du Code civil la révocation de la donation en raison de l'ingratitude de la donataire. La cour d'appel d'Aix-en-Provence avait déclaré cette demande irrecevable comme nouvelle, ce que le demandeur contestait en faisant valoir qu'il « *entendait atteindre un résultat identique, à savoir la révocation de la libéralité consentie à son ex-épouse ; que le fait matériel, ayant provoqué les deux demandes, était l'adultère de la femme et le divorce prononcé à ses torts et griefs, que, par suite, la modification apportée en cause d'appel ne pouvait se heurter à l'irrecevabilité des demandes nouvelles* ».

Deux conceptions pouvaient être envisagées pour apprécier la nouveauté de la demande à l'aune de l'identité des fins : soit les fins étaient identiques et consistaient dans la mise à néant de la libéralité, soit les fins étaient différentes et correspondaient à la détermination des avantages matrimoniaux en première instance et à la révocation pour ingratitude en appel. La première Chambre civile de la Cour de cassation a retenu cette seconde opinion en relevant que l'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude sans lien avec le mariage et le divorce était soumise à des conditions différentes. Il est probable, au vu d'arrêts plus récents, que si la Haute juridiction avait à statuer sur un cas pareil à l'heure actuelle, elle retiendrait la première opinion et admettrait l'utilisation de règles de droit étrangères les unes aux autres dans le seul but de faire disparaître la libéralité. Alors « *ne peut-on pas aboutir à une notion de fins plus ou moins indéterminée qui, à la limite, pourrait être l'apurement d'un contentieux plus ou moins hétérogène entre les mêmes parties ?* »¹⁶⁰⁰

§ 2. L'évolution de l'objet

341. La définition de l'objet du litige a suscité des controverses doctrinales¹⁶⁰¹, notamment celle

1599 Cass. civ. 1, 4 mai 1965, n° 63-10.527, JCP 1965, II, 14291, note J. A.

1600 J. Miguet, *op. cit.*, p. 157, n° 130

1601 Pour une définition de l'objet, V. notamment G. Cornu et J. Foyer, *op. cit.*, p. 443, n° 98 ; p. 460, n° 100 et p. 523, n° 119 – L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, p. 421, n° 505 – H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 3, *Procédure de première instance*, Paris, Sirey, 1991, p. 58, n° 64 et p. 87, n° 88 – S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *op. cit.*, p. 388, n° 509 et s. – J. Héron et T. Le Bars, *op. cit.*, p. 219, n° 271 – G. Bolard, « La matière du procès et le principe dispositif », in *Droit et pratique de la procédure civile. Droits interne et de l'Union européenne*, *op. cit.*, chap. 221, p. 739, n° 20 et s. – H. Motulsky, *Droit processuel*, *op. cit.*, p. 201 et s. – H. Motulsky,

de savoir s'il ne recouvre que ce qui est demandé en fait ou si le droit y est aussi intégré. Puisqu'aux termes de l'article 4 du Code de procédure civile, « *l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties* » et que la prétention, au contraire de la demande, n'est pas juridique mais factuelle, il faut logiquement en déduire que l'objet du litige l'est aussi. « *L'objet du litige, c'est ainsi ce que réclame un plaideur et que l'autre lui conteste.* »¹⁶⁰² Cette réclamation ne vise qu'un avantage concret¹⁶⁰³. Simplement, l'avantage matériel dont il est question ne peut être accordé par le juge que s'il est d'abord accordé par la loi : le plaideur devra donc convaincre le juge que cet avantage lui revient en vertu du droit¹⁶⁰⁴. De la sorte, « *la prétention, qui peut n'être formulée qu'en fait, ne s'identifie pas nécessairement à l'avantage juridique que le plaideur recherche* »¹⁶⁰⁵. La demande est juridique, mais ce n'est pas elle qui forme l'objet du litige : c'est la prétention. Cette dernière peut faire et fera souvent l'objet d'une qualification juridique à travers la demande. Le juge, en raison du principe de l'indisponibilité du litige, n'est lié que par la prétention : il peut l'admettre, la rejeter ou la déclarer irrecevable et, pour y parvenir, se la faire préciser¹⁶⁰⁶, mais il ne peut jamais la modifier¹⁶⁰⁷. Le pouvoir de requalification que lui reconnaît l'article 12 alinéa 2 du Code de procédure civile ne concerne pas la prétention mais la demande dans laquelle elle s'insère, ce qui revient à affirmer que la prétention n'inclut pas la qualification juridique¹⁶⁰⁸ et que cette dernière est aussi exclue de l'objet.

La jurisprudence illustre très bien, quoique non sans certaines confusions, cette réalité. En faisant se refléter les fins sur l'objet, elle a parfois tendance à dépouiller ce dernier de toute coloration juridique, voire à opérer la confusion de l'objet et des fins. Tel est le cas d'arrêts qui admettent le passage d'une demande en résiliation d'un bail en première instance à une demande en validation d'un congé portant refus de renouvellement du bail tout en relevant que ces deux

« Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile », D. 1972, chron., p. 91, n° 28, et in *Écrits, études et notes de procédure civile, op. cit.*, p. 275, spéc. p. 290 – R. Martin, *Théorie générale du procès : droit processuel*, Éd. jud. et tech., 1984, n° 120 et s.

1602 L. Weiller, *op. cit.*, p. 196, n° 190

1603 G. Bolard, « La qualification de l'objet de la demande, le devoir du juge de requalifier les faits », JCP G 1997, II 22944

1604 W. J. Habscheid, *Introduction à la procédure judiciaire. Les systèmes de procédure civile*, Faculté internationale pour l'enseignement du droit comparé, Strasbourg, 1968, p. 53 : « *L'objet du litige se définit par l'affirmation du demandeur qu'on doit lui reconnaître dans la procédure entamée les suites légales demandées en raison d'un état de fait déterminé.* »

1605 J.-Ph. Tricoire, *op. cit.*, p. 7, n° 5

1606 C.P.C., art 8 – Cass. civ. 2, 21 octobre 2004, n° 02-30.903, JCP G 2005, I, 125, n° 8, obs. Serinet ; RTD civ. 2005, p. 182, obs. Perrot

1607 V. par ex. Cass. civ. 3, 21 juin 1972, n° 71-11.866 – Cass. civ. 3, 4 novembre 1976, n° 75-14.045 – Cass. civ. 2, 10 juillet 1996, n° 94-16.906, D. 1996, inf. rap., p. 200

1608 V. G. Bolard, « La matière du procès et le principe dispositif », in *Droit et pratique de la procédure civile. Droits interne et de l'Union européenne, op. cit.*, chap. 221, p. 740, n° 33 : la prétention « *comporte évidemment des éléments de fait, à défaut elle serait abstraite et sans intérêt concret pour les plaideurs. Inclut-elle aussi la qualification qu'en donnent les plaideurs ? Dans l'affirmative le juge ne pourra pas requalifier la prétention, et inversement* ».

demandes ont le même objet, à savoir « *la cessation des rapports locatifs et l'expulsion du locataire* »¹⁶⁰⁹. La distinction n'est plus clairement opérée entre les fins et l'objet, mais on peut toutefois expliquer ce courant jurisprudentiel par la considération suivante : l'objet du litige est formé par les prétentions qui sont l'avantage matériel réclamé. Les fins, quant à elles, dépassent l'objet et seraient plutôt la solution demandée à une situation de déséquilibre. Il ressort de cette analyse que la solution globale de ce déséquilibre (fins) peut être procurée par divers remèdes matériels (prétentions) dont chacun pourra éventuellement être revêtu de qualifications juridiques distinctes (demandes). On conçoit alors que la libération de liens contractuels puisse être à la fois les fins recherchées comme solution à une situation insatisfaisante et le contenu de ce qui est précisément sollicité devant le juge. Dès lors, en appel l'objet peut évoluer sans se renouveler s'il demeure dans les limites des fins exigées par l'article 565 du Code de procédure civile.

342. « *Par ailleurs c'est en matière de paiement d'une somme d'argent que l'on peut le mieux admettre une conception matérielle de l'objet.* »¹⁶¹⁰ L'octroi de cette somme est la prétention, qui est objet de la demande. La demande sera nécessairement exprimée sous une qualification juridique, et les qualifications pouvant envelopper une telle prétention sont nombreuses : dommages et intérêts, indemnité, remboursement, recouvrement d'une créance, répétition de l'indu... Dans plusieurs espèces, la jurisprudence offre l'illustration d'une certaine labilité de la qualification, lorsque la prétention est constituée par la revendication d'une somme d'argent¹⁶¹¹. Par exemple, dans un arrêt du 3 juillet 2008¹⁶¹², des souscripteurs d'assurance-vie avaient assigné la compagnie en responsabilité en raison du détournement par un courtier des fonds qu'ils avaient investis dans les contrats conclus, avant de solliciter en appel le paiement de ces mêmes sommes en exécution des conventions. La cour d'appel de Grenoble avait déclaré cette demande irrecevable en estimant que la réparation d'un préjudice ne se confond pas avec l'exécution pure et simple d'un contrat. Cette

1609 Cass. civ. 3, 9 juillet 1979, Bull. civ. III, n° 151 – Cass. civ. 3, 30 janvier 1991, Bull. civ. III, n° 41, Gaz. Pal. 1992, I, 79, note Barbier – V. contra, sur le fondement de l'article 1351 ancien du Code civil et en se fondant sur l'objet, Cass. civ. 3, 5 octobre 1994, n° 92-12.951 : « *L'action en refus de renouvellement du bail n'a pas le même objet que l'action en résiliation de cette convention.* »

1610 J. Miguet, *op. cit.*, p. 119, n° 105

1611 Angers, 26 mai 1869, DP 1869, II, 239 : la femme qui en première instance réclamait l'attribution de sommes qu'elle prétendait avoir reçues à titre de dot peut en appel réclamer l'attribution de ces mêmes sommes à titre de don manuel. – Paris, 24 décembre 1897, DP 1898, II, 471 : il n'y a pas de demande nouvelle dans le fait que le plaideur réclame une somme en première instance à titre de restitution du prix de vente puis en appel à titre de dommages et intérêt à raison de la non-radiation des hypothèques. – Cass. civ. 2, 8 juillet 1954, Bull. civ. II, p. 175 : on peut réclamer une somme d'argent d'abord à titre de loyers anciens puis à titre d'indemnité d'occupation. – V. contra Cass. com., 7 décembre 1959, Bull. civ. IV, p. 361 : on ne saurait réclamer d'abord une somme d'argent à titre d'indemnité d'éviction puis à titre d'usage abusif et frauduleux fait par le propriétaire de son droit de reprise. Ici la cause de la demande (éviction, usage abusif) colore l'objet de cette demande pour en faire non plus seulement la réclamation d'une somme d'argent mais dans un cas une indemnité d'éviction et dans l'autre des dommages et intérêts pour usage abusif du droit de reprise.

1612 Cass. civ. 2, 3 juillet 2008, n° 07-19.367, JCP 2008, IV, 2410

solution a été censurée par la Cour de cassation sur le fondement de l'article 565 du Code de procédure civile au motif « *que leurs demandes avaient le même objet que celles formées en première instance et n'étaient pas nouvelles* ». Il semble donc que la prétention était constituée par l'obtention d'une somme d'argent, identique en première instance et en appel mais successivement réclamée au titre de la réparation du préjudice et de l'exécution du contrat. L'objet était donc purement matériel, sans s'attacher aux qualifications employées pour y parvenir. Quant aux fins exigées par l'article 565 dont la violation a été censurée, elle résidait dans le rétablissement de l'équilibre contractuel rompu par le détournement et dans le retour à une situation normale par le recouvrement pour chacun de ce qui lui était dû. On assiste ici à une certaine projection des fins sur l'objet : la factualité de celles-là sont comme importées vers celui-ci, corrélativement à une réduction des règles de droit à un rôle purement utilitaire.

Récemment encore, un arrêt de la deuxième Chambre civile en date du 5 octobre 2017 est allé dans le même sens¹⁶¹³. Un homme avait été victime d'un accident de travail l'ayant rendu paraplégique. Plusieurs de ses proches avaient assigné la société qui l'employait et ses assureurs en responsabilité et indemnisation de leurs préjudices. En appel, l'amie de la victime avait présenté une demande en réparation d'une perte de revenus et de droits à la retraite, déclarée irrecevable par la cour d'appel. Cet arrêt a été cassé sur le fondement des articles 565 et 566 du Code de procédure civile, au motif « *que ces demandes ayant le même fondement que les demandes initiales et poursuivant la même fin d'indemnisation du préjudice résultant de l'accident survenu à M. Xavier X... constituaient le complément de celles formées en première instance par Mme Z...* ». Il faut relever ici la réunion des deux textes et, corrélativement, de leurs conditions d'application. La Cour de cassation y reconnaît en effet une identité des faits générateurs et des fins, c'est-à-dire respectivement la survenance et la réparation du préjudice. L'obtention de sommes d'argent en vertu de textes légaux différents est fondue dans une notion plus large d'indemnisation, au demeurant moins juridique qu'économique. L'article 566 aurait pourtant été suffisant pour procurer l'admission de ces prétentions.

§ 3. Le remplacement de l'objet

343. La jurisprudence n'a pas toujours fait preuve d'une exigence rigoureuse quant à l'immutabilité de l'objet du litige. Dans plusieurs procès, la question de la nouveauté – ou au contraire de l'absence de nouveauté – des prétentions formées en appel semble ne pas avoir été

1613 Cas. civ. 2, 5 octobre 2017, n° 16-22.353

suffisamment mise en lien avec l'objet, qui devrait pourtant être un critère discriminant les prétentions recevables des prétentions irrecevables¹⁶¹⁴ : parce que l'objet du litige est formé par les prétentions, la nouveauté de ces dernières serait de nature à entraîner sa modification voire son remplacement.

Profitant de l'incertitude jurisprudentielle, des parties ont pu librement modifier l'objet du litige en appel, voire lui substituer un objet différent, à la seule condition de continuer à se situer dans des fins identiques, dont on a vu qu'elles étaient presque exclusivement matérielles. Cependant, si l'on s'en tient aux exigences de l'article 565, « *des différences de cause, voire d'objet, ne sont pas irrémédiables dès lors que la finalité de la prétention est identique* »¹⁶¹⁵.

344. L'exemple le plus intéressant, et probablement le plus clair, est celui des actions où le défendeur est le père prétendu ou possible d'un enfant dont seule la filiation maternelle a été établie. Il s'agit de l'action en recherche de paternité et de l'action à fins de subsides, respectivement prévues par les articles 327 (ancien article 340) et 342 et suivants du Code civil. L'éventail procédural ouvert au demandeur – la plupart du temps, en fait, à la demanderesse¹⁶¹⁶ – par la législation constitue un cas de concours d'action *sui generis* : il tient à la fois de l'option, du cumul et, pour reprendre la distinction proposée par Madame Weiller¹⁶¹⁷, du concours réel (puisque les deux actions en justice se fondent sur une même situation de fait) et du concours idéal (parce que certains textes, tel l'article 342-8 alinéa 1^{er} du Code civil, prévoient l'éventualité de ces actions entre les mêmes parties et en organisent l'exercice). En dépit de tous ces rapprochements que connaissent les textes et la pratique, « *les différences de nature sont pourtant profondes entre les deux actions* »¹⁶¹⁸.

Le problème majeur des relations entre ces deux actions en justice peut être résumé dans les interrogations suivantes : peut-on passer de l'une à l'autre en entrant dans l'instance d'appel ? Peut-on réclamer la paternité en première instance et les subsides en appel, et inversement ? Pour répondre *a priori*, avant toute consultation de la jurisprudence, il faudrait examiner le caractère de la prétention et se prononcer notamment sur sa nouveauté ou son absence de nouveauté. Il semble, de prime abord, que les prétentions enserrées dans ces demandes et, plus largement, dans ces actions en justice, ne tendent pas aux mêmes fins, dans la mesure où elles n'ont pas pour effet de

1614 P.-L. Baganina, *op. cit.*, p. 10, n° 33 : « *Auxiliairement, l'objet du litige, se révélant comme un cadre que les parties ont tracé de leur plein gré, ne devrait pas faire l'objet d'un changement brutal au cours de l'instance.* »

1615 Y.-M. Serinet, *loc. cit.*

1616 V. à ce sujet M.-C. Catala de Roton, « L'action à fins de subsides et la pratique des tribunaux », RTD civ. 1990, p. 1 : cette étude approfondie réalisée à partir de la jurisprudence civile de la décennie 1980 révèle que, la plupart du temps, l'action à fins de subsides est exercée par la mère pendant la minorité de l'enfant.

1617 L. Weiller, *op. cit.*, p. 106, n° 92

1618 P. Hébraud, RTD civ. 1971, p. 186

procurer le même résultat : faire établir un lien de droit dans un cas, devenir créancier d'une obligation pécuniaire dans l'autre. Dès lors, si les prétentions sont différentes, l'objet du litige lui-même, entendu dans le sens de l'article 4 du Code de procédure civile, a été remplacé ou, à tout le moins, a subi une transformation significative.

345. Nous voudrions tempérer, sans toutefois nous dédire, notre affirmation initiale, selon laquelle les actions ouvertes par les articles 327 et 342 du Code civil se fondent sur une situation factuelle unique. Il ne va pas de soi, contrairement au contentieux de l'inexécution contractuelle où une option formelle est offerte à partir d'un déséquilibre contractuel unique, que les deux actions prennent *stricto sensu* leur source dans le même complexe de faits : l'une se fonde sur les relations charnelles entretenues par le défendeur avec la demanderesse ou la mère du demandeur, l'autre sur la filiation biologique, autrefois appelée naturelle¹⁶¹⁹. Il est certain que sans ces relations, la filiation biologique n'aurait pas existé. Or, la filiation et la paternité possibles ou probables ne sont pas exactement la même chose que la filiation et la paternité certaines et scientifiquement prouvées. À cela il faut encore ajouter des considérations d'ordre moral et pratique relativement à la situation de fait : quand bien même il serait possible de rapporter la preuve de la filiation « naturelle », il est des cas où son établissement contrevient à l'ordre public, tel celui de l'enfant né d'un inceste absolu¹⁶²⁰. Cependant, l'article 342 alinéa 3 du même Code, consacrant une jurisprudence constante¹⁶²¹, dispose expressément que le caractère illégal de la filiation n'élève aucune fin de non-recevoir contre l'action à fins de subsides. « *La loi paraît donc vouloir organiser une action absolument distincte de l'action d'état qui tendrait à l'établissement toujours interdit du lien de filiation.* »¹⁶²²

346. Une distinction peut être proposée pour opérer le départ entre l'action en recherche de paternité et l'action à fins de subsides : la première procède d'une procréation constituant, pour ainsi dire, un fait juridique appelé à se revêtir d'un lien de droit ; la seconde, en revanche, est vouée à demeurer un fait matériel sans aucune émergence à la vie juridique. La cause factuelle est donc commune aux deux actions, au prix d'une simplification et d'une extension des textes de loi par la jurisprudence, « *de sorte que la vérité biologique n'a jamais été étrangère aux débats* »¹⁶²³.

1619 Depuis, l'ordonnance du 4 juillet 2005 la filiation biologique et la filiation adoptive ont remplacé ce qu'on nommait auparavant filiation légitime, naturelle ou adultérine.

1620 V. S. Perrin, « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Dr. fam.*, juin 2010, n° 6 – V. cependant récemment : Caen, 8 juin 2017, n° 16/01314

1621 V. Cass. civ. 1, 20 mai 1969, D. 1969, p. 429, concl. Lindon, note Colombet – V. aussi D. Mayer, « La pudeur du droit face à l'inceste », D. 1988, p. 213

1622 P. Raynaud, « Conflits de lois autour de l'action alimentaire des enfants adultérins et incestueux », in *Mélanges offerts à Jacques Maury, op. cit.*, t. 1, p. 417

1623 F. Granet-Lambrechts, « Action à fins de subsides », in *Droit de la famille*, (dir.) P. Murat, Dalloz action, 2016, 7^{ème} éd., chap. 216, p. 751, n° 51

Quoique l'ordonnance du 4 juillet 2005 ait fait le choix de les ranger dans deux chapitres distincts du Code civil, la jurisprudence continue de les classer toutes deux dans la catégorie des causes relatives à la filiation¹⁶²⁴. L'utilité de la qualification étant le rattachement d'un fait à une catégorie juridique d'où découle un régime qui lui est applicable, l'intérêt d'une distinction entre les deux actions est peu à peu miné par le rapprochement de leurs régimes respectifs.

Malgré cet air de famille, « *on ne saurait dire que la demande de subsides tend aux mêmes fins que la demande en déclaration de paternité naturelle : celle-ci tend à établir la filiation de l'enfant avec ses effets complets dont l'obligation d'entretien n'est qu'un aspect, tandis que celle-là poursuit un objectif purement alimentaire* »¹⁶²⁵. Il s'agit donc de deux instruments procéduraux entre les mains du demandeur ou de la demanderesse qui a le choix d'utiliser l'un ou l'autre, quand l'exercice des deux actions est permis, c'est-à-dire quand la situation de fait réunit les conditions exigées par les textes relatifs aux deux actions. L'utilisation de l'une ou l'autre dépend alors du résultat juridique et matériel que l'on souhaite obtenir. Mais la question initiale demeure en suspens : la parenté des deux actions justifie-t-elle qu'on passe insensiblement de l'une à l'autre lors de l'instance d'appel ?

347. L'obligation d'entretien n'étant que l'un des devoirs dont les père et mère sont débiteurs¹⁶²⁶, l'établissement – judiciaire ou extrajudiciaire – de la filiation implique nécessairement l'existence d'une telle obligation. Dès lors, agir en vue de faire déclarer judiciairement la paternité signifie forcément qu'en cas de succès de l'action, l'obligation d'entretien sera admise ou, plus simplement, qu'elle n'en sera qu'une conséquence automatique. L'inverse n'est pas vrai. En effet, une demande limitée au versement de subsides ne renferme en aucun cas une demande en déclaration judiciaire de paternité. Les actions, parfois, se contiennent les unes les autres, comme les poupées russes ou les boîtes chinoises. Or, un tel mécanisme fonctionne rarement dans les deux sens, ce qui signifie que deux actions seront ou ne seront pas gigognes en fonction de leur ordre chronologique de formulation.

L'ancien article 340-7 du Code civil confirmait cette analyse, qui n'a pas échappé à la doctrine, pour laquelle « *dans l'esprit de la loi, l'action à fins de subsides est comprise dans*

1624 Les actions à fins de subsides relèvent de la compétence exclusive du tribunal de grande instance : Cass. civ. 1, 27 octobre 1981, n° 80-14.610, D. 1982, p. 305, note Massip – La communication de ces affaires au ministère public est obligatoire : Cass. civ. 1, 7 octobre 1980, Gaz. Pal. 1981, II, 497, note J. M. – Cass. civ. 1, 29 mai 1985, Bull. civ. I, n° 168 – Cass. civ. 1, 12 mai 1987, Bull. civ. I, n° 149 – Cass. civ. 1, 17 octobre 2007, Bull. civ. I, n° 325, Dr. fam. 2007, n° 202, note Murat ; RJPf 2008-1/38, obs. Garé ; Procédures 2008, comm. 50, note Douchy-Oudot – Sur le caractère d'ordre public de cette exigence : Cass. civ. 1, 14 décembre 1983, n° 82-15.383 – Cass. civ. 1, 12 mai 1987, Bull. civ. I, n° 150 – Cass. civ. 1, 22 février 2017, n° 16-12.917

1625 D. Huet-Weiller, obs. sous Cass. civ. 1, 30 octobre 1979 et Cass. civ. 1, 27 novembre 1979, D.1980, inf. rap., p. 426

1626 C. civ., art. 371-1 al. 2 et art. 371-2

l'action en recherche de paternité, alors que l'inverse ne l'est pas »¹⁶²⁷. Ce texte disposait que, dans un procès en déclaration judiciaire de paternité, « *en rejetant la demande, les juges pourront, néanmoins, allouer des subsides à l'enfant, si les relations entre la mère et le défendeur ont été démontrées dans les conditions prévues aux articles 342 et suivants* ». Si la demanderesse était déboutée de son action en recherche de paternité, il était loisible au juge de condamner le défendeur à verser des subsides, sous réserve que les relations intimes aient été prouvées. Ce que le juge pouvait faire d'office et en l'absence de toute demande, la partie au procès pouvait évidemment le réclamer au stade de l'appel, car il n'eût pas été logique de retirer à la juridiction, en raison des seules conclusions de l'appelant, une liberté que la lettre du Code civil lui octroyait sans tenir compte des prétentions des plaideurs.

Le point de départ des deux actions serait donc ce lien de sang indispensable, c'est-à-dire la filiation considérée dans son existence physique, l'établissement du lien de droit n'étant qu'une conséquence juridique éventuelle. Il y aurait donc bien un concours des deux actions se fondant sur une même cause factuelle. De façon semblable, mais non identique, au fonctionnement des branches de l'option ouverte au créancier contractuel par l'article 1228 du Code civil, l'action en recherche de paternité et l'action à fins de subsides seraient les deux possibilités offertes par la loi à l'enfant privé de filiation paternelle, sous réserve des interdictions légales d'établir la filiation.

348. Toutefois, pour qu'une telle analyse soit de nature à permettre une fongibilité des deux actions devant le second degré de juridiction, il faut se situer dans l'identité des fins exigée par l'article 565 du Code de procédure civile. En outre, la fongibilité suppose – à défaut d'identité – l'équivalence, qui n'est pas avérée ici. L'avantage juridique demandé sur le fondement de l'article 327 du Code civil réside en effet dans la reconnaissance d'un lien de droit, qui modifie l'état des personnes, d'où son aspect déclaratif, rétroactif¹⁶²⁸ et extra-patrimonial ; l'avantage juridique demandé sur le fondement de l'article 342 se réduit à la création d'une obligation qui n'est qu'une simple créance prenant place dans le patrimoine du demandeur, d'où le caractère constitutif du jugement et l'absence de rétroactivité de l'obligation¹⁶²⁹. On peut donc difficilement soutenir que les deux actions tendent aux mêmes fins.

Nous en revenons ainsi à la notion de fins de la demande, dont on a déjà vu qu'elle était

1627 R. Perrot, « Demande incidente en première instance. Recevabilité : la notion de “lien suffisant” », RTD civ. 1979, p. 666

1628 Est inapplicable en la matière la règle « aliments ne s'arrangent pas » : Cass. civ. 2, 29 octobre 1980, Bull. civ. II, n° 226, JCP 1981, II, 19665, note Jambu-Merlin ; Gaz. Pal. 1981, I, 125, note Viatte

1629 Cass. civ. 1, 19 mars 1985, n° 84-10.219 : la décision accordant des subsides sur le fondement de l'article 342 du Code civil est, à la différence d'un jugement statuant sur un lien de filiation, constitutive et non déclarative de droits. Par suite, il ne peut être mis à la charge du défendeur à l'action à fins de subsides le paiement de sommes réclamées pour une période antérieure à la date de l'assignation.

extrêmement malléable et, la plupart du temps, moins juridique que matérielle. Le problème se pose à nouveau de savoir s'il faut prendre en considération la volonté, vraie ou supposée, du demandeur plutôt que les effets attachés par la loi au succès de l'action en justice. Au vrai, il n'y a pas de difficulté majeure à adopter la première position, étant entendu que c'est du comportement procédural de la partie elle-même que peuvent être déduites les fins recherchées. On peut à juste titre évoquer la théorie de la position de repli : la recherche en déclaration de paternité aurait eu plusieurs conséquences, parmi lesquelles le versement de la pension. L'action à fins de subsides ne vise, pour sa part, que ce même versement et lui seul. Passer de la première à la seconde en appel revient donc à revoir à la baisse ses ambitions ; mais, plus qu'un nivellement de ses prétentions, c'est peut-être aussi l'aveu que ladite pension était le seul gain véritablement digne d'intérêt.

349. Pour justifier le passage indifférencié d'une action à l'autre, une analyse périlleuse a considéré que l'action fondamentale¹⁶³⁰ au sein de laquelle il était permis d'évoluer sans contrainte consistait dans la demande d'aliments. Le seul objet de la demande serait la pension alimentaire, la filiation étant alors tout entière refoulée dans la cause de la demande. Les articles 327 et 342 n'apparaîtraient plus que comme des moyens de droit librement substituables l'un à l'autre en appel. On pourrait même aller jusqu'à soutenir que ce ne serait pas la recherche de paternité qui contiendrait la demande d'aliments mais plutôt la demande d'aliments qui rendrait nécessaire la recherche de paternité. L'exercice de cette dernière action ne serait qu'un moyen et non une fin en soi.

Un arrêt isolé de la Chambre des requêtes conforte cette conception en considérant que la recherche de paternité est virtuellement comprise dans une assignation visant une pension alimentaire et des dommages et intérêts¹⁶³¹. De plus, comme le fait remarquer Monsieur Miguet, *« la conception de l'objet-aliments aboutit, en mettant en avant comme objet autonome ce qui n'est qu'une conséquence de l'objet primitif, à passer, comme nous l'avons vu d'une action en déclaration de paternité, véritable action, à une demande de pension alimentaire dont le fondement est beaucoup plus vaste car indéterminé »*¹⁶³². Une telle analyse est gênante et, en vérité, irréaliste : d'abord, parce qu'elle prend seulement en considération les cas dans lesquels l'action en recherche de paternité est motivée par des mobiles financiers, en oubliant que le contentieux des actions d'état ne se limite pas à cela ; ensuite, parce que le succès de l'action en recherche de paternité entraîne l'établissement d'un lien de droit, d'où l'impossibilité de la réduire à du fait pur ; enfin, parce que l'action en recherche de paternité poursuit un triple avantage : le patronyme, la vocation

1630 Pour la définition de cette notion, V. infra, n° 390

1631 Cass. req., 8 février 1926, DH 1926, p. 146

1632 J. Miguet, *op. cit.*, p. 157, n° 130

successorale et l'obligation alimentaire¹⁶³³. En somme, « *il serait absurde de prétendre que toute action alimentaire contient une demande implicite en déclaration de paternité. Bien maladroit serait le plaideur qui voudrait circonvenir ses juges en utilisant l'action alimentaire pour aboutir à la proclamation du lien de filiation naturelle* »¹⁶³⁴.

350. Les actions en justice apparaissent ici comme de simples instruments procéduraux utilisés dans le but de soulager la situation précaire des mères célibataires, car « *le plus souvent les mères d'enfants naturels ont principalement, sinon exclusivement en vue l'obtention d'une pension alimentaire* »¹⁶³⁵. En imaginant donc que la demanderesse ne voie pas d'inconvénient majeur à l'établissement du lien de filiation patrilinéaire tout en n'étant motivée que par le souci d'offrir à son enfant de meilleures conditions de vie, l'invocation de l'article 327 ou celle de l'article 342 semble relativement indifférente. Il n'en demeure pas moins que la première des deux actions contient des effets qui ne sont pas attachés à la seconde, d'où le sens unique permis par la jurisprudence dans leur exercice, notamment l'arrêt *Occhiminuti*, qui ne voit dans le passage de l'une à l'autre qu'un changement de cause¹⁶³⁶.

La doctrine a dépeint à grands traits le rapport de contenant à contenu qu'il y a entre les actions des articles 327 et 342 du Code civil. L'action à fins de subsides a été abondamment narguée au moyen d'expressions mordantes par des auteurs qui n'ont vu en elle qu'un « *diminutif de l'action en recherche de paternité naturelle* »¹⁶³⁷, « *un succédané, une voie de secours* »¹⁶³⁸, une « *voie moins noble* »¹⁶³⁹, « *un pis-aller, un ultime recours en cas d'impossibilité ou d'échec de l'action en recherche de paternité naturelle* »¹⁶⁴⁰, un « *satellite modeste de la recherche de paternité* »¹⁶⁴¹, « *une action d'état à effets limités* »¹⁶⁴²... Aussi ne peut-on reprocher au demandeur

1633 C. Labrusse-Riou, « Filiation (1° généralités) », *Rép. Dalloz dr. civ.*, n° 2

1634 A. Meerpoel, « Plaidoyer pour l'abrogation de l'art. 342-8, al. 1^{er}, du code civil », *D.* 1983, chron., p. 183

1635 R. L., note sous Cass. civ. 1, 28 avril 1970, *JCP* 1970, II, 16418

1636 Cass. civ. 1, 28 avril 1970, *Occhiminuti*, n° 67-13.392, *JCP* 1970, II, 16418, note R. L. ; *RTD civ.* 1971, p. 186, obs. Hébraud ; *RTD civ.* 1970, p. 569, obs. Nerson : « *Pour déclarer recevable en cause d'appel une demande d'aliments fondée sur les seules dispositions de l'article 342 du Code civil, formée par la mère d'un enfant déboutée par les premiers juges de son action en déclaration judiciaire de paternité et de sa demande de pension alimentaire, aux motifs qu'elle était encore engagée dans les liens d'un mariage lors de la conception, les juges du second degré décident justement, et conformément à l'article 464 alinéa 3 du Code de procédure civile que "le fait de fonder une demande d'aliments, formulée dans l'exploit introductif d'instance, sur une cause nouvelle en appel, ne constitue pas une demande nouvelle".* »

1637 V. C. Gonon, « Le rapprochement de l'action à fins de subsides et de l'action en recherche de paternité naturelle. – Aspects de procédure et de fond », *JCP G* 1998, I, 158

1638 A. Meerpoel, « Les interférences entre l'action à fins de subsides de l'article 342 nouveau du Code civil et la recherche de paternité naturelle », *RTD civ.* 1978, p. 787

1639 *Ibid.*

1640 J. Hauser et D. Huet-Weiller, *Traité de droit civil. La famille. Fondation et vie de famille : mariage, concubinage, filiation, autorité parentale*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1993, p. 467 et s., spéc. n° 704

1641 M.-C. Catala de Roton, *loc. cit.*

1642 P. Raynaud, *op. cit.*, p. 417

de passer de l'une à l'autre, le sort du défendeur n'étant pas aggravé en cause d'appel. Par voie de conséquence, le passage de l'article 327 à l'article 342 au moment de l'instance d'appel ne constituerait pas une demande nouvelle. L'inverse, par contre, ne serait pas vrai, car il y aurait bien risque d'une *reformatio in pejus* au détriment du défendeur, et l'on ne saurait démembrer la filiation – qui n'est pas un droit réel – en déposant des conclusions en appel pour solliciter son établissement aux fins seulement de versement d'une pension. Tel est justement l'argument soutenu par Hébraud pour critiquer la solution de la Cour de cassation. Pour lui, ce n'est même pas tant l'ordre de formulation des prétentions qui importe, que les éléments constitutifs de l'objet de l'action d'état. En l'occurrence, la décomposition de cet objet en trois avantages bien distincts « *fait évanouir l'essentiel et altérer le rôle, principal ou accessoire de ces éléments* »¹⁶⁴³. On fera aussi observer que les dispositions de l'article 566 du Code de procédure civile – dont un plaideur avisé pourra habilement tirer parti – ne s'appliquent pas à cette situation : les prétentions qui sont la conséquence, l'accessoire ou le complément de celles soumises au premier juge, concèdent une possibilité d'adjonction et non de remplacement.

351. La restriction de l'objet dissimule ici toutefois un changement d'objet, car il y a bien une substitution de question litigieuse : on ne demande et on ne défend plus au sujet du même litige. Cela peut révéler une certaine stratégie procédurale, le souhait de sauver ce qui peut l'être, à chaque fois que le demandeur ne pouvait être satisfait sur le premier fondement juridique. La cour d'appel de Toulouse, approuvée par la Cour de cassation qui estimait que la suffisance du lien relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁶⁴⁴, a déclaré « *qu'il n'existait pas de lien suffisant entre la demande aux fins de subsides et la demande en recherche de paternité dont la finalité et l'objet étaient distincts* ». Il s'agissait, il est vrai, d'une question d'intervention volontaire et non de respect du double degré de juridiction. Pourtant, si l'on écarte le problème de la connexité, qui pour le moment n'est pas en jeu, il faut se pencher sur l'affirmation selon laquelle la finalité et l'objet des deux actions sont différents. Transposées à l'instance d'appel, la deuxième demande – quelle qu'elle soit – devrait être déclarée irrecevable comme nouvelle. Lorsque la loi du 3 janvier 1972 a permis au juge d'allouer des subsides après avoir rejeté l'action en recherche de paternité, certains auteurs y ont vu une « *innovation au regard des principes du droit processuel puisque l'article 340-*

1643 P. Hébraud, obs. sous Cass. civ. 1, 28 avril 1970, RTD civ. 1971, p. 186

1644 Cass. civ. 1, 9 décembre 2009, n° 08-15.224, RTD civ. 2010, p. 92, note Hauser ; RJP 2010-3/26, note Garé : « *C'est par une appréciation souveraine que la cour d'appel a estimé, sans encourir le grief du moyen, qu'il n'existait pas de lien suffisant entre la demande aux fins de subsides et la demande en recherche de paternité dont la finalité et l'objet étaient distincts.* » – V. contra Cass. civ. 1, 14 mars 1978, D. 1978, inf. rap., p. 238, obs. Huet-Weiller : « *Par sa nature même, l'action à fins de subsides se rattache à l'action en recherche de paternité par un lien suffisant, au sens des articles 4 et 70 du nouveau Code de procédure civile.* » Il s'agissait d'une demande additionnelle.

7 accorde au juge le droit de modifier l'objet de la demande »¹⁶⁴⁵.

La différence d'objet des deux actions est d'ailleurs nettement affirmée par la loi, en effet l'article 342-8 alinéa 1^{er} du Code civil dispose que « *la chose jugée sur l'action à fins de subsides n'élève aucune fin de non-recevoir contre une action ultérieure en recherche de paternité* ». Si l'on s'en tient à la définition donnée par l'article 1355 du Code civil, on pourra éventuellement admettre avec prudence que la cause – c'est-à-dire le complexe de faits générateurs – et les qualités des parties sont les mêmes, mais il faut reconnaître que la chose demandée diffère, c'est-à-dire l'objet au sens de l'article 4 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile. Dans le cas toutefois où l'analyse qui va suivre contredirait cette dernière affirmation, on peut toujours estimer que l'article 342-8 alinéa 1^{er} ne constitue qu'une règle spéciale et une exception au droit commun, dans l'intérêt de l'enfant, qui conserve à sa majorité la possibilité d'intenter une action d'état. Cette dernière solution est peut-être plus convaincante, quand on sait que la Cour de cassation reconnaît une force de chose jugée aux motifs décisifs se référant à l'expertise biologique qui, dans le but d'établir les relations sexuelles a, en fait, établi la paternité biologique¹⁶⁴⁶.

352. On a dit que la restriction de l'objet – qui peut le plus peut le moins – cache un changement total de l'objet. Il s'agit en effet de deux actions en justice, bien distinctes l'une de l'autre. Pour s'en convaincre, il faut prendre en considération non plus la prétention (c'est-à-dire l'avantage matériel espéré) mais la demande (c'est-à-dire la qualification juridique avancée). Dans les deux cas, la prétention est un gain pécuniaire. Quant à la demande, il s'agit d'aliments ou de subsides. La même réalité de fait revêt deux qualifications de droit distinctes. La seule véritable différence, qui se justifie par des considérations moins juridiques qu'économiques, réside dans les modalités de paiement¹⁶⁴⁷, qui peuvent avoir lieu en capital pour les aliments¹⁶⁴⁸, ce qui n'est pas le cas des subsides¹⁶⁴⁹. On peut ajouter aussi que l'obligation alimentaire est, pour sa part, réciproque, mais il va de soi que le demandeur n'envisage pas nécessairement un avenir lointain et hypothétique dans lequel il pourrait, de créancier, devenir débiteur à l'égard du père.

Il peut être utile de se pencher sur le contenu des notions d'aliments et de subsides. Selon le dictionnaire du doyen Cornu, les aliments sont les « *choses nécessaires à la vie, qu'en vertu d'un*

1645 C. Colombet, J. Foyer, D. Huet-Weiller et C. Labrusse-Riou, *La filiation légitime et naturelle : étude de la loi du 3 janvier 1972 et de son interprétation*, Paris, Dalloz, 1977, n° 215

1646 Cass. civ. 1, 4 janvier 1995 n° 93-10.870, D. 1995, p. 225, obs. Granet-Lambrechts ; D. 1996, p. 49, note Massip ; D. 1996, p. 231, obs. Dekeuwer-Défossez – Cass. civ. 1, 14 février 1995, n° 93-13.369, D. 1995, p. 224, obs. Granet-Lambrechts ; D. 1996, p. 111, note Massip ; RTD civ. 1995, p. 343, obs. Hauser ; JCP 1996, II, 22569, note Puigelier

1647 Nous parlons du paiement de la somme d'argent, et non de l'exécution de l'obligation alimentaire, la loi prévoyant des modalités variées.

1648 C. civ., art. 373-2-3

1649 C. civ., art. 342-2

devoir de solidarité familiale, celui qui le peut doit fournir à son parent (ou allié) dans le besoin »¹⁶⁵⁰. Le même ouvrage définit les subsides comme le « *secours (en général aide financière) apporté à une personne en vue de subvenir à son existence ; répondant à la même fonction que les aliments auxquels ils empruntent le plus souvent leur forme (pension en argent), les subsides s'en distinguent en ce que leur octroi n'est pas l'exécution d'un devoir de famille mais le substitut de celui-ci* »¹⁶⁵¹. Pourtant, la lecture des solutions jurisprudentielles révèle que la Cour de cassation opère la confusion des deux notions. En effet, dans un arrêt du 6 octobre 1982, la première Chambre civile, au moyen de deux *obiter dicta*, décide que les subsides « *ont le caractère d'une pension alimentaire* » et que la fixation de leur montant exige la prise en compte des ressources de la mère, « *elle aussi débitrice d'une obligation alimentaire envers l'enfant* »¹⁶⁵².

353. Un constat, dès lors, s'impose : dans la mesure où les aliments et les subsides correspondent à la même réalité pécuniaire et où la jurisprudence les assimile et les regroupe dans une catégorie juridique unique, dans la mesure où le régime procédural des deux actions est quasiment le même, on conçoit facilement qu'il est loisible de passer de l'article 327 du Code civil en première instance à l'article 342 en appel. L'inverse demeure interdit, car cela reviendrait à adjoindre – par la seule invocation du second fondement juridique – à la demande initiale des prétentions n'ayant pas fait l'objet d'un double examen. En définitive, il apparaît qu'on peut librement passer, en sens unique, d'une action à l'autre, le changement de l'objet n'étant pas dirimant, puisque la condition d'identité des fins est remplie : les fins sont toujours l'obtention d'une somme d'argent. Une analyse plus pragmatique consisterait à affirmer qu'il y a identité de l'objet d'un point de vue matériel (ce qui est réclamé) mais différenciation d'un point de vue juridique (la règle de droit invoquée). Les différences entre les deux actions ne sont donc plus que textuelles, car la pratique des tribunaux a rapidement limé les raffinements juridiques qu'impliquent les notions légales. Pour ces raisons, Madame Mirabail suggère de consacrer légalement ces évolutions¹⁶⁵³.

De lege ferenda, se pose inévitablement la question de la légitimité de l'ordre chronologique imposé par la Cour de cassation, qui finit par se révéler peu cohérent, voire périlleux : l'établissement du lien biologique – même sans consécration juridique – ayant acquis force de chose

1650 G. Cornu (dir.), *op. cit.*, p. 55, « aliments »

1651 *Ibid.*, p. 994, « subsides »

1652 Cass. civ. 1, 6 octobre 1982, inédit.

1653 S. Mirabail, « Repenser l'action à fins de subsides », *Dr. fam.*, septembre 2011, étude 19, n° 8 : « *Il conviendrait donc d'adapter la lettre de l'article 342 du Code civil au fondement actuel de l'action à fins de subsides, ce qui suppose de supprimer la référence faite par cette disposition aux relations sexuelles pendant la période légale de la conception de l'enfant et de viser le lien de filiation unissant ce dernier au défendeur puisque cette action repose aujourd'hui davantage sur le constat d'une filiation que sur celui d'une possibilité de filiation. Cette modification devrait logiquement amener le législateur à abandonner la notion de subsides et à préférer celle d'aliments car elle semble mieux adaptée à l'évolution du fondement de l'action à fins de subsides.* »

jugée lors de l'exercice de l'action à fins de subsides¹⁶⁵⁴, on se demande en quoi la contrainte pour le demandeur d'intenter un nouveau procès, cette fois en déclaration judiciaire de paternité, offrirait plus de garanties au défendeur. À tout prendre, cela reviendrait peu ou prou au même que de permettre cette action en appel. Paradoxalement, cette solution serait plus protectrice à l'égard du prétendu père, car il est sans conteste plus avantageux de devoir défendre à une telle demande formée pour la première fois en appel tout en pouvant remettre en cause les opérations expertales, que de se voir octroyer un double procès sans faculté aucune de réengager le débat sur les liens de sang définitivement tenus pour vrais et gravés dans le marbre du jugement. Dans ce dernier cas, il ne resterait plus qu'à débattre des modalités d'exécution de l'obligation alimentaire, car il serait impossible de discuter de l'existence même de cette obligation. La règle de l'article 342-8 alinéa 1^{er} du Code civil ne s'applique donc qu'au demandeur, car il y a bien autorité de chose jugée du côté du défendeur. « *Il s'ensuit que, lorsque, comme en l'espèce, un examen des sangs est venu affirmer la très grande probabilité de paternité du défendeur, le succès de l'action est pratiquement assuré. Il suffira au juge de vérifier qu'elle n'a pas été intentée hors délai.* »¹⁶⁵⁵ Seul tempérament à cette affirmation : il faut que l'action à fins de subsides ait prospéré. Autrement, « *l'action d'état se heurterait, contrairement à ce qu'affirme l'art. 342-8, à une véritable fin de non-recevoir* »¹⁶⁵⁶.

1654 Cass. civ. 1, 4 janvier 1995 n° 93-10.870, D. 1995, p. 225, obs. Granet-Lambrechts ; D. 1996, p. 49, note Massip ; D. 1996, p. 231, obs. Dekeuwer-Défossez – Cass. civ. 1, 14 février 1995, n° 93-13.369, D. 1995, p. 224, obs. Granet-Lambrechts ; D. 1996, p. 111, note Massip ; RTD civ. 1995, p. 343, obs. Hauser ; JCP 1996, II, 22569, note Puigelier

1655 J. Massip, « L'autorité de chose jugée attachée aux décisions rendues en matière de subsides », D. 1996, p. 49, note sous Cass. civ. 1, 4 janvier 1995, précit.

1656 *Ibid.*

CONCLUSION DU TITRE I

354. De longue date, la loi proscrit la formulation de prétentions nouvelles dans l'instance d'appel. Il en va du respect du double degré de juridiction. Cette règle appelait quelques précisions sémantiques, notamment dans la distinction des prétentions et des demandes, qui respectivement correspondent aux avantages matériels recherchés et à la qualification juridique mise en œuvre pour les obtenir.

On croyait initialement que le litige pouvait demeurer immuable tout au long du procès. Cette exigence s'est vite révélée impraticable et a finalement fait place à un principe d'évolution. Le procès, en effet, n'est pas un cadre rigide mais doit épouser les variations de la situation qui oppose les parties. Toutefois, l'acceptation de cette mutabilité n'empêche pas un certain contrôle. Les demandes nouvelles demeurent donc interdites et leur irrecevabilité peut être relevée d'office par le juge.

Elles ne sont cependant pas considérées comme nouvelles lorsqu'elles tendent aux mêmes fins que celles formulées en première instance. Cette condition a été la source de difficultés d'interprétation particulièrement complexes en raison de son absence de technicité juridique. S'agissant d'une réalité factuelle, il était difficile de trouver dans la doctrine de la Cour de cassation des directives claires et précises. L'étude de la jurisprudence civile a cependant permis de dégager les éclaircissements suivants : les fins correspondent au résultat matériel recherché par les parties et non à la catégorie juridique mise en œuvre pour y parvenir. Il en résulte une certaine liberté d'invocation des règles de droit, qui n'est toutefois pas illimitée.

355. La liberté d'invocation des règles de droit dans le procès civil a dû être tempérée lorsque les parties avaient recours à des actions ouvertes par la législation de façon concurrentielle. On peut à ce titre citer l'option matérielle, qui correspond à une existence fortuite de plusieurs voies de droit pour résoudre une même situation litigieuse. Tel est le cas de la rescision pour lésion et de la nullité, tour à tour utilisées pour se libérer d'un engagement contractuel insatisfaisant. En toute rigueur juridique, néanmoins, la source et le sommet de ces actions, s'ils sont semblables, ne sont pas identiques. La rescision suppose un déséquilibre n'affectant pas la validité de l'acte, contrairement à la nullité. La première n'a d'effets que pour l'avenir, tandis que la seconde est rétroactive. La jurisprudence a pu négliger ces divergences, dans une démarche favorisant les enjeux concrets du litige au détriment du raisonnement juridique.

Parmi les concours d'actions, l'option formelle désigne les remèdes offerts simultanément et

consciemment par le législateur, libre au demandeur d'opérer un choix. Il en est ainsi de l'exécution forcée et de la résolution, qui se fondent sur le même désordre contractuel mais en lui appliquant des solutions opposées. C'est aussi le cas de ce que le droit romain appelait les actions édiliciennes. La question s'est posée de savoir si les choix jurisprudentiels relatifs à la première option devaient être transposés à la seconde. La Cour de cassation a en effet témoigné une certaine fermeté en matière d'exécution forcée et de résolution, en rendant définitive la branche de l'alternative exercée en première instance.

Ce mouvement restrictif vient contredire un certain libéralisme quant à l'invocation des diverses règles de droit. On pourrait croire que la mise en œuvre de ces règles importe peu, dès lors que l'enjeu matériel à atteindre n'a pas changé. Toutefois, le renouvellement du procès dans son aspect juridique emporte souvent un élargissement et une évolution de l'objet du litige, voire un changement complet d'objet, par exemple quand une action en recherche de paternité fait suite à une action à fins de subsides, ou inversement.

356. L'action des parties à l'instance d'appel est certes réglée par la loi. Cependant, les règles de droit ne leur enjoignent pas ce qu'elles doivent demander. Ainsi, il leur revient de déterminer les avantages qu'elles souhaitent retirer du juge et de les revêtir d'un habillage juridique propice à leur obtention. De cette faculté laissée aux parties a résulté un certain renouvellement du procès. La jurisprudence s'est quelquefois montrée très généreuse à leur égard, allant jusqu'à permettre certaines contradictions d'une instance à l'autre, et sacrifier la logique juridique qui devrait caractériser toute démarche processuelle.

Plus qu'un renouvellement, c'est donc un bouleversement du procès qui a eu lieu, car le maniement des règles de droit n'a jamais été sans effets sur les faits qu'elles présupposent et les conséquences juridiques qu'elles commandent. La trop grande latitude concédée aux parties a donc pu entraîner des débordements, d'où la nécessité d'une prise en charge par le législateur dans le renouvellement du procès.

TITRE II : LA RATIONALISATION PAR LE DROIT

357. Le Code de procédure civile de 1976 a réalisé une refonte totale de la procédure civile française. Par la suite, la lecture doctrinale et jurisprudentielle qui en a été donnée a cherché à prendre acte des exigences pragmatiques du procès dans le respect des grandes principes juridiques¹⁶⁵⁷. Peu à peu, ce sont les exigences du procès équitables telles qu'elles ressortent de la Convention européenne qui ont modelé le procès civil. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg, loin de s'en tenir à une approche dogmatique, tend à protéger les droits des justiciables de façon concrète et effective. Ce mouvement s'est naturellement imposé aux États parties, dont la France, et l'on a pu parler de « *realpolitik* »¹⁶⁵⁸ en matière processuelle.

L'instance d'appel n'a pas échappé à cette logique. Aussi, le législateur français a-t-il dû concilier des exigences apparemment antagonistes : un large accès à la cour d'appel et une protection efficace du double degré de juridiction. De la sorte, la demande en appel peut épouser les évolutions de la situation litigieuse à condition de respecter la discipline imposée par les mécanismes législatifs et jurisprudentiels (Chapitre I). Cette tendance à l'assouplissement jointe à l'influence du droit européen a conféré à l'instance d'appel une physionomie totalement renouvelée (Chapitre II).

1657 V. à ce sujet Ph. Gerbay et N. Gerbay, « Cibler les questions sans négliger les débats doctrinaux », *Procédures*, janvier 2012, n° 1, p. 4

1658 G. Canivet, *op. cit.*, p. XXXIX

CHAPITRE I : LES OUTILS JURIDIQUES

DE LA RÉGULATION

358. Selon le premier alinéa de l'article 4 du Code de procédure civile, « *l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties* ». Le deuxième alinéa du même article ajoute que « *ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense* ». Cette latitude à elles offerte *in limine litis* demeure au seuil de l'instance d'appel, dans laquelle l'objet du litige sera délimité par les critiques formées contre le jugement. Le litige n'est cependant pas immuable et son objet peut évoluer au gré des demandes. Les textes permettent cette évolution tout en l'encadrant plus ou moins sévèrement. Pour ce faire, la procédure civile française a doté l'instance d'appel d'instruments propices à une bonne marche du procès au second degré.

La demande en justice peut donc varier dans certaines limites admises par le législateur et la jurisprudence (Section I). La possibilité de variations plus larges au stade de l'instance d'appel a quelquefois pour raison la nécessité de concentrer les demandes au sein du procès, qui se traduit par la règle d'unicité de l'instance (Section II). Ce mécanisme présent dans certaines procédures spéciales n'est pas applicable à l'ensemble du contentieux civil, d'où la recherche d'autres solutions applicables *ne varietur* à tous les procès en appel (Section III).

SECTION I : LES POSSIBILITÉS DE VARIATION DE LA DEMANDE

359. Si la demande peut connaître certaines évolutions légitimes dans l'instance d'appel, c'est à la condition qu'elle ne soit pas nouvelle au regard de celle dont le premier degré de juridiction a eu à connaître : puisque l'appel remet en question la chose jugée, ce qui est critiqué doit être revêtu de l'autorité de la chose jugée. Ce mécanisme n'est pas sans poser de nombreuses difficultés d'interprétation. En particulier, la cause de la demande, selon le contenu qu'on lui donne, est de nature à restreindre ou au contraire à élargir la voie d'appel (§ 1), tout comme les moyens nouveaux, dont la distinction d'avec les demandes n'est pas toujours suffisamment établie (§ 2). Les restrictions inhérentes à la prohibition des demandes nouvelles pourraient cependant être contournées par le recours à la subsidiarité qui permet de multiplier les prétentions à l'envi en les hiérarchisant. Cette technique présente l'intérêt de laisser ouvertes les facultés d'option matérielle ou formelle mais elle doit être utilisée avec circonspection (§ 3).

§ 1. Le renouvellement de la cause de la demande

360. Les fins constituent la clef de tout le système qui détermine la recevabilité des demandes en appel, à l'exclusion de toute autre condition de fond. L'étude de la jurisprudence a permis de révéler que ces fins sont le résultat économique ou social recherché par le plaideur. Les fins sont ainsi mêlées à l'objet, bien qu'elles le dépassent. Une identité de finalité est donc exigée, peu important les moyens de droit invoqués ou le fondement juridique sollicité pour y parvenir. À ce titre, il est permis d'établir un parallèle avec le dispositif installé par l'arrêt *Cesareo*. Depuis cette jurisprudence, l'accès au premier degré de juridiction est fermé lorsque des nouveaux moyens de droit ou un fondement juridique nouveau sont avancés pour atteindre des fins identiques. Cela empêche d'ailleurs d'utiliser le premier degré de juridiction comme s'il s'agissait d'une voie de recours¹⁶⁵⁹. Bien que la jurisprudence n'y fasse pas allusion, cette restriction est corrélative à un élargissement de la voie d'appel, dans laquelle ce renouvellement juridique est admis¹⁶⁶⁰ : à une « *rigueur horizontale* » répond une « *souplesse verticale* »¹⁶⁶¹. Les charges imposées aux parties et à leurs conseils en première instance trouvent « *une échappatoire* »¹⁶⁶² dans l'appel-voie d'achèvement qui accueille généreusement les évolutions du litige¹⁶⁶³, et « *désormais le mécanisme*

1659 M. Bencimon, O. Bernabe, P. Hardouin, P. Naboudet-Vogel et O. Passera, *loc. cit.* : « *Les voies de recours sont elles-mêmes dévoyées puisque le double regard porté sur l'affaire s'exerce devant le même degré de juridiction.* »

1660 L. Weiller, « Renouvellement des critères de l'autorité de la chose jugée : l'Assemblée plénière invite à relire Motulsky », D. 2006, p. 2135 : « *L'exigence de concentration des moyens au premier degré trouve sa contrepartie nécessaire dans l'admission de leur libre recevabilité pour la première fois au second degré, en sorte que le plaideur pourra toujours faire valoir le fondement juridique qu'il aurait négligé.* » – N. Gerbay, « Vers une nouvelle conception de l'appel en matière civile ? », JCP G, 2013, p. 825, n° 29 : « *Si l'on venait aujourd'hui interdire le développement de moyens nouveaux en cause d'appel, il en résulterait une atteinte disproportionnée aux droits élémentaires du justiciable. Depuis la jurisprudence Cesareo, la voie de l'appel constitue le dernier rempart à la sanction procédurale découverte par la Cour de cassation au prix d'une relecture discutable de l'article 1351 [ancien] du Code civil.* » – V. aussi Dr. et proc. 2006, p. 348, obs. Fricero ; JCP 2007, II, 10070, note Wiederkehr ; JCP 2006, I, 183, n° 15, obs. Clay ; RTD civ. 2006, p. 825, obs. Perrot

1661 S. Amrani-Mekki, « Présentation générale » in *La réforme de la procédure d'appel et autres questions d'actualité procédurale en matière civile*, actes du colloque organisé le 10 décembre 2010 par la Cour de cassation et le Département de recherche sur la justice et le procès, IRJS, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, (dir.) L. Cadiet et D. Loriferne, p. 23, n° 17 : « *Cette rigueur horizontale doit ainsi se traduire par une souplesse verticale. Parce que la partie ne peut changer de stratégie dans un autre procès, il faut le lui permettre entre la première instance et l'instance d'appel. C'est la raison pour laquelle il n'est pas possible de figer ce litige en limitant l'appel à une critique du jugement.* » – F. Ferrand, « La restriction du champ de l'appel : les précieux enseignements du droit allemand », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard : Justice et procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, *op. cit.*, p. 249, spéc. p. 261 : « *Sa position récente [celle de la Cour de cassation] sur l'étendue de l'autorité de la chose jugée revient également à faire peser sur le plaideur une obligation, celle de concentration des moyens. Dès lors, il y aurait excès à imposer que ces moyens soient définitivement fixés dès la première instance.* »

1662 N. Fricero, « La recevabilité des moyens nouveaux en appel ou le droit de se contredire ! », note sous Cass. com. 10 février 2015, n° 13-28.262, JCP G 2015, comm. 470

1663 I. et C. Delicostopoulos, « L'autorité de la chose jugée et les faits », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard : Justice et procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, *op. cit.*, p. 680, spéc. p. 687 : « *Le harcèlement processif contre ses adversaires serait alors réduit sinon éradiqué et les précieux moyens des tribunaux seraient ménagés.* » – *Ibid.*, p. 688 : « *Le tout serait couronné par l'existence du second degré de juridiction permettant aux plaideurs de se rattraper en appel et empêchant ainsi un acharnement processuel au premier degré.* »

régulateur d'appel est précédé d'un élément contraignant au niveau de la chose jugée, contribuant à transformer l'équilibre du procès. »¹⁶⁶⁴ On peut y voir une projection de l'article 565 du Code de procédure civile sur l'article 1355 du Code civil en ajoutant au second, par voie prétorienne, la condition de finalité du premier.

361. Initialement, une prétention était rejetée comme nouvelle en appel par référence à son fondement juridique lorsque ce dernier avait été modifié : on disait alors qu'il y avait nouveauté de la cause¹⁶⁶⁵. Les moyens nouveaux étant admis, on pouvait toujours contourner l'interdiction par une disqualification de la cause en moyen ou par le biais d'une demande virtuellement comprise¹⁶⁶⁶. Souvent, « *le juge qualifiait la modification de la demande de moyen ou de cause selon qu'il désirait ou non admettre la modification proposée* »¹⁶⁶⁷, profitant des difficultés de distinction entre la cause et le moyen¹⁶⁶⁸. Le décret-loi du 30 octobre 1935 a fait disparaître cette contrainte, offrant ainsi une latitude certaine aux plaideurs dans le développement de leur argumentation. Cette réforme a supprimé la référence à la cause de la demande, notion amplement décriée par la doctrine.

1664 *Ibid.*, p. 689

1665 V. Paris, 30 janvier 1904 – Cass. civ., 3 août 1905, DP 1907, I, 86 – Cass. req., 15 mars 1910 (1^{ère} espèce), DP 1911, I, 196 – Cass. civ., 14 mai 1912, DP 1913, I, 192 ; S. 1913, I, 247 – Lyon, 9 février 1883, DP 1883, II, 113 – Paris, 5 avril 1883, DP 1885, II, 126 – Cass. req., 3 décembre 1884, DP 1885, I, 189 – Cass. req., 12 juillet 1825 – Montpellier, 15 novembre 1830 – Bruxelles, 5 mars 1831 – Caen, 29 novembre 1855, DP 1856, II, 291 – Bourges, 31 décembre 1894, S. 1895, II, 82 : le mari a formé en première instance une demande en revendication d'immeubles en se qualifiant de propriétaire de ces immeubles qui, en réalité, appartenaient à sa femme, puis prétendait en appel restreindre son action à l'exercice des droits d'usufruit qu'il avait en tant que chef de la communauté – Pau, 1^{er} juin 1896, S. 1897, II, 308 : le défendeur avait été assigné en première instance comme civilement responsable du fait de son préposé, puis on lui avait réclamé en appel des dommages et intérêts comme ayant commis une faute personnelle.

1666 C.P.C., anc. art. 566

1667 J. Miguet, *op. cit.*, p. 101, n° 88

1668 *Ibid.*, pp. 102-103, n° 89 : « *Cette incertitude quant à la différence entre la cause et le moyen permettait en fait à la jurisprudence de desserrer le carcan de la prohibition de changement de cause.* » – J. Vincent, « Les effets de l'appel – l'ouverture quant à l'objet du litige » in Chambre nationale des avoués, Journées des 29 et 30 octobre 1973, Dijon, Gaz. Pal. 1974, I, doct. 393, spéc. p. 405 : « *Par ailleurs le concept de cause entraîne inéluctablement avec lui celui de moyen ; la distinction n'est pas toujours opérée avec une suffisante netteté ; elle est pourtant importante, capitale même. Dans la mesure où une technique d'argumentation a droit à l'appellation de cause, elle permet, si elle n'a pas encore été invoquée, de rouvrir le contentieux pour réclamer le même objet ; dans la mesure, en revanche, où elle ne constitue qu'un simple moyen, le rebondissement du contentieux est freiné ; on citera par exemple les cas de recherche de paternité naturelle, les divers vices du consentement, la pluralité d'irrégularités formelles pour un même acte de procédure.* » – R. Morel, *op. cit.*, n° 348 : « *La cause est le fondement juridique de la prétention du demandeur. Il importe de ne pas confondre la cause de la demande avec les moyens, c'est-à-dire les arguments de fait et de droit invoqués pour établir l'existence de la cause. La distinction de la cause et des moyens soulève parfois d'assez grandes difficultés.* » – G. Cornu et J. Foyer, *op. cit.*, p. 527, n° 121 : « *Les moyens sont les soutiens de la cause (les appuis destinés à les fonder en fait et en droit ou les critiques propres à les détruire).* » – Pour des illustrations jurisprudentielles, V. Paris, 17 avril 1894, S. 1895, I, 121, note Wahl : invoquer la nullité d'une société à l'appui de l'appel contre un jugement prononçant l'homologation d'un concordat constitue un simple moyen. – Paris, 23 juin 1955, D. 1955, p. 742, note Rouast ; JCP 1956, II, 9064, note Soudé : dans la recherche en paternité naturelle, le passage de la séduction dolosive à la participation à l'entretien de l'enfant ne constitue qu'un changement de moyen et non de cause. – Sur les difficultés de la distinction, V. Cass. civ. 1., 17 décembre 1991, n° 89-16.560 – Selon une ancienne jurisprudence, les moyens sont les « *raisons de fait ou de droit qui justifient la cause* » (Cass. req., 21 décembre 1897, DP 1898, I, 487). – Pour une jurisprudence plus récente, la cause est le « *fondement direct et immédiat du droit invoqué* » (Cass. civ. 1, 27 novembre 1963, Bull. civ. I, n° 518).

Plusieurs griefs étaient formulés contre elle avec, au premier plan, son imprécision, son « *caractère fluctuant et protéiforme* »¹⁶⁶⁹, son allure « *mystérieuse* »¹⁶⁷⁰ voire « *métaphysique* »¹⁶⁷¹, et partant « *son inaptitude à servir de critère par le caractère insaisissable qu'il faut se résigner à lui reconnaître* »¹⁶⁷². Pour compliquer le problème, les usages de ce concept dans d'autres mécanismes juridiques, qui chacun lui assignaient un contenu différent, accroissaient les incertitudes relatives à sa signification¹⁶⁷³. Sa suppression du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016 participe d'ailleurs d'une volonté de clarification, mais il est regrettable que cette même réforme ait maintenu telle quelle la définition de l'autorité de la chose jugée.

La cause demeure donc l'un des éléments constitutifs de la célèbre triple identité de l'article 1355 du Code civil relatif à l'autorité de la chose jugée : le texte, emprunté à Pothier¹⁶⁷⁴, n'a jamais été modifié depuis 1804, tandis que la notion de cause a évolué par touches successives opérées par la jurisprudence. Pour une partie de la doctrine, la prétention serait nouvelle en appel dès lors qu'elle échapperait à l'autorité de la chose jugée si elle était formalisée en première instance¹⁶⁷⁵. On a fait remarquer que la jurisprudence *Cesareo* a restitué sa pertinence à cette conception en précisant la notion de cause, voire en fixant pour de bon cette notion jusqu'alors indéterminée¹⁶⁷⁶. Au siècle dernier, de nombreuses divergences doctrinales se sont fait jour quant à sa définition : édifice de faits pour les uns¹⁶⁷⁷, faits juridiquement qualifiés pour les autres¹⁶⁷⁸, règle de droit pour les derniers¹⁶⁷⁹. La jurisprudence semble avoir retenu cette dernière définition.

1669 H. Motulsky, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », D. 1964, p. 235 et s., et in *Écrits, études et notes de procédure civile, op. cit.*, p. 101, n° 1

1670 T. Clay, JCP 2006, I, 183, n° 15

1671 E. Blanc, *loc. cit.*

1672 H. Motulsky, « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », D. 1968, chron., p. 1, spéc. p. 11, n° 37, in *Écrits, études et notes de procédure civile, op. cit.*, p. 201, spéc. p. 205, n° 8

1673 H. Motulsky, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *op. cit.*, spéc. p. 102, n° 2

1674 R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, Bruxelles, 1831, partie IV, chap. 3, n° 889

1675 J. Larguier, Ph. Conte et C. Blanchard, *loc. cit.* – V. E.-D. Glasson, A. Tissier et R. Morel, *op. cit.*, t. 3, p. 374 : « une demande n'est pas nouvelle si elle est susceptible d'être écartée par l'exception de chose jugée » et qu' « elle est nouvelle, au contraire, si elle ne peut être écartée par l'exception de l'article 1351 [ancien] du Code civil ».

1676 A. Posez, *op. cit.*, spéc. n° 26 : « Pour beaucoup, l'arrêt *Cesareo* aurait ainsi réalisé un élargissement de la notion de cause du litige, celle-ci passant à cette occasion d'une cause circonscrite aux fondements juridiques invoqués au soutien de la demande à l'ensemble des faits compris dans le débat. Il n'est pas sûr pourtant que la vision classique d'une cause réduite au fondement juridique, depuis toujours discutée en doctrine, ait jamais été partagée par les juges. »

1677 H. Motulsky, « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », *op. cit.*, p. 38 – « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *op. cit.*, p. 101 – « La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », *op. cit.*, p. 130 – « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 » *op. cit.*, p. 275 – *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, thèse Lyon, 1948, Dalloz, 2002, n° 81 et s. – « L'office du juge et la loi étrangère », in *Mélanges Aubry*, 1960, t. 2, p. 377 et s. – « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France », in *Mélanges Savatier*, 1965, p. 681 et s.

1678 H. Vizioz, *Études de procédure, op. cit.*, p. 56 et s., p. 231 et s. ; G. Cornu et J. Foyer, *op. cit.*, pp. 525-526, n° :120 ; HJL Mazeaud et Tunc, *Traité de procédure civile*, 5^e édition t III n° 2098 ; P. Hébraud, RTD civ. 1955, p. 699

1679 J.-P. Gilli, *La cause juridique de la demande en justice : essai de définition*, thèse Paris, 1960, LGDJ, 1962, spéc.

362. La cause pouvait depuis 1935 être modifiée en appel par une « *disqualification juridique des faits* »¹⁶⁸⁰. En conservant une telle conception – au demeurant archaïque – de la cause, il fallait conclure que l'autorité de chose jugée ne servait plus de critère pour dénoncer la nouveauté d'une prétention : dans la mesure où l'identité de fondement juridique appartenait à cette autorité mais n'était plus exigée en appel, la « *symétrie inverse* »¹⁶⁸¹ exigée auparavant s'estompait. Cette solution était en réalité gênante et ne pouvait se justifier qu'au moyen d'efforts intellectuels laborieux. Elle revenait paradoxalement à affirmer qu'une demande au fond dépourvue de l'autorité de chose jugée au premier degré pouvait être formalisée en appel, ce qui contredisait frontalement le principe du double degré de juridiction : seule la chose jugée une première fois peut en principe l'être une deuxième¹⁶⁸², dans la mesure où « *l'effet dévolutif ne saurait aller au-delà de ce qui a été jugé par le tribunal de première instance* »¹⁶⁸³. Cette règle n'a jamais été démentie : elle est clairement exprimée par l'adage *Tantum devolutum quantum judicatum* et par l'article 561 du Code de procédure civile qui dispose que « *l'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel* ». Pour finir de s'en convaincre, il suffira de citer la jurisprudence constante et les textes qui n'ouvrent pas d'appel immédiat aux décisions dépourvues d'autorité de la chose jugée au principal, différant leur remise en question au jour du débat sur le jugement disputé¹⁶⁸⁴. Ainsi, de même que Jacques Normand justifiait l'autorité de la chose jugée en écrivant qu'« *un impératif de sécurité juridique et d'efficacité de la justice veut que le litige même qui a été tranché ne puisse, en dehors des voies de recours, être à nouveau porté devant les tribunaux* »¹⁶⁸⁵, on pourrait le paraphraser en ajoutant que, pour ces mêmes raisons, le litige qui n'a pas été tranché ne peut faire l'objet de voies de recours. « *L'irrecevabilité serait justifiée par le fait que le litige porté devant le [premier] juge est le même* »¹⁶⁸⁶ ou par le fait que le litige porté devant le second juge n'est pas le

p. 122 – R. Savatier, note D. 1928, I, 153 – R. Savatier, note JCP 1953, II, 7601 – P. Mimin, note D. 1935, I, 17 – B. Kornprobst, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, Paris, LGDJ, 1959

1680 M. Bourgeois, *loc. cit.*

1681 J. Miguët, *op. cit.*, p. 45, n° 34

1682 A. Posez, *op. cit.*, spéc. n° 73 : « *L'autorité de la chose jugée repose sur l'idée que tout jugement a pour objet de résoudre un litige, et par là d'y mettre un terme définitif. Cet effet, consubstantiel à la fonction juridictionnelle, est indivisible et il est celui de toute décision prononçant en droit. La seule voie de contestation possible réside dans le recours juridictionnel, lequel, strictement encadré, permet de transmettre l'entier litige à un autre juge afin qu'il soit à nouveau statué. En quoi l'autorité de la chose jugée met à la fois en évidence l'unité du jugement et la division de l'instance.* » – J.-C. Magendie, *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*, *op. cit.*, p. 42 : « *Seul ce qui a été débattu en première instance pourrait être soumis à la cour d'appel.* »

1683 P. Cuhe et J. Vincent, *Précis de procédure civile et commerciale*, Paris, Dalloz, 1958, 11^{ème} éd., p. 39, n° 432

1684 Pour un jugement de donné acte : Cass. crim., 5 juin 1958, JCP 1960, II, 11437, note Meurisse – Cass. civ. 2, 22 mai 1968, Bull. civ. II, n° 143 – Angers, 17 mars 1970, JCP 1970, II, 16425, note J. B. ; RTD civ. 1970, p. 812, obs. Hébraud et Raynaud – V. aussi, pour un jugement d'adjudication n'ayant pas donné lieu à incident : Cass. civ. 1, 27 janvier 1998, n° 95-15.297 – Cass. civ. 3, 2 octobre 2002, n° 01-02.355

1685 J. Normand, *loc. cit.*

1686 Ph. Théry, « *Le litige en droit judiciaire privé, petits exercices de procédure élémentaire* », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard : Justice et procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, *op. cit.*,

même. L'identité du litige est interdite dans un cas et exigée dans l'autre. Il est heureux que l'arrêt *Cesareo* ait rendu sa cohérence à l'article 1355 du Code civil, « *car l'autorité de la chose jugée est l'une de ces notions proprement fondamentales sur lesquelles s'appuie toute l'architecture de la procédure* »¹⁶⁸⁷. De la sorte, seule la *res judicata* peut redevenir *res judicanda* à l'exclusion de toute autre prétention.

Il s'infère des solutions récentes que « *la norme juridique est extérieure à la notion de cause de la demande* »¹⁶⁸⁸. Aussi, l'interdiction de se fonder sur de nouveaux moyens de droit dans une nouvelle instance au premier degré corrélatrice à la faculté de les invoquer dans l'instance d'appel révèle-t-elle qu'ils ne sont pas compris dans la cause et ne participent donc pas de l'autorité de la chose jugée. Quand bien même on voudrait faire entrer les moyens de droit dans la cause, il suffirait de considérer que, relativement à une cause donnée, toutes les règles de droit attachées aux faits invoqués ont implicitement autorité de la chose jugée¹⁶⁸⁹, « *dès lors en effet que la cause s'étend à l'ensemble des moyens invocables, et non pas seulement invoqués* »¹⁶⁹⁰. Ainsi, l'autorité de la chose jugée empêcherait que le moyen non invoqué en temps utile le soit ultérieurement dans une nouvelle instance au premier degré mais permettrait néanmoins qu'il le soit dans l'instance d'appel, ce qui d'ailleurs était déjà permis. L'usage de cette faculté ne serait pour autant pas illimité puisque des délais sont posés par la loi pour exercer les voies de recours. Le courant jurisprudentiel qui vient d'être évoqué a cherché à accélérer la résolution des procès et à les limiter. Toutefois, cette solution « *ne pourra éviter d'introduire dans l'instance un bon degré de fiction juridique et d'incertitudes, donc d'insécurité, quant à la détermination de celles des contestations qui auront été ou non tranchées* »¹⁶⁹¹.

363. Une difficulté supplémentaire a pu se poser en théorie par la proximité des notions de cause et d'objet¹⁶⁹² : ils étaient naguère « *souvent étroitement mêlés et il est souvent difficile de savoir si*

p. 853, spéc. p. 863

1687 C. Brenner, « Les conceptions actuelles de l'autorité de la chose jugée en matière civile au regard de la jurisprudence », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, op. cit., p. 221

1688 H. Motulsky, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », D. 1964, p. 235 et s., et in *Écrits, études et notes de procédure civile*, op. cit., p. 101, spéc. p. 112, n° 14

1689 En ce sens, V. Cass. civ. 1, 28 mars 1995, n° 93-16.520, Bull. civ. I, n° 139, D. 1996, p. 121, note Bénabent ; Wiederkehr, obs. RGDP 1998, p. 316 : « *Mais attendu que le jugement qui prononce la validité d'une saisie-arrêt implique nécessairement condamnation du débiteur saisi au paiement des sommes réellement dues ; qu'hormis les cas d'ouverture en révision, la décision judiciaire qui condamne une personne à acquitter une dette en exécution d'un contrat lui interdit de remettre en cause la force obligatoire de ce même contrat en invoquant de nouveaux moyens de défense qu'elle avait omis de proposer au cours de la procédure ; que, par ces seuls motifs, l'arrêt se trouve légalement justifié.* »

1690 A. Posez, op. cit., n° 38

1691 M. Bencimon, O. Bernabe, P. Hardouin, P. Naboudet-Vogel et O. Passera, op. cit., p. 161

1692 B. Delaporte, « L'étendue de la chose jugée au regard de l'objet et de la cause de la demande », BICC, hors série, *Deuxièmes rencontres. Université-Cour de cassation – « La procédure civile »*, 2005, n° 3, p. 23 : « *Ensuite, quelle que soit sa valeur sur le plan logique ou pédagogique, la distinction entre objet et cause est le résultat d'un effort*

les demandes diffèrent seulement par la cause ou, également, par l'objet »¹⁶⁹³. Pour clarifier ces concepts, on a avancé que l'objet et la cause correspondaient respectivement aux questions « *quid ?* – quelle est la chose prétendue ? » et « *cur ?* – quelles sont les raisons qui étayent cette prétention ? »¹⁶⁹⁴.

Depuis les travaux de Motulsky¹⁶⁹⁵ qui s'est inspiré du droit allemand¹⁶⁹⁶, on s'accorde aujourd'hui à reconnaître que la cause est constituée par les faits à l'origine de la demande en

*intellectuel qui demande du recul car elle décompose deux éléments indivisibles d'une même démarche : l'objet d'une prétention ou d'une décision, pris en lui-même et isolé de son fondement, n'a strictement aucune signification juridique. (...) Tirillée entre ces deux tendances, il est normal que la jurisprudence ait pris des distances avec les notions d'objet et de cause, puisqu'elles apparaissent obscures et inopérantes. » – H. Motulsky, « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », D. 1958, chron., p. 1, et in *Écrits, études et notes de procédure civile*, op. cit., p. 201, spéc. p. 203, n° 5 : « La simple juxtaposition de ces deux notions donne déjà lieu à des difficultés ; et celles-ci deviennent franchement insolubles en tant que l'extension du concept de cause est en jeu. » – M.-A.-K. Omar, op. cit., p. 195, n° 396 et s. – Pour des illustrations jurisprudentielles, V. par ex. Cass. civ. 1, 11 avril 1995, n° 93-16.147, qui confond la cause et l'objet : « Vu l'article 1351 du Code civil : attendu que l'autorité de la chose jugée ne peut être opposée, lorsque la demande a un autre objet ou est fondée sur une cause différente de celle qui a donné lieu au jugement ; attendu que pour rejeter la demande de nullité de la convention du 2 mai 1979, l'arrêt attaqué retient qu'en confirmant le jugement en ce qu'elle avait été déclarée résiliée, la cour d'appel a, par son arrêt du 21 décembre 1990, implicitement mais nécessairement admis la validité de cette convention ; attendu, d'abord, que l'objet de la demande était dans un cas la nullité, dans l'autre la résiliation, et qu'était invoquée, dans la première hypothèse, la violation de règles d'ordre public relatives aux conventions passées par une société avec l'un de ses administrateurs et à l'interdiction d'une cession de clientèle, et dans la seconde, la violation d'obligations contractuelles. » – F. Ferrand, « La restriction du champ de l'appel : les précieux enseignements du droit allemand », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard : Justice et procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, op. cit., p. 249, spéc. p. 263 : en droit allemand, « le paragraphe 322 ZPO ne distingue pas, comme le fait l'article 1351 du Code civil français, entre objet et cause de la demande. La notion de cause n'existe pas en tant que telle dans le droit allemand qui, en procédure, utilise plutôt les concepts de "fondement de la prétention" (Anspruchsgrundlage) et de "faits de la vie" relatifs au litige (Lebenssachverhalt) ».*

1693 P. Hébraud, « La réforme de la procédure, le décret-loi du 30 octobre 1935 », Rev. crit. lég. et jur. 1936, t. 56, p. 37, spéc. p. 117

1694 V. H. Motulsky, op. cit., spéc. p. 204, n° 6 – H. Solus et R. Perrot, op. cit., p. 57, n° 62 – L. Weiller, « Renouveau des critères de l'autorité de la chose jugée : l'Assemblée plénière invite à relire Motulsky », D. 2006, p. 2135 : « La matière du procès peut se décomposer en un objet, le "quid", qui est ce qui est sollicité, et une cause, le "cur", qui est le fondement qui lui est assigné. » – On peut établir une comparaison avec le droit des contrats : « La cause finale, qui est celle que les rédacteurs du Code civil ont érigée en condition générale de validité des conventions, désigne le but poursuivi. Elle est la réponse à la question de savoir pourquoi les parties ont contracté (cur debetur ?). La cause se distingue ainsi d'emblée de l'objet, qui constitue la réponse à une question différente : à quoi les parties se sont-elles engagées (quid debetur ?) » – Ph. Simler, « Contrats et obligations. – Cause. – Notion : unité ou dualité ? », *Juriscl. Code civil*, Fasc. 10, art. 1131 à 1133, n° 11 – M. Jeol, loc. cit. : « "L'objet" et "la cause" - le "quoi" et le "pourquoi" de l'action - sont si proches et si complémentaires dans beaucoup de cas que la tentation est grande, sinon de les confondre, du moins de les "solidariser" et de répercuter sur l'objet la solution retenue pour la cause. »

1695 H. Motulsky, « Prologomènes pour un futur code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », D. 1972, chron., p. 91 et in *Écrits, études et notes de procédure civile*, op. cit., p. 275 – « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge, D. 1964, chron., p. 235, et in *Écrits, études et notes de procédure civile*, op. cit., p. 101

1696 V. A. Tissier, *Le rôle du juge dans la procédure allemande*, thèse Paris, 1948, p. 48 – J. Normand, *Le juge et le litige*, op. cit., p. 139, note 23

justice¹⁶⁹⁷, ce qui facilite sa distinction d'avec les moyens¹⁶⁹⁸ et répond mieux au vocabulaire employé : si le procès est une conséquence, la cause n'est pas la règle juridique mais bien la situation factuelle en souffrance¹⁶⁹⁹. Il serait sans doute souhaitable que cette notion, en raison de son obscurité, disparaisse du procès civil. Déjà en 1973 un auteur relevait que « *le praticien a compris qu'un procès pouvait être parfaitement conduit sans recours à autre chose qu'à l'idée d'objet* »¹⁷⁰⁰.

Les articles 563 et 565 du Code de procédure civile ne font pas allusion à la cause, se contentant d'admettre la nouveauté des moyens et la différence des fondements juridiques ; l'article 480 du même Code se passe aussi de cette référence, se contenant de renvoyer à la contestation tranchée ; quant à l'article 1355 du Code civil, il gagnerait à être amendé par une suppression de ce terme¹⁷⁰¹, car « *la trilogie, cause-objet-parties, heurte la logique bipartite de l'article 480* »¹⁷⁰². En outre, les textes précités concernent un fondement juridique et non factuel. On pourrait donc imaginer le remplacement de la cause par une notion plus précise, telle que la « *question litigieuse* » suggérée par Motulsky¹⁷⁰³ en puisant aux sources du droit romain, proposition qui a suscité l'adhésion d'une partie de la doctrine¹⁷⁰⁴.

1697 Proposition que soutenait déjà une partie de la doctrine : par ex., en matière de responsabilité, H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Traité théorique et pratique de responsabilité civile*, Montchrestien, 1978, 6^{ème} éd., t. 3, n° 2051 et s. – R. Martin, « Le juge devant la prétention », D. 1987, pp. 35-36, n° 4 : « *Le juge n'est lié que par l'allégation de fait. La "cause" de la demande se réduit à cette allégation ; elle est constituée par "le complexe de faits générateur de la qualification"*. » – P. Hébraud, RTD civ. 1966, p. 126 : la cause est « *le fait concret, juridiquement qualifié, sur lequel s'appuie la demande* » – Mais la jurisprudence n'adhérait pas à cette vision : V. par ex. Cass. req., 23 novembre 1927, DP 1928, I, 121, note Besson pour lequel « *le fait juridique qui donne naissance à l'action de la victime est l'accident lui-même* ». – Cass. req., 3 février 1930, S. 1930, I, 324 – Cass. civ., 3 janvier 1940, DH 1940, p. 61 – Cass. req., 16 avril 1945, JCP 1946, II, 3178, note Houin – Cass. civ. 2, 26 mars 1965, Gaz. Pal. 1965, I, 54 ; RTD civ. 1965, p. 816, obs. Rodière – Cass. civ. 2, 5 novembre 1969, Bull. civ. II, n° 299, RTD civ. 1970, p. 577, obs. Durry – Pour une assimilation de la cause au fondement juridique, V. par ex. Cass. com., 4 octobre 1954, Bull. civ. III, n° 286, et l'avis du premier Avocat général Benmakhlouf, p. 5 – R. Martin, « Principes directeurs du procès », *Rép. Dalloz proc. civ.*, spéc. n° 61 : désormais le législateur « *a identifié la cause au fait. Mais dans le contexte du nouveau code, la distinction du fait et du droit a pris une existence autonome, sans plus de référence à la cause qui a disparu sémantiquement, comme si on voulait exorciser le concept* ». – V. aussi J.-P. Gilli, *op. cit.*

1698 Cass. civ. 2, 4 mars 2004, n° 02-12.141

1699 Comp. avec la définition de C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, Paris, Esmein, 1958, t. 12, *Preuve, chose jugée, prescription*, n° 769 pour qui la cause d'une demande en justice doit s'entendre comme l'acte ou le fait juridique qui constitue le fondement direct et immédiat du droit réclamé. – Pour une critique de cette définition, V. M.-A.-K. Omar, *op. cit.*, p. 193, n° 394

1700 E. Blanc, *loc. cit.*

1701 V. F. Ferrand, « Appel », *Rép. Dalloz proc. civ.*, n° 1028 qui relève la différence de rédaction des articles du Code civil et du Code de procédure civile relativement à l'autorité de la chose jugée.

1702 M. Bencimon, O. Bernabe, P. Hardouin, P. Naboudet-Vogel et O. Passera, *loc. cit.*

1703 H. Motulsky, « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », D. 1968, chron., p. 1, spéc. p. 11, n° 37, et in *Écrits, études et notes de procédure civile*, *op. cit.*, p. 201

1704 J. Héron, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 1991, n° 286 – J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, p. 598, n° 626 – R. Martin, « Les contradictions de l'autorité de la chose jugée », JCP 1979, I, 2938 – V. aussi M. Jeol, concl. sous Cass. plén., 3 juin 1994, D. 1994, p. 395 – Pour une position plus critique, V. J. Normand, « La portée de la chose jugée. Un renouvellement des critères ? », RTD civ. 1995, p. 177 – M. Douchy-Oudot, « Autorité de la chose jugée. – Autorité de la chose jugée au civil sur le civil. », *Juriscl. proc. civ.*, Fasc. 554, n° 26 : « *L'autorité de la chose jugée ne concerne que les décisions par lesquelles le juge dit le droit, tranche une question litigieuse entre plusieurs adversaires, c'est-à-dire les décisions contentieuses*. » – Y. Strickler, « Délai », *Rép. Dalloz*

§ 2. L'invocation de moyens nouveaux

364. Le Code de procédure civile de 1806, en son article 464, prohibait les demandes nouvelles en appel mais restait silencieux quant à l'invocation de moyens nouveaux. Cette lacune a été complétée par la jurisprudence qui, dans un premier temps, a décidé que le principe de liberté de la défense dispensait le défendeur de première instance de la règle du double degré de juridiction¹⁷⁰⁵. Aussi pouvait-il invoquer des moyens nouveaux en appel, ce qui n'était pas le cas du demandeur. Le Code de procédure civile de 1976 a fait le choix de permettre les moyens nouveaux dans l'instance d'appel¹⁷⁰⁶. La jurisprudence précitée révélait cependant une confusion entre la demande et le moyen. Il est en effet admis que le moyen consiste dans « l'énonciation d'un fait, d'un acte ou d'un texte, d'où, par un raisonnement juridique, on prétend déduire le bien-fondé d'une demande ou d'une défense »¹⁷⁰⁷ ou, selon une autre définition doctrinale, « tout point de fait ou de droit, dont l'objet est de soutenir la prétention en justice »¹⁷⁰⁸. Ainsi, en appel, les moyens nouveaux sont ceux « qui sans porter atteinte à l'identité du litige lui apportent de nouveaux éléments de solution »¹⁷⁰⁹.

La confusion opérée par la Cour de cassation trouve néanmoins une excuse dans la constatation qu'« entre une prétention et un moyen nouveau, il n'y a souvent que des différences assez ténues »¹⁷¹⁰. Il suffit de songer aux concours d'option pour s'apercevoir que le moyen pris comme fondement juridique peut procurer des résultats très différents, et ce n'est que par la projection des fins sur l'objet que l'on peut surmonter l'antagonisme apparent des prétentions de première instance et de l'instance d'appel.

365. Si l'on résume à l'excès, « la demande ne se définit-elle pas comme une prétention soumise au juge pour que celui-ci la dise bien ou mal fondée ? Le moyen n'est-il pas un simple argument de fait ou de droit à l'appui ou à l'encontre d'une demande ? »¹⁷¹¹. Leur mise en œuvre n'est pourtant pas aussi simpliste. Deux arrêts rendus le même jour par la Chambre sociale de la Cour de cassation

proc. civ., n° 188 : « L'appel est le moyen pour une partie insatisfaite de demander un second examen en fait et en droit de la question litigieuse. »

1705 Cass. civ., 30 juin 1884, S. 1886, I, 174 ; D. 1885, I, 302 – Cass. civ., 30 avril 1897, S. 1897, I, 344 ; D. 1897, I, 515 : « Le principe des deux degrés de juridiction, établi pour les demandes, n'est pas applicable aux moyens de défense, et, par suite, il appartient au défendeur, en vue d'écarter l'action principale, d'invoquer, pour la première fois en appel, une qualité dont il ne s'était pas prévalu en première instance. »

1706 C.P.C., art. 563

1707 J. Voulet, « Le défaut de réponse à conclusions », JCP1965, I, 1912

1708 G. Ameilhaud, *op. cit.*, p. 154

1709 Cass. civ., 22 juillet 1895, S. 1897, I, 236 – Cass. civ., 30 novembre 1903, DP 1904, I, 184

1710 S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *op. cit.*, p. 879, n° 1295

1711 I. Pétel-Teyssié, « De re judicanda », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, *op. cit.*, p. 115, spéc. p. 117

illustrent l'épineuse difficulté que constitue la distinction de la demande et du moyen. Dans ces deux affaires, des salariés réclamaient des rappels de salaires liés à la fermeture illicite de leurs usines. Dans une des espèces, la Haute juridiction a considéré que la demande était constituée par la reconnaissance du caractère abusif d'une grève patronale¹⁷¹² ; dans l'autre, elle a estimé que cette reconnaissance n'était qu'un simple moyen à l'appui des demandes de rémunération¹⁷¹³. La demande pourrait alors être distinguée du moyen par sa place dans les conclusions des parties.

On objectera que le Code de procédure civile permet ainsi l'utilisation stratégique de l'appel par la présentation d'un moyen nouveau sciemment tu en première instance. La situation est possible mais peu vraisemblable : va-t-on vraiment s'abstenir de présenter un moyen décisif et qui pourrait faire gagner dès la première instance ? En outre, comment affirmer avec certitude que le moyen a été volontairement omis ? Par ailleurs, la représentation obligatoire n'étant pas généralisée en première instance, un plaideur non averti peut n'avoir pas vu tout seul certains moyens de droit. En tout état de cause, l'admission des moyens nouveaux en appel est bénéfique car, sans cette faculté, l'impossibilité de les invoquer dans une nouvelle instance au premier degré et l'absence d'obligation faite au juge de les relever d'office, conduirait à de nombreux dénis de justice¹⁷¹⁴. Tel a été le choix du législateur allemand, immédiatement tempéré par la jurisprudence¹⁷¹⁵.

§ 3. La hiérarchisation des demandes par la subsidiarité

366. Les revirements dont nous avons parlé, notamment dans l'interprétation de l'article 1228 du Code civil, peuvent-ils faire redouter l'introduction d'un nouveau procès au premier degré, fondé cette fois sur la branche du concours d'actions n'ayant pas encore été utilisée ? Il semble que l'argument puisse être facilement écarté, au vu notamment de l'arrêt *Cesareo* ainsi que de l'arrêt *Prodim*¹⁷¹⁶, qui exigent respectivement une concentration des moyens et une concentration des demandes.

1712 Cass. soc., 4 juillet 1989, n° 86-44.993

1713 Cass. soc., 4 juillet 1989, n° 86-45.540

1714 T. Le Bars, « Les métamorphoses de l'appel. Faut-il abandonner l'appel voie d'achèvement ? », Gaz. Pal., 31 juillet 2014, n° 212, p. 41 : « *Un système qui le priverait aussi de cette possibilité serait d'une sévérité confinant au déni de justice.* »

1715 F. Ferrand, « La restriction du champ de l'appel : les précieux enseignements du droit allemand », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard : Justice et procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, op. cit., p. 249, spéc. p. 256 : « *Il apparaît donc que, contrairement au droit français, les moyens nouveaux ne sont que restrictivement admis dans l'instance d'appel allemande. Toutefois, la jurisprudence fait une application libérale de ce texte afin de ne pas assécher complètement l'instance d'appel et de permettre la prise en compte de nouveaux moyens pertinents.* »

1716 Cass. civ. 1, 28 mai 2008, n° 07-13.266, D. 2008, p. 1629, note Delpech ; D. 2008, p. 3111, obs. Clay ; JCP 2008, p. 411, note Béguin ; RDC 2008, p. 1143, obs. Deshayes ; RTD civ. 2008, p. 551, obs. Perrot ; RTD com. 2010, p. 535, obs. Loquin

Il est très révélateur que l'arrêt *Prodim* soit rendu au visa de l'ancien article 1351 du Code civil (nouvel article 1355) et que l'arrêt *Cesareo* se fonde lui aussi sur ce même texte, ensemble l'article 480 du Code de procédure civile, deux textes relatifs à l'autorité de la chose jugée. Il semble que par une extension incontrôlée – et au demeurant peu légitime – de cette notion, la jurisprudence récente ait étendu aux sollicitations du plaideur cette autorité initialement accordée aux décisions du juge¹⁷¹⁷. On assiste à « l'émergence d'un principe de concentration que la jurisprudence arrime à l'autorité de la chose jugée »¹⁷¹⁸. Ce principe nous fait passer – ce qui est très contestable si l'on veut s'en tenir aux textes¹⁷¹⁹ – de l'autorité de la chose jugée à l'autorité de chose implicitement jugée¹⁷²⁰, l'autorité de la chose demandée¹⁷²¹, l'autorité de la chose qui aurait dû être jugée¹⁷²², voire à l'autorité de la chose qui n'a pas été jugée¹⁷²³, à l'autorité de la chose non jugée¹⁷²⁴ et même non débattue¹⁷²⁵. Pourtant, la chose demandée – la prétention, objet de la demande – n'est pas identique selon qu'est réclamée, par exemple, l'exécution ou la résolution¹⁷²⁶. Cela

1717 Ph. Théry, « Concentration des demandes et concentration des moyens : le test des demandes incidentes ? », obs. sous Cass. civ. 1, 1^{er} juillet 2010, Bull. civ. I, n° 150, RTD civ. 2011, p. 586 : « Pour savoir si une nouvelle demande est recevable, il n'est plus nécessaire de se reporter à ce qui a été précédemment jugé ; il suffit de comparer ce qui est demandé avec ce qui l'a été précédemment. Peut-être la solution a-t-elle encore un pied dans la chose jugée ; elle en a certainement un dehors... »

1718 Y.-M. Serinet, « La sanction par l'irrecevabilité des demandes nouvelles en appel », JCP 2010, doctr., p. 545, n° 19

1719 V. à ce propos M. Bencimon, O. Bernabe, P. Hardouin, P. Naboudet-Vogel et O. Passera, *op. cit.*, spéc. p. 159 : « Comme il n'est pas toujours inutile de rappeler certains truismes, l'article 1351 [ancien du Code civil] dispose in limine que l'autorité de la chose jugée ne se conçoit qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. »

1720 H. Motulsky, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », D. 1964, p. 235 et in *Écrits, études et notes de procédure civile, op. cit.*, p. 101, spéc. p. 102, n° 2 – H. Motulsky, « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », D. 1958, chron., p. 1, et in *Écrits, études et notes de procédure civile, op. cit.*, p. 201 spéc. p. 220, n° 28 – V. aussi P. Hébraud, RTD civ. 1953, p. 376 ; *ibid.* 1956, p. 585 ; *ibid.* 1965, p. 852

1721 Contrairement à l'analyse donnée par M. le premier Avocat général M. Jeol, *loc. cit.* : « Malgré les débats quasi théologiques auxquels ont donné lieu ces questions, un consensus s'est établi au moins sur un point : l'art. 1351 c. civ. ne conduit pas à comparer deux demandes successives en justice, mais une décision rendue au cours d'un premier procès et une action ultérieure. Il s'agit donc de vérifier s'il y a identité entre la "chose jugée" et la "chose demandée". » – V. aussi Ph. Théry, « Le litige en droit judiciaire privé, petits exercices de procédure élémentaire », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard : Justice et procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, op. cit.*, p. 853, spéc. p. 864, n° 17 – G. Wiederkehr, « Étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile : notion d'identité de cause », note sous Cass. plén., 7 juillet 2006, *Cesareo*, précit., JCP G 2007, II, 10070

1722 V. L. Cadiet, « La sanction et le procès civil », in *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*, LGDJ, 2008, p. 125, spéc. p. 132

1723 S. Guinchard, « L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil et de la simple faculté pour le juge de "changer le fondement juridique des demandes" » in *De Code en Code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, op. cit.*, p. 379 – G. Wiederkehr, *loc. cit.* : « Est-il vraiment nécessaire de rappeler que l'autorité de chose jugée devrait être l'autorité de ce qui a été jugé ? La palissade, tautologie ? Mais ce qu'on croirait être une vérité d'évidence n'est pas celle de l'Assemblée plénière qui étend l'autorité à ce que le juge n'a pas jugé. (...) En outre, elle méconnaît le droit au juge puisqu'elle conduit ce dernier à refuser d'entendre une partie en sa cause et surtout elle viole le principe du contradictoire, puisqu'elle confère l'autorité de chose jugée à des points qui n'ont pas fait l'objet du moindre débat et qu'en outre le juge n'a jamais tranchés. »

1724 A. Posez, *op. cit.*, spéc. n° 3 : « Il en résulterait que le principe de concentration des moyens aboutirait en cet état à vider l'article 1351 du code civil de toute signification, et à consacrer une autorité de la chose non jugée, en violation, à tout le moins, du principe du contradictoire. »

1725 S. Guinchard, *loc. cit.*

1726 Cass. civ. 3, 10 avril 1991, *Lignel c/. Orset*, n° 89-16.036 : « Attendu que M. Y... fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée par l'arrêt du 23 mai 1985, alors, selon le moyen, "que

revient donc à « dire que ce qui n'a pas été demandé a été jugé, [et] c'est maintenir l'autorité de la chose jugée dans le registre de la fiction en substituant à une présomption de vérité une présomption de jugement »¹⁷²⁷. Cela s'oppose aux textes puisque l'article 480 du Code de procédure civile confère l'autorité de la chose jugée au dispositif du jugement. On peut trouver à cette solution une justification dans la doctrine de Motulsky qui avait plaidé pour « la faculté pour le tribunal de décider que, si effectivement le facteur invoqué dans la seconde instance n'avait pas été discuté ni tranché dans la première, alors qu'il aurait pu être soulevé et qu'il ne l'avait pas été dans un but dilatoire, il faisait alors partie de la matière litigieuse de la première procédure »¹⁷²⁸. Mais cela est d'autant plus difficile à justifier quand on pense à certaines incohérences : notamment, une demande qui n'a pas été formée pourrait être écartée par l'exception de chose jugée alors que le rejet de cette demande sans motivation suffisante permet d'ouvrir la requête en omission de statuer sur le fondement de l'article 463 du Code de procédure civile¹⁷²⁹. Dès lors, « si le juge peut réparer une omission de statuer – ce qui implique, on hésite à le rappeler, que la chose n'a pas été jugée – comment pourrait-on parler de chose jugée à propos d'une demande qui ne lui a pas été soumise ? »¹⁷³⁰

367. Il faudra donc choisir, dans les cas d'option ou de cumul, l'une des facultés ouvertes par la législation. Cependant, dans l'hypothèse d'un concours d'actions, on pourrait imaginer un moyen de ne pas se fermer définitivement la porte de l'action non exercée, et de se ménager ainsi une issue de secours ou une position de repli pour triompher en appel sur un fondement différent de celui qu'on avait vainement soutenu en première instance. Il suffirait, pour le demandeur, de faire usage

l'action en exécution et l'action en résolution d'un contrat ne sont que deux modalités de l'exercice d'un même droit et trouvent l'une et l'autre leur cause dans le contrat ; qu'il s'ensuit que le précédent arrêt, ayant jugé que la vente était parfaite, par accord des parties sur la chose et le prix, et que les conditions accessoires, telles l'organisation d'expositions ou la création d'un musée, n'étaient pas un élément déterminant du consentement des parties, l'autorité de la chose jugée s'opposait à l'introduction d'une action en résolution de la vente fondée sur l'inexécution par l'acquéreur de ces conditions accessoires ; qu'ainsi l'arrêt attaqué a violé l'article 1351 du Code civil ; mais attendu que l'autorité de la chose jugée n'ayant lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet du jugement et exigeant que la chose demandée soit la même, l'arrêt retient, à bon droit, que l'objet de la demande formée devant la cour d'appel d'Orléans n'est pas le même que celui dont la cour d'appel de Paris se trouve saisie, puisque la première action tendait à faire déclarer la vente parfaite tandis que la seconde a pour but d'en obtenir la résolution. »

1727 Ph. Théry, « Rapport de synthèse du colloque “Regards croisés sur l'autorité de chose jugée” », Procédures 2007, étude 22

1728 H. Motulsky, *op. cit.*, p. 201, spéc. p. 230, n° 43

1729 Cass. plén., 2 novembre 1999, n° 97-17.107, RTD civ. 2000, p. 160, obs. Perrot ; JCP 1999, II, 10213, concl. Weber – Cass. civ. 2, 20 octobre 2005, n° 03-20.705, AJDI 2006, p. 46 ; JCP 2005, IV, n° 3455 – Cass. soc. 1^{er} février 2011, n° 08-45.223 – Cass. civ. 1, 11 février 1981, Bull. civ. I, n° 51 – Cass. civ. 1, 1^{er} mars 1983, Bull. civ. I, n° 83, Gaz. Pal. 1983, I, 176, obs. S. G. ; RTD civ. 1983, p. 596, obs. Perrot – Cass. com., 16 juillet 1991, Bull. civ. IV, n° 164 – Cass. civ. 2, 16 juillet 1992, Bull. civ. II, n° 210, JCP 1992, IV, 293 – Cass. civ. 1, 6 octobre 1993, Bull. civ. I, n° 274, D. 1995, p. 108, obs. Fricero ; JCP 1993, IV, 2535 – Cass. civ. 2, 21 mars 2013, n° 11-28.840, RTD civ. 2013, p. 434

1730 Ph. Théry, « Concentration des demandes et concentration des moyens : le test des demandes incidentes ? », obs. sous Cass. civ. 1, 1^{er} juillet 2010, Bull. civ. I, n° 150, RTD civ. 2011, p. 586

du principal et du subsidiaire en hiérarchisant ses demandes : par exemple, la résolution serait présentée à titre principal et l'exécution forcée à titre subsidiaire, ou l'inverse. Pareillement pour la rescision et la nullité. De même pour les deux ordres de responsabilité ou pour l'action réhabilitatoire et l'action estimatoire. « *La demande subsidiaire consiste à élire d'emblée plusieurs cibles, ce qui n'est pas en principe interdit.* »¹⁷³¹ D'ordinaire, il s'agit de formuler à titre principal la demande la plus ambitieuse et, pour sauver ce qui peut l'être, de hiérarchiser les demandes subsidiaires dans un ordre d'intérêt décroissant. La subsidiarité ainsi considérée est utilisée « *à titre de remède, de garantie, de suppléance, de consolation* »¹⁷³².

368. La technique de la subsidiarité est « *en quelque sorte intermédiaire entre le cumul et l'option* »¹⁷³³, dans la mesure où deux actions sont conjointement exercées mais où l'examen, et le cas échéant l'accueil, de l'une est subordonné au rejet de l'autre. Par cette absence d'exercice de l'option, le plaideur abandonne au juge le soin de choisir le fondement juridique adéquat, celui qui lui permettra de gagner le procès. Ainsi, les règles législatives de non-cumul et les règles jurisprudentielles rendant définitive l'option exercée pourraient être contournées tout en n'encourant pas le reproche d'une fraude. La jurisprudence ayant considéré qu'une demande présentée à titre subsidiaire devant le premier degré de juridiction et à titre principal devant le second ne saurait être considérée comme nouvelle en appel¹⁷³⁴, le plaideur avisé pourrait ainsi « récupérer » en appel la faculté d'option et « paralyser » les récents revirements qui l'en ont privé, faisant de la sorte échec à la règle *Electa una via*. Pour mieux le dire, le plaideur pourrait recouvrer la liberté de choisir et échapper à l'emprisonnement dans la branche qu'il avait élue *in limine litis*.

Par prudence, il serait peut-être même souhaitable d'exercer systématiquement les diverses voies des concours d'actions, qu'il s'agisse d'options ou de cumuls, en les hiérarchisant par l'usage de la subsidiarité. Le rejet de la demande principale conduirait automatiquement à l'examen de la demande subsidiaire, position de repli permettant de ne gagner qu'à moitié pour ne pas tout perdre. Quant au problème d'une contradiction intellectuelle, il peut être dépassé par l'appel à la notion de fins dont on a vu qu'elle était interprétée largement : il suffirait d'arguer que l'on cherche la cessation des rapports locatifs¹⁷³⁵ ou, mieux, le rétablissement de l'équilibre contractuel¹⁷³⁶ et de faire remarquer que l'exercice des deux branches d'une alternative légale se fondant sur le même

1731 E. Putman, « Remarques sur la demande subsidiaire », JCP G 1991, I, 3493

1732 G. Cornu (dir.), *op. cit.*, p. 994, « subsidiaire »

1733 L. Weiller, *thèse précit.*, p. 180, n° 176

1734 Versailles, 2 avril 1993, D. 1993, p. 153

1735 V. par ex. Cass. civ. 3, 9 juillet 1979, Bull. civ. III, n° 151

1736 L. Weiller, *op. cit.*, p. 359, n° 388 : « Cette terminologie présente l'avantage d'éviter l'artifice de la formulation consistant à énoncer que puisque c'est le même droit qui est exercé, une finalité identique est forcément conservée. »

présupposé ne revient pas exactement à demander une chose et son contraire. En définitive, on objectera qu'aucune disposition textuelle ne vient interdire l'usage d'un subsidiaire en apparente contradiction avec le principal. Le subsidiaire en effet n'est pas l'accessoire, et comme le souligne dans une très belle formule Monsieur Raynard, « *alors que l'accessoire vit en plein jour, aux côtés du principal, et subit de concert ses revers, le subsidiaire vit dans l'ombre de l'essentiel précisément dans l'attente de l'éclipse de celui-ci* »¹⁷³⁷. Ce n'est d'ailleurs pas en vain que le droit privé a construit la subsidiarité « *comme une technique prévenant un risque de contradiction de règles aux domaines concurrents précisément par l'ordre préalable qu'elle postule : une méthode de résolution des conflits de norme par voie prophylactique en quelque sorte* »¹⁷³⁸. On peut même soutenir que la subsidiarité, technique du droit civil, a été élevée par la pratique judiciaire au rang de stratégie procédurale. C'est alors que « *l'efficacité est optimale lorsque le résultat produit par la règle subsidiaire est identique, sinon équivalent, à celui qui aurait été obtenu par la mise en œuvre de la règle première ; il en va ainsi lorsque l'attente de celui qui se prévaut du mécanisme subsidiaire est pareillement satisfaisante qu'au cas de mise en œuvre de la règle défailante* »¹⁷³⁹ même si plus fréquemment « *c'est le propre des demandes subsidiaires que d'être formulées précisément afin d'obtenir une satisfaction moindre à la demande principale, pour le cas où celle-ci ne saurait être accueillie* »¹⁷⁴⁰.

369. Si l'on considère la subsidiarité comme une stratégie procédurale, encore faut-il s'en servir utilement. Deux freins, l'un théorique, l'autre pratique, seraient de nature à lui faire perdre une partie de son intérêt, voire à retourner l'arme contre celui qui s'en sert. D'une part, il faut noter que le droit positif pose certaines restrictions en matière de pluralité d'actions, qu'elle émane d'un même plaideur ou qu'elle résulte d'une demande reconventionnelle. À titre d'exemple, l'article 297-1 du Code civil dispose que « *lorsqu'une demande en divorce et en séparation de corps sont concurremment présentées, le juge examine en premier lieu la demande en divorce* ». Il est vrai que cet article concerne l'éventualité d'une demande reconventionnelle en divorce ou en séparation de corps présentée par l'époux défendeur. Pourtant, sans verser dans la casuistique, il n'interdit pas à l'époux demandeur de présenter une telle demande à titre subsidiaire. L'article 1077 du Code de procédure civile pose le « *principe de l'exclusivité du fondement de la demande* »¹⁷⁴¹

1737 J. Raynard, « À propos de la subsidiarité en droit privé », in *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, t. 1, p. 131

1738 *Ibid.*

1739 *Ibid.*

1740 *Ibid.*

1741 S. David, « Divorces contentieux : instance et jugement de divorce » in *Droit et pratique du divorce*, (dir.) P.-J. Claux et S. David, Dalloz référence, 2015, 3^{ème} éd., chap. 138, p. 325, n° 32

afin de régler l'utilisation de l'option formelle ouverte par l'article 229 du Code civil : pour ce faire, il impose à l'époux demandeur au divorce de choisir l'une des quatre actions en divorce et lui défend de se fonder à titre subsidiaire sur un autre cas de rupture du lien conjugal. Jadis, la Chambre civile avait même jugé que la demande en divorce contenait virtuellement la demande en séparation de corps¹⁷⁴². De même, quel que soit l'agencement des prétentions, un juge saisi à titre principal d'une demande en résolution d'un contrat et à titre subsidiaire d'une demande en nullité devrait commencer par examiner cette deuxième possibilité, ne serait-ce qu'en raison du gain de temps procuré par son admission possible¹⁷⁴³.

D'autre part, la prudence consisterait à « *savoir au contraire, parfois, concentrer le feu sur la prétention unique que des demandes subsidiaires, par leur surabondance, ne feraient qu'affaiblir* »¹⁷⁴⁴. Affaiblir le principal pourrait être l'écueil du subsidiaire. À trop vouloir mettre toutes les chances de son côté, on finit par les perdre toutes. Il faut ici tenir compte de ce qui se fait devant les tribunaux et les cours et l'on comprend qu'un magistrat puisse être déconcerté de relever un grand foisonnement de fondements juridiques dans une contestation qui aurait gagné à ne pas être compliquée à l'excès. Sans oublier que le subsidiaire peut être perçu – si le juge adopte une vue d'ensemble du litige pourtant non exigée par les textes – comme un aveu et faire ainsi échec à la demande principale¹⁷⁴⁵. « *Il reste que cette globalisation peut gêner assez sensiblement le plaideur qui, fidèle aux enseignements de la Cour de cassation, multiplierait les subsidiaires au nom du principe de concentration.* »¹⁷⁴⁶ Par chance, l'Assemblée plénière est venue rectifier une position non moins injuste que juridiquement fragile¹⁷⁴⁷. Il n'en reste pas moins qu'en fait rien n'empêche le

1742 Cass. civ., 22 février 1888, DP 1888, I, 223

1743 Aix-en-Provence, 1^{ère} ch. B, 4 janvier 2001, Bull. Aix 2001-1, S. 8, p. 190 et s., obs. Weiller

1744 E. Putman, *loc. cit.*

1745 Cass. civ., 20 novembre 1889, DP 1890, I, 60 – Cass. civ. 1, 3 janvier 1996, Bull. civ. I, n° 8 – Cass. civ. 2, 15 décembre 2005, n° 04-13.009 – Cass. civ. 2, 18 janvier 2006, n° 04-14.674 – Cass. soc., 10 juillet 1959, Bull. civ. IV, n° 913 : « *Le tribunal ne peut rejeter l'offre de délation de serment faite par le salarié, même à titre subsidiaire, car elle constitue son seul moyen de défense contre l'exception de prescription de l'article 2271 du code civil soulevée par son employeur.* » – Cass. civ. 2, 21 décembre 2006, n° 05-20.613, Procédures 2007, comm. 57, Perrot : « *Attendu que la courte prescription de l'article 2273 du code civil, reposant sur une présomption de paiement, doit être écartée lorsqu'il résulte de l'aveu du débiteur qu'il n'a pas acquitté sa dette ; (...) la société avait fait valoir à titre subsidiaire que la demande était injustifiée en ce que les dépens avaient été mis à la charge de tiers et en ce que l'évaluation ne semblait pas justifiée au regard de l'intérêt du litige, reconnaissant, par là même, l'absence de paiement de cette créance.* »

1746 R. Perrot, « La portée d'un subsidiaire », note sous Cass. civ. 2, 21 décembre 2006, précit., Procédures 2007, comm. 57

1747 Dans le litige ayant donné lieu à l'arrêt précité rendu par la deuxième Chambre civile le 21 décembre 2006, V. Cass. plén., 29 mai 2009, n° 07-20.913, BICC, 15 septembre 2009, rapp. Gérard et avis contraire Mellotée : « *Mais attendu que ne peuvent constituer un aveu des conclusions par lesquelles, après avoir invoqué la prescription, une partie conteste, à titre subsidiaire, l'existence ou le montant d'une créance ; que le premier président ayant relevé que la contestation du montant des dépens n'était présentée qu'à titre subsidiaire, le moyen n'est pas fondé.* » – V. aussi Cass. civ. 2, 20 janvier 2000, n° 98-14.333 – Cass. civ. 3, 11 mai 2011, n° 10-14.651 et 10-15.000, RLDC 2011/84, n° 4323, p. 62, obs. Bléry – Cass. com., 10 juillet 2012, n° 11-22.898 – Cass. soc., 26 septembre 2012, n° 11-14742, Gaz. Pal. 7 décembre 2012, p. 41, obs. Orif – Cass. civ. 1, 19 décembre 2012, n° 11-27.410, RLDC 2013/104, n° 5017, p. 65, obs. Bléry – Cass. civ. 2, 14 novembre 2013, n° 12-26.452 – Cass. soc., 11 décembre

juge de conserver cette appréciation globale qui passera inaperçue si elle n'apparaît pas dans sa décision. Un équilibre doit donc être trouvé par l'avocat qui devra manier avec précaution la subsidiarité tout en concentrant les moyens de droit¹⁷⁴⁸.

370. Devant la cour d'appel, la demande n'est pas nouvelle lorsqu'elle est présentée à titre principal tandis qu'elle l'avait été initialement à titre subsidiaire¹⁷⁴⁹. Il est donc probablement utile, après s'être assuré que cela ne nuit pas à la stratégie procédurale, de conclure devant le premier juge à titre subsidiaire avec l'idée qu'il pourra s'avérer efficace de réutiliser le fondement devant le juge d'appel à titre principal. Néanmoins, il n'est pas établi que cela soit toujours nécessaire puisque la notion de fins étant taillée très amplement par la jurisprudence, il sera sans doute loisible de présenter une autre prétention entrant dans le cadre de l'article 565 du Code de procédure civile. Or, il est sûr qu'il y a, peu ou prou, une identité de finalité dans tous les concours d'actions. Pour en convaincre le juge du second degré, il faudra avoir recours à des notions telles que la libération des rapports locatifs, la cessation des relations contractuelles, la disparition de la société, la réparation globale du préjudice ou encore le rétablissement de l'équilibre contractuel. L'arrêt précité du 22 octobre 2014 précise dans sa motivation « *que la demande d'attribution préférentielle, qui avait pour objet le règlement de la succession, tendait aux mêmes fins que les prétentions initiales, dont celle formulée au titre du recel successoral* », laquelle n'était formée qu'à titre subsidiaire devant le premier juge. Cette précision n'est toutefois pas assez explicite pour qu'on puisse conclure à une prise en compte de la subsidiarité pour ne pas retenir la nouveauté de la demande.

2013, n° 12-23.548 – Cass. soc., 23 septembre 2014, n° 13-18.605 – Cass. civ. 1, 5 mars 2015, n° 14-10.911 – Cass. civ. 3, 6 mai 2015, n° 13-24.947, Procédures 2015, comm. 215, obs. Strickler – Cass. civ. 2, 11 juin 1981, Bull. civ. II, n° 130 – Cass. civ. 3, 4 avril 2002, n° 99-19.581 – Cass. soc., 26 septembre 2002, n° 01-45.679 – Cass. com., 10 décembre 2002, n° 99-21.556 – Cass. com., 4 février 2003, n° 99-16.177 – Cass. civ. 1, 17 octobre 2007, Bull. civ. I, n° 319 – Cass. civ. 2, 15 novembre 2007, n° 06-18.193 – C. Bléry, « Des effets dévastateurs du principe de concentration », Procédures 2010, alerte 1 : « *Ainsi l'avocat – ou le plaideur sans conseil – peut-il énumérer tous les fondements lui paraissant pertinents. Si la primauté du principe de hiérarchisation donne la possibilité de le faire, c'est aussi une obligation bien lourde qui résulte du principe de concentration. Il faut par ailleurs ne pas hésiter à présenter la liste la plus longue possible (au risque de faire perdre son temps au juge ! Quel beau résultat...)* »

1748 L. Weiller, « Renouveau des critères de l'autorité de la chose jugée : l'Assemblée plénière invite à relire Motulsky », note sous Cass. plén., 7 juillet 2006, *Cesareo*, D. 2006, p. 2135 : « *Les plaideurs et leurs conseils seront donc bien avisés d'invoquer dès l'introduction de l'instance un maximum de fondements juridiques au soutien de leurs prétentions. L'usage du subsidiaire mérite d'autant plus d'être conseillé que la demande subsidiaire fait partie de ce sur quoi le juge est tenu de se prononcer.* » – A. Posez, *op. cit.*, spéc. n° 16 : « *Faut-il craindre alors de voir les conclusions se surcharger de moyens subsidiaires ? Là encore, il ne semble pas : d'abord parce que cet exercice a toujours été, dans une certaine mesure, celui des avocats, naturellement enclin à soulever le plus de moyens possibles en vue de convaincre le juge du bien-fondé de leur cause ; ensuite parce que, d'un autre côté, le temps de travail de ces auxiliaires de justice n'est pas non plus infiniment compressible, et qu'il faudra bien aussi réserver son temps aux moyens les plus opérants. En toute hypothèse, ce risque serait-il avéré qu'il ne pourrait être bien sérieux : où résiderait exactement ici le danger, ou même simplement l'inconvénient, sinon dans l'obligation faite au juge de parcourir quelques pages d'écritures supplémentaires ? Obligation d'ailleurs vite compensée par un recours rendu d'autant moins nécessaire au moyen relevé d'office, et surtout, puisque telle est la fin, par l'assurance de ne plus avoir à rejurer la même affaire une seconde fois.* »

1749 Versailles, 2 avril 1993, précit.

SECTION II : LA RÈGLE DE L'UNICITÉ DE L'INSTANCE

371. Le droit du travail connaissait naguère une règle procédurale spécifique appelée unicité de l'instance. Ce « *vocabulaire curieux* »¹⁷⁵⁰ pourrait être source de méprises dans la mesure où, au regard de la terminologie processuelle classique, il faudrait plutôt parler d'unicité du procès¹⁷⁵¹. Jusqu'à son abrogation par le décret du 20 mai 2016¹⁷⁵², l'article R. 1452-6 alinéa 1^{er} du Code du travail disposait : « *Toutes les demandes liées au contrat de travail entre les mêmes parties font, qu'elles émanent du demandeur ou du défendeur, l'objet d'une seule instance.* » Bien que n'étant plus de droit positif, ce mécanisme du procès prud'homal mérite d'être étudié (§ 1). De même, la procédure de divorce connaît, dans une forme et selon des modalités relativement différentes, un dispositif semblable (§ 2).

Cette règle a suscité de nombreuses critiques¹⁷⁵³. Parmi les plus autorisées, Madame Amrani-

1750 E. Bataille, *La procédure prud'homale. Guide pratique*, Sofiac, 2017, 3^{ème} éd., p. 217, n° 292

1751 S. Amrani-Mekki, « La règle de l'unicité de l'instance », in *Procès du travail, travail du procès*, (dir.) M. Keller, Paris, LGDJ, 2008, p. 359 : « *L'idée est que la rigueur temporelle se fait dans le cadre d'un procès, mais non d'une instance proprement dite. (...) Notons d'ailleurs à cet égard, l'ambiguïté du terme d'unicité de l'instance. Le terme "instance" est inapproprié car techniquement, il signifierait une impossibilité de formuler des demandes nouvelles dans les instances sur recours. Il faudrait donc plus justement parler d'unicité de procédure ou de procès. (...) L'idée est que la rigueur temporelle se fait dans le cadre d'un procès, mais non d'une instance proprement dite. (...) Notons d'ailleurs à cet égard, l'ambiguïté du terme d'unicité de l'instance. Le terme "instance" est inapproprié car techniquement, il signifierait une impossibilité de formuler des demandes nouvelles dans les instances sur recours. Il faudrait donc plus justement parler d'unicité de procédure ou de procès.* » – E. Serverin, « Propos sur la recevabilité des demandes nouvelles devant la juridiction de renvoi après cassation », note sous Cass. soc., 5 décembre 2006, Rev. trav. 2007, p. 51 parle d' « *une définition fonctionnelle, et non strictement procédurale, de la notion d'instance unique, laquelle ne se limite pas à l'instance initiale, mais s'étend à toutes celles qui, liées à un même contrat de travail entre les mêmes parties, sont introduites avant que l'instance initiale soit définitivement éteinte* ». – V. aussi S. Amrani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, thèse Paris, 2000, Dalloz, 2002, spéc. p. 15, n° 10 – V. également V. Orif, *La règle de l'unicité de l'instance*, thèse Paris, LGDJ, 2012, spéc. p. 11, n° 11

1752 Décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail, art. 8

1753 H. Solus et R. Perrot, *op. cit.*, p. 458, n° 536 – J. Audinet, « Une embûche de la procédure prud'homale : l'interdiction des demandes nouvelles », in *Études de droit du travail offertes à André Brun*, Lyon, Bosc frères, 1974, p. 23 et s. – Y. Desdevises, Dr. soc. 1986, p. 143 – Y. Desdevises, « Particularisme de la procédure prud'homale », *Justices*, octobre-décembre 1997, n° 8, p. 29 – A. Supiot, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 1987, t. 9, *Les juridictions du travail*, p. 624 n° 670 – J. Buffet, « La nouvelle procédure prud'homale », Dr. soc. 1975, p. 251 – R. Pautrat et R. Le Roux-Cocheril, *Les conseils de prud'hommes*, Sirey, 1984, spéc. n° 473 – P. Bailly, « Vertus et périls de l'unicité de l'instance prud'homale », RJS 2005, p. 327 – P.-H. d'Ornano, « L'unicité de l'instance prud'homale », JCP S 2007, p. 1536 – I. Pétel-Teyssié, « L'unicité de l'instance prud'homale » in *Les notions fondamentales du droit du travail*, (dir.) B. Teyssié, éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 211 – M. Poirier, « Unicité de l'instance, la résistance des juges du fond », Dr. ouvrier 2007, p. 273 ; « La justice du travail : bilan et perspectives », rapport syndical, Dr. soc, février 1974, spéc. p. 41 et 58 – E. Blanc, *Procédure prud'homale : commentaire du décret du 12 septembre 1974*, Paris, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1975 – P. Estoup, *Pratique de la juridiction prud'homale*, Litec, 1991, p. 143 – P. Couvrat, « La réforme de la procédure prud'homale », D. 1975, chron., p. 69 pour qui la règle est un « *privilège contestable réservé surtout à l'employeur* ». – M. Rayroux, « Modification de la procédure prud'homale », Gaz. Pal. du 26 septembre 1974, p. 815 – S. Grayot, « Désistement de l'employeur et principe d'unicité de l'instance prud'homale : une atteinte disproportionnée au droit d'agir du salarié ? », note sous Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-43.774, LPA, 10 novembre 2006, n° 225, p. 11 – D. Boulmier, *Preuve et instance prud'homale : à la recherche d'un procès équitable*, thèse

Mekki déclarait sans ambages que « *la règle de l'unicité de l'instance bizarrerie de la procédure prud'homale, est inique, dangereuse et incohérente* »¹⁷⁵⁴ tandis que Monsieur Lyon-Caen, avocat général à la Cour de cassation, suggérait que « *ce principe d'unicité d'instance, qui est l'une des originalités du droit du travail, sans doute pas la plus heureuse* »¹⁷⁵⁵ soit mis à l'écart par application de la Convention européenne¹⁷⁵⁶. D'autres auteurs se sont pourtant demandé si l'unicité de l'instance ne pourrait être utilement étendue aux autres branches du procès civil (§ 3).

§ 1. L'unicité de l'instance dans le contentieux prud'homal

372. La règle de l'unicité de l'instance a fait son apparition dans notre droit au début du vingtième siècle. « *Son origine historique atteste d'une réglementation politisée reposant sur des a priori dangereux.* »¹⁷⁵⁷ À la faveur d'un amendement, l'article 33 alinéa 5 de la loi du 27 mars 1907 disposait que « *toutes les demandes dérivant du contrat de louage entre les mêmes parties doivent faire l'objet d'une seule instance, à peine d'être déclarées non recevables, à moins que le demandeur ne justifie que les causes des demandes nouvelles ne sont nées à son profit ou n'ont été connues de lui que postérieurement à l'introduction de la demande primitive* ». Les impératifs de célérité de la justice civile ne faisant pas partie des enjeux mis en valeur à cette époque, la *ratio legis* de cette disposition résidait d'abord dans la volonté d'empêcher les fraudes au taux de ressort : le demandeur aurait pu en effet être tenté de fragmenter ses demandes en engageant autant d'actions

Orléans, 2000, Paris, LGDJ, 2002 – P. Lyon-Caen, « Le principe d'unicité de l'instance doit-il être maintenu ? », obs. sous Cass. soc., 12 novembre 2003, Dr. soc., 2004, p. 100 et s. – Pour d'autres propositions d'abandon : R. Perrot, RTD civ., 1987, obs., p. 598 – G. Gélinau-Larrivet, « Quelques réflexions sur les conseils de prud'hommes et la procédure prud'homale », in *Le juge entre deux millénaires : mélanges offerts à Pierre Drai, op. cit.*, p. 343 *in fine* : il est notable que l'auteur a été président de la Chambre sociale de la Cour de cassation. – D. Marshall, *Les juridictions du XXI^{ème} siècle, un citoyen acteur, une équipe de justice*, Doc. fr., 2013, pp. 47 et 112 – L. Pécaut-Rivolier, *Rapport sur les luttes contre les discriminations au travail : un défi collectif, ministère du travail, ministère de la justice, ministère des droits des femmes*, Doc. fr., 2013, pp. 106-107 : « Cette règle de centralisation des litiges est incompatible avec les actions en discrimination. Il n'y a en effet pas nécessairement de rapport, dans l'esprit du salarié, entre une créance liée à un problème de rémunération ou liée à la rupture du contrat de travail, et une procédure faisant état d'une discrimination. Cela est encore plus vrai lorsque l'action en discrimination s'inscrit dans la suite de l'action collective. Or, parce que le salarié aurait demandé à ce que soit constatée et réparée la discrimination dont il a été victime, il pourrait être empêché de réclamer ultérieurement ses autres droits. Il faut donc que la règle de l'unicité de l'instance ne puisse être opposée à ces actions. De manière générale, on peut s'interroger sur la pertinence de laisser subsister la règle de l'unicité de l'instance. » – En faveur de la règle de l'unicité de l'instance, V. notamment, J. Chevassus, « La concentration des demandes en matière prud'homale », RTD civ. 1973, p. 259 – J. Villebrun et G.-P. Quétant, *Traité de la juridiction prud'homale*, LGDJ, 1998, 3^{ème} éd. – G.-P. Quétant, obs. sous Cass. soc., 24 janvier 1996, Defr., 1997, p. 599.

1754 S. Amrani-Mekki, « La règle de l'unicité de l'instance », in *Procès du travail, travail du procès, op. cit.*, p. 359

1755 P. Lyon-Caen, « Le principe d'unicité de l'instance doit-il être maintenu ? », Dr. soc. 2004, p. 100

1756 Mais la Cour de cassation s'y est toujours refusée alors qu'elle aurait pu, par exemple, utiliser le contrôle de conventionnalité. – À ce sujet, V. notamment Cass. soc., 28 octobre 1998, n° 96-43.038 – Cass. soc., 5 juillet 2000, n° 98-41.667 – Cass. soc., 9 juillet 2002, n° 00-42.97

1757 S. Amrani-Mekki, *loc. cit.*

en justice aux fins d'obtenir pour chacune d'elle une décision en dernier ressort¹⁷⁵⁸. Cette manœuvre n'était qu'une réplique aux artifices de défendeurs – souvent issus du patronat – qui, par un habile maniement des règles de procédure, cherchaient à échapper au conseil de prud'hommes¹⁷⁵⁹. Ce motif a perdu son intérêt lorsque le taux de ressort a été apprécié en fonction de chaque demande prise isolément¹⁷⁶⁰, mais la globalisation des chefs de demande opérée par la jurisprudence¹⁷⁶¹ puis par le législateur¹⁷⁶² a pu lui rendre un temps sa pertinence¹⁷⁶³.

On a, plus récemment, avancé des justifications supplémentaires à la règle de l'unicité de l'instance¹⁷⁶⁴ tout en soulignant qu'« aucune de ces justifications ne convainc tout à fait de la spécificité de la règle dans le contentieux du travail »¹⁷⁶⁵ : entre autres, il s'agissait aussi d'éviter qu'un salarié ne multipliat les instances, ce qui ralentirait la bonne marche de l'entreprise (mais encore faut-il qu'il en ait les moyens) ; ne pas compromettre la poursuite du contrat de travail par des demandes échelonnées dans le temps (mais le contrat est souvent déjà rompu lorsque le contentieux est porté devant le conseil de prud'hommes) ; éviter les contrariétés de décisions en

1758 Stratégie pourtant condamnée par la jurisprudence : Cass. req., 23 novembre 1885, DP 1886, I, 56 – TI Privas, 21 juin 1988, Gaz. Pal. 16 mai 1989, note Prévault

1759 Pour des explications détaillées des manœuvres de l'une et l'autre des parties, V. M.-L. Divialle, « Sur l'étendue du principe de l'unicité de l'instance », note sous Cass. soc., 8 décembre 2004, Dr. soc. 2005, p. 288

1760 Le décret n° 73-1048 du 15 novembre 1973 fixant la partie réglementaire du Code du travail y a codifié l'article R. 517-4 dont l'alinéa 1^{er} disposait que « le jugement est sans appel lorsqu'aucune des demandes, principales, reconventionnelles ou en compensation, ne dépasse, à elle seule, le taux de compétence en dernier ressort du conseil de prud'hommes ». – Pour des applications jurisprudentielles : Cass. soc., 23 juin 1977, Bull. civ. V, n° 424 – Cass. soc., 20 juillet 1978, Bull. civ. V, n° 619 – Cass. soc., 11 décembre 1991, n° 90-44.748

1761 Cass. soc., 20 avril 1989, Bull. civ. V, n° 304 – Cass. soc., 16 juillet 1996, Bull. civ. V, n° 213 – Cass. soc., 5 mars 1997, TPS 1997, comm. 317 – Cass. soc., 13 et 14 mars 2001, TPS 2001, comm. 279 – Cass. soc., 28 octobre 2002, TPS 2002, comm. 132 – Cass. soc., 17 juillet 1996, Bull. civ. V, n° 293 – Cass. soc., 12 mars 1997, Bull. civ. V, n° 106 – Cass. soc., 13 mars 2001, TPS 2001, comm. 279 (2^{ème} arrêt) – Cass. soc., 23 janvier 2002, TPS 2002, comm. 213 (1^{er} arrêt) – Cass. soc., 13 juin 2007, JCP S 2007, p. 1832, obs. Lahalle – Cass. soc., 17 juillet 1996, Bull. civ. V, n° 292 – Cass. soc., 20 novembre 1996, Bull. civ. V, n° 397 – Cass. soc., 29 janvier 1997, Bull. civ. V, n° 45 – Cass. soc., 14 mars 2001, TPS 2001, comm. 279 (1^{er} arrêt) – Cass. soc., 5 mars 1997, TPS 1997, comm. 228 – Cass. soc., 28 octobre 2002, TPS 2003, comm. 132 – Cass. soc., 13 mars 2001, TPS 2001, comm. 279 (2^{ème} arrêt) – Cass. soc., 20 novembre 1996, TPS 1997, comm. 35 – Cass. soc., 23 janvier 2002, TPS 2002, comm. 213 (deux arrêts) – Cass. soc., 20 juin 2002, TPS 2002, comm. 365 – V. aussi A. Balsan, « L'appel prud'homal et la notion de "chef de demande" », Gaz. Pal. 1997, I, p. 797 – M. Keller, « Le taux du litige devant le conseil de prud'hommes », *Justices*, 1997, n° 6, p. 135

1762 L'article 76 du décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom a remplacé les deux premiers alinéas de l'article R. 517-4 du Code du travail par les dispositions suivantes : « Le jugement n'est pas susceptible d'appel lorsque la valeur totale des prétentions d'aucune des parties ne dépasse le taux de compétence en dernier ressort du conseil de prud'hommes. » – Désormais, ce sont les articles R. 1462-1 et s. du Code du travail qui reprennent, à quelques variantes près, ces dispositions.

1763 V. contre cet avis, S. Grayot, « Désistement de l'employeur et principe d'unicité de l'instance prud'homale : une atteinte disproportionnée au droit d'agir du salarié ? », note sous Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-43.774, LPA, 10 novembre 2006, n° 225, p. 11 : « La valeur totale des prétentions de l'une des parties est ainsi le critère de référence. On pourrait croire que l'unicité de l'instance retrouve là une justification qu'elle avait perdue. Toutefois, la solution étant celle du droit commun, on ne voit guère pourquoi la procédure prud'homale nécessiterait une règle particulière supplémentaire de nature à éviter une fraude au taux du ressort, et ce d'autant plus que la sanction paraît bien sévère eu égard à l'objectif visé. »

1764 V. P. Lyon-Caen, « Le principe d'unicité de l'instance doit-il être maintenu ? », Dr. soc. 2004, p. 100, spéc. n° 1

1765 *Ibid.*

raison de la connexité des demandes dérivant d'un même contrat¹⁷⁶⁶, surtout si les juridictions ne sont pas composées de façon identique (mais la connexité et la jonction d'instance servent à prévenir cela) ; enfin, limiter l'encombrement des juridictions prud'homales résultant de saisines à répétition. « *Mais, chaque fois, on peut se demander si, pour être atteints, ces objectifs nécessitent de recourir à une déchéance aussi sévère.* »¹⁷⁶⁷ La fin de non-recevoir tirée de l'unicité de l'instance n'était pas d'ordre public¹⁷⁶⁸ : fallait-il en déduire qu'elle n'était qu'une arme procédurale contre l'adversaire et non un instrument de police processuelle ?¹⁷⁶⁹

373. La rigueur du principe a été tempérée par le législateur et par la jurisprudence : d'une part, un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation de 1971¹⁷⁷⁰, d'autre part le décret du 12 septembre 1974¹⁷⁷¹ qui ont admis la recevabilité des demandes nouvelles en appel¹⁷⁷². On a pu y voir « *une sorte d'antidote à la règle rigoureuse de l'unicité de l'instance qui fait peser la menace d'une véritable déchéance sur le demandeur qui, mal informé en temps voulu, n'aurait pas su découvrir d'emblée l'étendue des droits qu'il prétend être les siens* »¹⁷⁷³. Cet élargissement de la voie d'appel se voyait en effet corrélée à une restriction considérable du juge de première instance. La fin de non-recevoir résultant de l'unicité de l'instance pouvait être soulevée ou relevée quelle qu'ait été la raison ayant mis fin à l'instance précédente, c'est-à-dire même si cette instance avait été déclarée

1766 V. J. Villebrun et G.-P. Quetant, *op. cit.*, n° 896

1767 S. Grayot, *loc. cit.*

1768 Cass. soc., 12 mars 1969, Bull. civ. V, n° 179 – Cass. soc., 20 juin 1990, n° 87-42.077

1769 S. Amrani-Mekki, *loc. cit.* : « *Pourtant, dans le silence du texte, l'hésitation est plus que permise. La règle n'est pas posée dans l'unique intérêt des parties mais poursuit principalement un but d'intérêt général concernant l'efficacité du service public de la justice.* »

1770 Cass. soc., 3 février 1971, n° 70-40.077, D. 1971, p. 203 – V. aussi Cass. soc., 22 novembre 1978, Bull. civ. V, n° 784 – Cass. soc., 14 juin 1989, Gaz. Pal. 1989, II, 183

1771 Décret n° 74-783 du 12 septembre 1974 modifiant les dispositions réglementaires du titre I du livre 5 du Code du travail relatives à la procédure en matière prud'homale, art. 4 qui donne cette rédaction de l'article R. 516-2 du Code du travail : « *Les demandes nouvelles dérivant du même contrat de travail sont recevables en tout état de cause, même en appel, sans que puisse être opposée l'absence de tentative de conciliation.* » – Quelques années auparavant, la loi n° 58-227 du 6 mars 1958 avait permis la recevabilité des demandes nouvelles en première instance.

1772 Puis à tout stade de la procédure : Cass. soc., 24 avril 1980, Bull. civ. V, n° 356 – Y compris devant la cour de renvoi : Cass. soc., 9 septembre 1996, JCP G 1996, IV, n° 2106, obs. Pierchon ; RTD civ. 1996, p. 983, n° 4, obs. Perrot – Et même en délibéré, pourvu que la juridiction saisie rouvre les débats afin de faire respecter le principe du contradictoire : Cass. soc., 19 juin 1991, Bull. civ. V, n° 305

1773 R. Perrot, « Procédure prud'homale : unicité de l'instance et demande nouvelle en cause d'appel », RTD civ. 1991, p. 167 – V. aussi H. Guyot, « La fin de l'unicité de l'instance, conséquences pratiques », JCP S 2016, n° 26, 1237 : « *Un salarié saisit le conseil de prud'hommes de Grenoble d'une demande de rappel de salaire. Il est débouté de ses demandes et l'employeur obtient sa condamnation au remboursement d'un trop perçu de salaire. Il n'interjette pas appel de la décision. Par la suite, il fait l'objet d'un licenciement pour impossibilité de reclassement suite au constat de son inaptitude par le médecin du travail. Il saisit à nouveau le conseil de prud'hommes. À l'occasion de la contestation de son licenciement, il sollicite également la requalification de son contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps plein. Sur cette dernière demande, le conseil de prud'hommes fait droit à l'argument de l'employeur invoquant l'unicité de l'instance. En effet, lors du premier contentieux, le salarié ne pouvait pas ignorer les arguments à l'appui de la demande de requalification de son contrat à temps partiel. Il ne peut donc plus faire valoir son droit à la requalification à l'occasion du second contentieux enrôlé.* »

irrecevable¹⁷⁷⁴ ou nulle¹⁷⁷⁵ ou si le demandeur s'était désisté¹⁷⁷⁶, fût-ce pour saisir le conseil de prud'hommes compétent *ratione loci*¹⁷⁷⁷. N'aurait-il pas fallu considérer, comme l'ont avancé certains justiciables, que la première instance n'avait jamais existé puisqu'elle avait été annulée ?¹⁷⁷⁸ Fondamentalement, la jurisprudence considérait qu'une fois la juridiction prud'homale dessaisie, une nouvelle saisine était impossible¹⁷⁷⁹. Ces solutions étaient chargées de lourdes conséquences : « *risque de déni de justice, atteinte au droit au juge et, pourquoi pas, rupture de l'égalité des armes* »¹⁷⁸⁰. Un arrêt de 2004 peut nous servir d'illustration¹⁷⁸¹.

374. Dans cette espèce, un salarié d'une société de vêtements avait attiré son employeur devant le conseil de prud'hommes de Fréjus afin de faire constater qu'il exerçait les fonctions de cadre. Ayant obtenu gain de cause, la société qui l'employait avait relevé appel, puis l'avait licencié pour faute grave et s'était finalement désistée de l'appel interjeté. Le salarié avait alors formé une

1774 Cass. soc., 21 novembre 1974, n° 73-40.582 : « *Attendu que pour déclarer cette action recevable, la cour d'appel retient que seules les décisions rendues au fond sur une demande dérivant de la rupture du contrat de travail interdisent d'en former une autre qui en découle également, à l'exclusion de celles qui statuent sur des exceptions de procédure ou ordonnent des mesures d'instruction ; qu'en statuant ainsi, alors que toutes les demandes dérivant du contrat de travail, doivent faire l'objet d'une seule instance, à peine d'être déclarées non recevables, sans qu'il soit fait aucune distinction entre les dispositions par lesquelles il peut avoir été statué sur la première des instances, la cour d'appel a fait une fausse application du texte susvisé.* »

1775 Cass. soc., 12 novembre 2003, *Beauseigneur c/. URSSAF des Alpes maritimes*, n° 01-41.901, D. 2003, inf. rap., p. 2868 ; Dr. soc. 2004, p. 100, avis Lyon-Caen et obs. Keller ; LPA 5 janvier 2004, p. 5, note Picca : « *Attendu qu'ayant relevé qu'il avait été définitivement statué sur l'instance précédemment introduite par M. X... à l'encontre de l'URSSAF des Alpes-Maritimes, par un jugement irrévocable, la cour d'appel a exactement décidé que la nouvelle demande, dérivant du même contrat de travail et tendant aux mêmes fins, se heurtait à la règle de l'unicité de l'instance alors même que le jugement intervenu n'avait pas statué sur le fond mais annulé la procédure en raison de l'absence d'une mise en cause obligatoire.* »

1776 Cass. soc., 27 janvier 1961, Bull. civ. V, n° 130 : « *Lorsqu'un salarié, qui s'est désisté de son instance en paiement de gratification après le dépôt du rapport du conseiller prud'homme commis qui concluait à l'incompétence ratione loci de la juridiction saisie, a introduit une nouvelle instance tendant au paiement de rappels de salaire, d'indemnité de préavis et de dommages-intérêts pour rupture abusive, ainsi qu'à l'allocation des gratifications précédemment réclamées, la seconde demande doit être déclarée irrecevable (...), les causes de la nouvelle instance étant connues du salarié avant sa première action et les deux demandes dérivant du même contrat de travail.* » – V. aussi Cass. soc., 5 juillet 2000, n° 98-41.667 – Cass. soc., 26 avril 2007, n° 05-42.256 – Cass. soc., 19 mars 1953, D. 1953, p. 460 – Cass. soc., 27 janvier 1961, précit. – Cass. soc., 3 mars 1988, Bull. civ. V, n° 159 – Règle inapplicable lorsque la seconde demande a été formée avant le désistement : Cass. soc., 21 janvier 1987, RTD civ. 1987, p. 596, obs. Perrot – Comp. avec Cass. soc., 2 juin 1966, Bull. civ. IV, n° 532 – Amiens, 30 janvier 1975, D. 1975, somm., p. 52 – Les juges doivent vérifier que les conditions du désistement sont réunies : Cass. soc., 2 avril 1987, RTD civ., 1987, p. 596, obs. Perrot – Cass. soc., 22 mars 2006, n° 03-46.921

1777 Cass. soc. 27 janvier 1961, précit. – Cass. soc., 9 mars 2005, n° 03-43.667 – Bourges, ch. soc., 6 février 1998, Juris-Data n° 042379 – Mais une nouvelle saisine est possible lorsque le conseil de prud'hommes saisi en premier n'a pas encore été dessaisi : Cass. soc., 21 janvier 1987, Bull. civ. V, n° 37 – Cass. soc., 25 novembre 1998, Bull. civ. V, n° 520 – V. contra : Cass. soc., 21 juin 1995, n° 91-40.301

1778 C'est ce qu'ont prétendu le requérant dans l'affaire *Beauseigneur c/. France*, CEDH, 23 octobre 2007, n° 17779/04 – Et le salarié de l'affaire *Faure c/. Caisse régionale d'assurance maladie du Centre Ouest* devant la cour d'appel de Limoges, ch. soc., 23 octobre 2006, n° S060160, JCP S 2007, comm. 1177, note Bugada ; Dr soc. 2007, p. 121 obs. J. Mouly

1779 Cass. soc., 16 juillet 1987, n° 84-45.944

1780 A. Bugada, « Nullité de la procédure : pas d'unicité de l'instance en l'absence de décision sur le fond », note sous Limoges, ch. soc., 23 octobre 2006, précit., JCP S 2007, comm. 1177

1781 Cass. soc., 17 février 2004, n° 01-46.036, RJS 2004, n° 591

demande incidente admise par la cour d'appel. La Cour de cassation avait cassé l'arrêt en rappelant sa doctrine constante¹⁷⁸² selon laquelle le désistement produisait un effet extinctif immédiat empêchant de former un appel incident. Le dessaisissement de la juridiction prud'homale¹⁷⁸³ faisant obstacle à l'introduction d'une nouvelle instance, « *la combinaison de la jurisprudence relative au désistement d'appel et de la règle de l'unicité de l'instance privait le salarié de la possibilité de contester son licenciement devant le juge prud'homal ce qui porte atteinte de manière très importante à son droit d'action* »¹⁷⁸⁴. La Chambre sociale a finalement elle-même adouci la rigueur de cette solution en décidant deux ans plus tard que « *lorsque l'employeur a licencié un salarié puis a saisi la juridiction prud'homale, ni son désistement ni la règle d'unicité de l'instance ne peuvent faire obstacle au droit du salarié de contester en justice son licenciement* »¹⁷⁸⁵. De cette façon, « *la règle de l'unicité de l'instance a été écartée, sans que le juge s'en explique davantage* »¹⁷⁸⁶, mais il était devenu inenvisageable que des patrons de mauvaise foi se contentent d'assigner pour se désister immédiatement après le licenciement aux fins de voir déclarer irrecevable toute demande du salarié¹⁷⁸⁷ ou interjettent appel *in extremis* avant de licencier incontinent et se désister pour empêcher un appel du salarié¹⁷⁸⁸. « *Ce nouveau tempérament à la règle de l'unicité de l'instance, qui s'ajoute à d'autres exceptions jurisprudentielles, a le mérite de se fonder sur un droit au juge,*

1782 Cass. civ. 2, 20 janvier 1977, n° 75-11.946 – Cass. soc., 14 juin 1989, n° 86-43.092 – Cass. soc., 29 janvier 2002, n° 99-45132 et 99-44897 – Cass. soc., 29 janvier 2002, n° 99-45.583 – Cass. soc., 9 décembre 2003, n° 01-46.185 – Cass. civ. 3, 10 décembre 2003, n° 02-12.602 – Cass. civ. 2, 17 mars 1983, Bull. civ. II, n° 84 – Cass. civ. 2, 21 juillet 1986, JCP 1986, IV, 300 – Cass. soc., 27 novembre 2001, Bull. civ. V, n° 365 – Cass. soc., 9 avril 2002, n° 00-42.608 et 96-44.719 – Cass. soc., 29 mai 2002, n° 00-41.960 – Cass. soc., 9 juillet 2002, n° 00-43.038

1783 M.-L. Divialle, *loc. cit.* : « *L'on entend juridiction prud'homale au sens large c'est-à-dire aussi bien la juridiction du premier degré que celle d'appel ou même de la Cour de cassation.* »

1784 V. Orif, *op. cit.*, p. 150, n° 182

1785 Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-43.774, D. 2007, p. 1381, obs. Julien ; RDT 2006, p. 194, obs. Guiomard

1786 D. Boulmier, « *Le droit à un procès équitable permet d'écarter l'application du principe d'oralité de la procédure et de déclarer recevable un appel incident formé par conclusions écrites* », note sous Cass. soc., 14 mars 2007, n° 05-43.351 et 05-42.379 (deux arrêts), RDT 2007, p. 335

1787 Le législateur a cherché à faire échec, dans certains cas, à ces manœuvres : C. trav., art. L. 1144-3 : « *Est nul et de nul effet le licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice engagée par ce salarié ou en sa faveur sur le fondement des dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes lorsqu'il est établi que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et constitue en réalité une mesure prise par l'employeur en raison de cette action en justice. Dans ce cas, la réintégration est de droit et le salarié est considéré comme n'ayant jamais cessé d'occuper son emploi.* » – La jurisprudence a étendu cette règle à des actions non prévues par la loi au nom de la liberté fondamentale d'agir en justice : Cass. soc., 6 février 2013, n° 11-11.740, D. 2013. 440 ; D. 2014, p. 1115, obs. Lokiec et Porta ; Dr. soc. 2013, p. 415, note Mouly ; RDT 2013, p. 630, obs. Adam ; JCP S 2013, p. 1385, note Bousez ; Procédures 2013, n° 107, obs. Bugada – Cass. soc., 16 mars 2016, n° 14-23.589, D. 2016, p. 719 ; JCP S 2016, p. 1173, note Bugada

1788 Cependant, la Chambre sociale de la Cour de cassation avait jugé qu'un pourvoi incident formé le jour même de la signification du désistement du pourvoi principal, étant recevable, en l'absence de toute mention des heures respectives de ces actes, il s'ensuit que faute d'acceptation le désistement est non avvenu : Cass. soc., 24 septembre 2008, n° 07-41.383 – Cette solution pourrait s'expliquer par la règle de l'unicité de l'instance. V. en ce sens J.-L. Gallet, *La procédure civile devant la cour d'appel, op. cit.*, n° 121 : « *Cette dernière décision s'inscrit dans une tendance jurisprudentielle de la Chambre sociale favorable à la recevabilité de l'appel incident et motivée, eu égard au principe de l'unicité de l'instance, par le souci de ne pas laisser à l'appelant principal la maîtrise du sort du litige.* »

un droit de contester le licenciement. »¹⁷⁸⁹

Il reste que l'hypothèse d'une absence de décision au fond était problématique : elle revêtait tous les aspects du déni de justice¹⁷⁹⁰. Le législateur n'y faisait échec qu'en cas de caducité¹⁷⁹¹ ; le Conseil d'État n'avait pas envisagé cette hypothèse, se bornant à remarquer que la recevabilité des demandes nouvelles en appel prévenait tout risque de déni de justice¹⁷⁹² ; et la Cour européenne des droits de l'homme, curieusement, ne désapprouvait pas ces solutions¹⁷⁹³ alors même qu'elle avait affirmé dans une autre affaire « *que ce droit d'accès à un tribunal comprend non seulement le droit d'engager une action, mais aussi le droit à une "solution" juridictionnelle du litige. Il serait illusoire que l'ordre juridique interne d'un État contractant permette qu'un individu engage devant un tribunal une action au civil sans veiller à ce que la cause fasse l'objet d'une décision définitive à l'issue de la procédure judiciaire* »¹⁷⁹⁴. Finalement, un arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation en 2010 avait jugé par un attendu de principe « *que la règle de l'unicité de l'instance (...) n'est applicable que lorsque l'instance précédente s'est achevée par un jugement sur le fond* »¹⁷⁹⁵.

1789 S. Amrani-Mekki, *op. cit.*, p. 366

1790 J. Audinet, *op. cit.*, p. 25 : « *Le rejet de demandes qui étaient souvent parfaitement fondées en droit, ce qui risque d'engendrer, chez le plaideur dont la prétention se trouve écartée sans aucun examen de son bien fondé, le sentiment d'une véritable spoliation et une incompréhension profonde à l'égard d'un système aboutissant à ce qui lui paraît un véritable déni de justice.* »

1791 C. trav., anc. art. R. 516-16 : « *Si, au jour fixé pour la tentative de conciliation, le demandeur ne comparaît pas sans avoir justifié en temps utile d'un motif légitime, le bureau de conciliation déclare la demande et la citation caduques. La demande ne peut être réitérée qu'une seule fois, à moins que le bureau de conciliation, saisi sans forme, ne constate que le demandeur n'a pu comparaître sur sa deuxième demande par suite d'un cas fortuit.* »

1792 CE, 11 février 1977, n° 97407, 97408 et 97413, Rec. Lebon 1977, p. 81 : « *En ce qui concerne l'article R. 516-2 du Code du travail : cons. qu'aux termes de l'article R. 516-1 du Code du travail, toutes les demandes dérivant du même contrat de travail entre les mêmes parties doivent faire l'objet d'une seule instance ; que cette disposition fondée sur la connexité de droit et de fait des demandes découlant d'un même contrat de travail fait obstacle à ce qu'une demande afférente au contrat d'où est issu le litige et qui n'a pas été présentée devant le bureau de conciliation ou devant les premiers juges, alors que sa cause était née et actuelle, puisse être renvoyée à ceux-ci par le conseil de prud'hommes ou par la cour d'appel lorsqu'elle est formulée pour la première fois devant ces juridictions ; qu'elle implique nécessairement que, pour prévenir tout déni de justice, les demandes nouvelles dérivant du même contrat de travail puisse être accueillies à tout moment de la procédure comme le prescrit l'article R. 516-2 attaqué ; que, dès lors, les requérants ne sont pas fondés à prétendre que la disposition attaquée a été prise en méconnaissance des droits des justiciables.* » – V. aussi J. Normand, « Action en justice, juridiction, organisation judiciaire et compétence », RTD civ. 1977, p. 807 qui considère que si les deux articles régissant l'unicité de l'instance avait été soumis ensemble au Conseil d'État, ils auraient été annulés.

1793 CEDH, *Beauseigneur c/. France*, 23 octobre 2007, précit.

1794 CEDH, *Kutić c/. Croatie*, 1^{er} mars 2002, n° 48778/99, § 25

1795 Cass. soc., 16 novembre 2010, n° 09-70.404, R. 2010, p. 368 ; D. actu., 30 novembre 2010, obs. Perrin ; D. 2010, p. 2779 ; D. 2010, p. 227, note Orif ; D. 2011, p. 265, obs. Fricero ; RDT 2010, p. 50, obs. Nicod ; RDT 2011, p. 55, obs. Serverin ; RTD civ. 2011, p. 173, obs. Perrot ; JS Lamy 2010, n° 289.290-4, obs. Petit ; JCP S 2010, p. 1517, obs. Pétel-Teyssié ; Procédures 2011, n° 15, note Bugada ; Procédures 2011, n° 51, note Perrot ; Gaz. Pal. 20-22 mars 2010, p. 13, obs. Amrani-Mekki ; RLDA mars 2011, p. 48, obs. Chevillard ; Dr. soc. 2011, p. 432, note Keller – Cass. soc., 23 mai 2012, n° 10-24.033, D. 2012, p. 1486 ; D. 2012, p. 1765, chron. Contamine ; Dr. soc. 2012, p. 756, obs. Boulmier ; Procédures 2012, p. 221, obs. Bugada – V. aussi Limoges, ch. soc., 23 octobre 2006, n° S060160, *Faure c/. Caisse régionale d'assurance maladie du Centre Ouest*, précit. : « *Attendu que l'article R. 516-1 du Code du travail, qui impose le regroupement en une seule instance de toutes les demandes dérivant du même contrat de travail, ne peut pas être invoqué dès lors que le fondement des prétentions est le même dans les deux instances, et que la première a pris fin à raison de l'irrégularité des conditions dans lesquelles elle a*

375. Plusieurs auteurs s'étaient inquiétés de ce que certaines solutions se fondaient sur une confusion entre l'instance et l'action¹⁷⁹⁶ ou, plus exactement, sur une extension illégitime du désistement d'instance au désistement d'action, ce qui revenait à gommer la distinction entre l'extinction à titre principal et l'extinction à titre accessoire, pour ne plus retenir que cette dernière. En droit commun, le désistement d'instance éteint l'instance à titre principal alors que le désistement d'action éteint l'instance à titre accessoire. En droit du travail – par volonté de la jurisprudence puisqu'aucune disposition textuelle ne dictait cette solution –, le désistement d'instance équivalait à un désistement d'action et l'instance restait éteinte à titre accessoire. Une telle assimilation a été qualifiée de « *brutale, car certains désistements peuvent trouver leur justification dans des raisons parfaitement légitimes, exclusives de toute idée d'abandon sur le fond* »¹⁷⁹⁷. En principe, il est admis que le désistement d'instance n'emporte pas renonciation au droit litigieux : l'action subsiste et, tant qu'elle n'est pas éteinte, le demandeur peut réitérer sa demande¹⁷⁹⁸. La Chambre sociale avait pourtant décidé *contra legem* qu'en matière prud'homale, l'unicité de l'instance devait faire exception au deuxième alinéa de l'article 385 du Code de procédure civile¹⁷⁹⁹. Ce traitement différencié pour le contentieux social était d'autant plus difficile

été introduite sans qu'aucune décision sur l'objet du litige ne puisse être rendue. » – Paris, 21^{ème} chambre A, 3 mai 1995, Juris-Data n° 024948 : il convient de rejeter la fin de non-recevoir tirée de l'article R. 516-1 du Code du travail relatif à l'unicité de l'instance, invoquée en raison du désistement d'instance effectué devant un conseil de prud'hommes territorialement compétent, dès lors que, la notion de désistement d'action n'étant pas étrangère au droit du travail, l'interprétation de l'article R. 516-1 du Code du travail ne peut être faite sans tenir compte des dispositions de l'article 398 du nouveau code de procédure civile, d'autant plus que les conseillers prud'homaux incompetents ont bien pris acte dans leur jugement de l'absence de désistement d'action de la demanderesse et de sa volonté de poursuivre le procès devant une autre juridiction.

1796 H. Solus et R. Perrot, *op. cit.*, p. 458 et s. – G.-P. Quéant, note sous Cass. soc., 24 janvier 1996, n° 92-44.704, Defr. 1997, p. 599 : « *La distinction traditionnellement faite entre désistement d'instance et d'action n'a plus le même intérêt car, face à une réitération de la demande, le défendeur pourra opposer avec succès le principe de l'unicité de l'instance.* » – Y. Desdevises, « Dispositions communes à toutes les juridictions et procédure prud'homale : deux illustrations », Dr. soc. 1986, p. 140 : « *C'est ruiner la distinction de l'action et de l'instance.* » – A. Supiot, *op. cit.*, pp. 624-625, n° 670 : « *La Cour de cassation refuse en effet toute distinction entre les dispositions par lesquelles il peut avoir été statué sur la première des instances. Ceci la conduit à assimiler extinction de l'instance et extinction de l'action, assimilation critiquable si l'on s'en tient aux dispositions du NCPC et à une interprétation téléologique du principe de l'unicité de l'instance, qui vise seulement à ce qu'il soit statué sur le fond des prétentions des parties dans le cadre d'une seule instance. Il s'agit en outre d'une règle dérogatoire au droit commun, qui appellerait plutôt une interprétation restrictive.* » – S. Amrani-Mekki, *op. cit.*, p. 365 : « *Dérogation au droit commun de la procédure civile, la règle devrait être appliquée strictement. Surtout, elle met à mal la distinction de l'instance et de l'action pourtant essentielle. Dans le premier cas, il s'agit d'une succession d'actes et de formalités qui intéressent au premier chef l'organisation du travail judiciaire. Dans le second, il est question d'un véritable droit subjectif, voire même d'un droit fondamental.* »

1797 R. Perrot, « Procédure prud'homale : prohibition des instances successives (spécialement en cas d'extinction d'une précédente instance par caducité ou désistement) », RTD civ. 1987, p. 596

1798 C.P.C., art. 385 al. 2 et art. 398 – Pour une illustration jurisprudentielle, V. Cass. civ. 2, 5 avril 1994, n° 92-20.450

1799 Cass. soc., 3 mars 1988, n° 85-42.355 – Cass. soc., 27 juin 1996, Procédures 1996, comm. 330 – Rapp. pour un cas où le salarié s'était désisté de l'instance devant le bureau de conciliation, puis avait tenté de présenter des demandes nouvelles en paiement d'indemnités de rupture : Cass. soc., 21 décembre 2006, n° 05-43.684 – V. dans le même sens, Cass. soc., 24 janvier 1996, Defr. 1997, p. 599, note Quéant – V. aussi Cass. soc., 8 octobre 1998, Bull. civ. V, n° 416

à admettre qu'aux termes de l'article R. 1451-1 du Code du travail, « *sous réserve des dispositions du présent code, la procédure devant les juridictions prud'homales est régie par les dispositions du livre premier du code de procédure civile* ». La Haute juridiction s'est défendue d'une telle confusion et a cherché à expliquer sa solution. Dans plusieurs arrêts¹⁸⁰⁰, « *la Cour de cassation a retenu que le désistement d'instance n'emporte pas désistement d'action mais qu'en cas de désistement d'instance par l'une des parties, il convient d'appliquer la règle de l'unicité de l'instance* »¹⁸⁰¹. Autrement dit, le droit d'action subsiste mais il est hors d'usage... Cela revient à prétendre qu'on ne confond pas l'instance et l'action tout en donnant une solution qui résulte d'une confusion des deux. En dépit de toutes ces justifications parfaitement cohérentes en théorie, le résultat pratique demeurait le même : le droit d'agir était perdu car le désistement d'instance avait généré les mêmes conséquences qu'un désistement d'action. On avait un peu oublié que « *l'objet de l'unicité de l'instance est de faire juger en une seule fois tout le contentieux né d'un même contrat de travail, et non pas d'éteindre l'action avant qu'un jugement au fond, une conciliation ou une transaction ne soit intervenue* »¹⁸⁰².

376. Peu à peu, la Cour de cassation a fini par résoudre ces contradictions en décidant « *que le désistement d'instance et d'appel est régi par les dispositions du Nouveau Code de procédure civile communes à toutes les juridictions, auxquelles il n'est pas dérogé par les dispositions du Code du travail particulières aux juridictions statuant en matière prud'homale* »¹⁸⁰³. Elle a enfin pris conscience que sa jurisprudence conduisait à des dénis de justice, le reconnaissant explicitement dans le communiqué joint à son arrêt de 2010¹⁸⁰⁴ qui exigeait un jugement sur le fond pour que soit opposée la fin de non-recevoir tirée de l'unicité de l'instance¹⁸⁰⁵.

La Chambre sociale est même allée plus loin et s'est efforcée de limiter les conséquences

1800 Cass. soc., 10 mai 2000, n° 98-40.561 : « *Attendu, enfin, qu'après avoir retenu que le désistement de Mme X... d'une première instance en réintégration n'emportait pas renonciation à son droit d'agir contre l'employeur, la cour d'appel a exactement décidé, hors toute contradiction, que la règle de l'unicité de l'instance rendait irrecevable la présentation d'une demande nouvelle en paiement de dommages-intérêts, dès lors qu'elle dérivait du même contrat de travail et était également fondée sur sa rupture.* » – Cass. soc., 5 juillet 2000, n° 98-41.667 : « *Mais attendu, d'abord, que, contrairement aux énonciations du moyen, la cour d'appel n'a pas retenu que le désistement d'instance emportait désistement d'action et s'est bornée à déclarer la demande nouvelle irrecevable en application de la règle de l'unicité de l'instance.* » – Cass. soc., 19 mars 1953, D. 1953, p. 460 – V. aussi Cass. soc., 5 janvier 2011, n° 08-70.060, JCP S 2011, p. 1094, note Verkindt : « *Le désistement d'instance n'emporte pas renonciation à l'action.* »

1801 V. Orif, *op. cit.*, pp. 136-137, n° 167

1802 A. Supiot, *op. cit.*, p. 653, n° 709

1803 Cass. soc., 27 novembre 2001, Bull. civ. V, n° 365 – Cass. soc., 14 mai 2002, n° 00-40.751 – Cass. soc., 29 avril 2003, Bull. civ. V, n° 146, Procédures 2007, n° 162, note Perrot – Cass. soc., 9 octobre 1986, n° 83-45.747 – V. aussi V. Nivelles (dir.), *Le Lamy prud'hommes*, 2015, étude 1318, « *Désistement de l'appel* »

1804 Communiqué relatif à l'arrêt n° 2168 rendu le 16 novembre 2010 par la Chambre sociale de la Cour de cassation

1805 Mais on peut se demander si la jurisprudence est bien fixée : V. par ex. Cass. soc. 26 avril 2007, n° 05-42.256 qui oppose une irrecevabilité en raison du désistement. – Cass. soc., 24 juin 2009, n° 08-40.323 qui retient l'irrecevabilité alors que la première instance avait été annulée en raison d'un vice de procédure.

néfastes du principe de l'unicité de l'instance lorsqu'elles consistaient dans une atteinte au double degré de juridiction¹⁸⁰⁶. Ainsi, un salarié de l'Association pour la lutte contre l'inadaptation des handicapés avait assigné son employeur en annulation d'une sanction disciplinaire. Ce dernier l'avait licencié après avoir interjeté appel du jugement du conseil de prud'hommes. Après désistement de l'appel, le salarié avait de nouveau assigné son employeur en contestation du licenciement. Selon la Cour de cassation, cette seconde procédure était recevable du fait que le salarié n'était pas tenu de faire appel, l'exercice d'une voie de recours ne présentant aucun caractère obligatoire. Le salarié avait le choix entre présenter sa contestation devant la chambre sociale de la cour d'appel ou saisir une nouvelle fois le conseil de prud'hommes. La solution contraire eût conduit à le priver indûment de la possibilité d'être entendu deux fois.

377. Pourtant, le panorama jurisprudentiel n'était pas exempt d'imperfections. Au moyen d'« *une combinaison hasardeuse des textes* »¹⁸⁰⁷, une « *double peine* »¹⁸⁰⁸ était prononcée. Par exemple, l'usage de la cassation sans renvoi qui, en droit commun, n'empêche pas les parties de former une nouvelle action, leur ôtait cette faculté en raison de la règle de l'unicité de l'instance, alors même que les dispositions de la procédure prud'homale permettaient les demandes nouvelles en appel¹⁸⁰⁹. Cette recevabilité se révélait illusoire en raison de l'arrêt de la Cour de cassation mettant soudainement fin au procès.

On évoquera aussi l'assemblage malheureux de l'unicité de l'instance et de l'oralité de la procédure qui aboutissait à de criantes inégalités entre les parties relativement au désistement d'appel. Plus précisément, l'appelant et l'intimé étaient soumis à des conditions différentes, de nature à rompre l'égalité des armes. La jurisprudence admettait le désistement d'appel de l'appelant par conclusions écrites¹⁸¹⁰ mais considérait que les conclusions de l'intimé étaient inopérantes¹⁸¹¹,

1806 Cass. soc., 8 décembre 2004, n° 02-44.662, D. 2005, inf. rap., p. 171 ; Dr. soc. 2005, p. 288, rapp. Divialle ; RJS 2005, p. 139, n° 195 ; JS Lamy 2005, n° 159-6 – V. aussi Cass. soc., 19 novembre 2002, n° 00-45.386, RJS 2003, p. 52, n° 67 ; CSB 2003, p. 77, A, 12 – Revirement par rapport à Cass. soc., 27 mai 1998, n° 96-42.196 et n° 96-42.205 ; RJS 1998. 576, n° 894 : la règle de l'unicité de l'instance est opposable dès lors que les salariés auraient eu la possibilité de former une demande nouvelle en appel.

1807 S. Amrani-Mekki, *loc. cit.*

1808 *Ibid.*

1809 V. Ph. Waquet, « La cassation sans renvoi – d'une bonne idée à une pratique fâcheuse », *in Procès du travail, travail du procès, op. cit.*, p. 407 – A. Perdriau, « Usage actuel des cassations sans renvoi », JCP 2001, I, 334 – M. Fabre, « La cassation sans renvoi en matière civile », JCP 2001, I, 347 – Cass. soc., 9 juillet 1996, JCP 1997, I, 4006, n° 5, M. Pierchon ; RTD civ. 1996, p. 983, obs. Perrot : application combinée des articles R. 516-2 C. trav. et des articles 633 et 638 C.P.C. – M. Keller, « Licenciement économique, cassation sans renvoi, unicité de l'instance : une mauvaise rencontre », note sous Cass. soc., 11 janvier 2006, *Pages jaunes*, Dr. soc. novembre 2006, p. 1010 : « *Par ailleurs, d'autres demandes nouvelles cette fois, ne pouvaient-elles pas être faites devant la cour d'appel de renvoi que la cassation sans renvoi réduit au silence ?* »

1810 Cass. soc. 9 décembre 2003, n° 01-46.185

1811 Cass. soc. 29 janvier 2002, n° 99-45.132 et 99-44.897

quand bien même elles auraient été enregistrées au greffe¹⁸¹². En outre, l'appel incident au moyen de conclusions écrites restait impossible du fait de l'irrecevabilité résultant de l'appel principal¹⁸¹³. Il était difficile de comprendre pourquoi le principe d'oralité de la procédure était opposé à l'intimé et non à l'appelant. De la sorte, « *la Cour de cassation arrive à avoir deux solutions diamétralement opposées au nom de l'oralité de la procédure en matière prud'homale, le seul critère de distinction étant la position procédurale des parties. Cette différence de traitement est loin d'être pertinente, d'autant que la Cour de cassation ne la justifie pas. Il y avait donc une rupture dans l'égalité des armes entre l'appelant et l'intimé* »¹⁸¹⁴. L'appelant pouvait donc se désister par écrit tandis que l'intimé devait attendre l'audience pour former un appel incident¹⁸¹⁵, bien entendu irrecevable, ce qui ne lui permettait pas de s'opposer au désistement¹⁸¹⁶ sur le fondement de l'article 401 du Code de procédure civile¹⁸¹⁷. La Chambre sociale a procédé à un revirement jurisprudentiel au nom des exigences du procès équitable¹⁸¹⁸. Cette solution s'explique d'autant mieux que dans les deux affaires qui l'ont fait naître, les désistements étaient intervenus deux à trois ans après les appels incidents.

§ 2. L'unicité de l'instance dans le contentieux du divorce

378. La règle de l'unicité de l'instance existe aussi dans la procédure de divorce pour ce qui concerne les dommages et intérêts et la prestation compensatoire. L'article 266 du Code civil régit les conditions de l'octroi d'une indemnisation mais son alinéa 2 précise que « *cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce* ». Elle ne peut donc plus être émise une fois

1812 Cass. soc. 29 janvier 2002, n° 99-45.583

1813 Cass. soc. 19 janvier 2005, n° 02-42.688 – Cass. soc. 20 juin 2002, n° 00-44.061

1814 V. Orif, *op. cit.*, p. 152, n° 184

1815 R. Perrot, « Appel incident en matière prud'homale : en cas de désistement écrit de l'appelant », obs. sous Cass. soc., 14 mars 2007, Bull. civ. V, n° 49, RTD civ. 2007, p. 642 : « *On ne peut que se réjouir d'une solution qui réconcilie la jurisprudence avec un sentiment d'égalité entre les plaideurs, car il était tout de même difficile de comprendre pourquoi l'appelant pouvait écrire à son juge pour se désister, alors que l'intimé devait attendre le moment où il pourrait lui parler à l'audience pour le saisir d'un appel incident ou d'une demande nouvelle.* »

1816 H. Croze « L'auteur d'un appel incident ou d'une demande incidente formulé par écrit dans le cadre d'une instance prud'homale doit accepter le désistement d'appel », note sous Cass. soc., 14 mars 2007, n° 05-43.351 et n° 05-42.379, JCP E 2007, n° 31, comm. 1976, p. 18 : « *Certes il lui était loisible de concentrer ses demandes dès la première instance, mais l'injustice est dans ce qu'en cas d'appel, l'appelant bénéficiait de l'avantage de pouvoir se désister par écrit avant l'audience, tandis que l'intimé, contraint d'attendre cette dernière, ne pouvait que subir le désistement.* »

1817 C.P.C., art. 401 : « *Le désistement de l'appel n'a besoin d'être accepté que s'il contient des réserves ou si la partie à l'égard de laquelle il est fait a préalablement formé un appel incident ou une demande incidente.* »

1818 Cass. soc., 14 mars 2007, Bull. civ. IV, n° 49, D. 2007, p. 1007, obs. Guiomard ; D. 2007, p. 2429, obs. Fricero ; JCP E 2007, p. 1976, comm. Croze ; JCP S 2007, p. 1332, comm. Boubli ; Procédures 2007, n° 131, note Perrot ; Dr. et proc. 2007, p. 214, obs. Fricero ; RTD civ. 2007, p. 642, obs. Perrot ; RDT 2007, p. 335, obs. Boulmier ; RJS 2007, p. 480, n° 650

que l'action en divorce est éteinte¹⁸¹⁹ mais peut être présentée pour la première fois en cause d'appel¹⁸²⁰. S'agissant cependant d'une demande accessoire au divorce¹⁸²¹, elle est irrecevable lorsque l'appel ne porte pas sur le principe de la rupture du lien conjugal¹⁸²². Ainsi, l'appel est irrecevable faute d'intérêt lorsqu'un époux a obtenu en première instance l'entier bénéfice de ses conclusions et n'avait interjeté appel que pour solliciter des dommages et intérêts. On notera que cette solution¹⁸²³ n'est rendue que sur le fondement des textes relatifs à l'intérêt pour agir. Elle ne fait pas référence à l'irrecevabilité des prétentions nouvelles qui en l'occurrence ne trouve pas vocation à s'appliquer en raison du caractère accessoire de la demande. L'existence de l'intérêt, qui se mesure à la succombance¹⁸²⁴, permettrait d'interjeter appel et de former une demande nouvelle recevable parce qu'accessoire en vertu de l'article 566 du Code de procédure civile¹⁸²⁵, tandis que l'absence de cet intérêt restitue à la demande son caractère principal, la faisant ainsi retomber sous le coup de l'irrecevabilité des prétentions nouvelles.

En matière de prestation compensatoire, l'unicité de l'instance est d'origine prétorienne : c'est la Cour de cassation qui a décidé que la demande serait irrecevable si elle était formée après que le prononcé du divorce soit devenu irrévocable¹⁸²⁶. Étant elle aussi une demande accessoire au divorce, elle est recevable lorsqu'elle est présentée pour la première fois en cause d'appel¹⁸²⁷ à

1819 Cass. civ. 2, 6 février 1985, D. 1986, inf. rap., p. 114, obs. Bénabent

1820 Cass. civ. 2, 16 janvier 1980, Bull. civ. II, n° 10 – Cass. civ. 1, 12 juin 2014, n° 13-15.828, RTD civ. 2014, p. 633, obs. Hauser – Cass. civ. 2, 4 octobre 1978, n° 77-12.836 – Cass. civ. 2, 26 septembre 2002, n° 00-17.627

1821 Paris, 16 avril 1991, Juris-Data n° 021509 : sont des demandes accessoires, recevables en appel : la demande d'autorisation d'usage du nom du mari, même formulée pour la première fois en appel, car elle constitue une demande accessoire de la demande principale en divorce. – Metz, 5 février 1991, Juris-Data n° 043346 : la demande tendant à la révocation des avantages matrimoniaux, qui a un lien suffisant avec le divorce et peut être considérée comme l'accessoire, la conséquence ou le complément de la demande initiale.

1822 Aix-en-Provence, 8 avril 1998, Juris-Data n° 043422 : l'appel était limité à la prestation compensatoire.

1823 Cass. civ. 2, 19 novembre 1980, D. 1981, inf. rap., p. 270, obs. Bénabent

1824 Cass. civ. 1, 29 juillet 1952, Bull. civ. I, n° 251 – Cass. civ. 1, 10 octobre 1962, Bull. civ. I, n° 409 – Cass. civ. 1, 21 avril 1970, JCP A 1970, IV, 5744 ; RTD civ. 1970, p. 824, obs. Raynaud – Cass. civ. 1, 16 janvier 1979, D. 1979, inf. rap., p. 289 obs. Julien – Cass. civ. 2, 19 juin 1980, D. 1980, inf. rap., p. 462, obs. Julien ; D. 1981, p. 531, note Massip – Cass. civ. 2, 10 décembre 1998, n° 97-12.843 : « *Attendu qu'ayant retenu que le jugement avait alloué à Mme X... l'entier bénéfice de ses conclusions, c'est à bon droit que la cour d'appel, qui n'avait pas à rechercher si le mari avait acquiescé au divorce, a accueilli la fin de non-recevoir invoquée par le mari et dit l'appel, faute d'intérêt, irrecevable.* »

1825 Cass. civ. 2, 13 juin 1985, n° 83-16.446 : « *Mais attendu que la demande de prestation compensatoire de Mme G. étant l'accessoire de sa demande en divorce, la cour d'appel a considéré à bon droit qu'elle était recevable en appel aux termes de l'article 566 du Nouveau Code de procédure civile.* »

1826 Cass. civ. 2, 28 janvier 1987, Bull. civ. I, n° 28, Defr. 1987, p. 1398, obs. Massip ; RTD civ. 1987, p. 299, obs. Rubellin-Devichi – Cass. civ. 2, 8 novembre 1989, Bull. civ. II, n° 340 – Pau, 12 juin 1991, D. 1992, p. 199, note Lemouland. – Cass. civ. 1, 14 décembre 2004, n° 03-18.363 – Cass. civ. 1, 8 mars 2005, n° 04-10.232, Dr. fam. 2005, n° 108 – Cass. civ. 1, 23 juin 2010, n° 09-13.812, Dr. fam. 2010, n° 127, note Larribau-Terneyre

1827 Cass. civ. 2, 25 juin 1986, n° 85-11.058, D. 1987, p. 46, obs. Bénabent – Cass. civ. 2, 9 janvier 1991, n° 89-15.585 – Cass. civ. 2, 26 juin 1996, Bull. civ. II, n° 182, Defr. 1997, p. 712, obs. Massip ; RTD civ. 1996, p. 884, obs. Hauser – Cass. civ. 2, 22 octobre 1997, n° 95-16.846, Dr. fam. 1998, n° 87, note Lécuyer – Cass. civ. 2, 11 février 1998, n° 96-12.917 – Cass. civ. 2, 31 mai 2000, JCP 2000, II, 10425, note Brière ; Dr. fam. 2001, n° 112, note Lécuyer ; RTD civ. 2000, p. 550, obs. Hauser – Cass. civ. 2, 13 juin 1985, n° 83-16.446 – Cass. civ. 2, 26 septembre 2002, n° 00-17.627, AJ fam. 2002, p. 416, obs. David ; Dr. fam. 2003, n° 45, note Lécuyer – Cass. civ. 1, 14 mars 2012, n° 11-13.954, D. 2012, p. 812 ; Procédures 2012, n° 151, note Douchy-Oudot ; JCP N 2012, p. 1235, obs. Massip ; RLDC 2012/93, n° 4671, obs. Pouliquen ; RTD civ. 2012, p. 298, obs. Hauser, qui applique la solution dans

condition que l'appel porte sur le fond et non sur des difficultés en marge d'un divorce définitif¹⁸²⁸. « Si l'époux en situation de réclamer une prestation compensatoire a omis de le faire en première instance, il ne peut rattraper cet oubli qu'à la faveur d'un appel formé soit par son conjoint (ce qui lui ouvre la possibilité d'un appel incident sur les conséquences du divorce), soit par lui-même sur le prononcé du divorce »¹⁸²⁹, mais de même qu'en matière de dommages et intérêts, si l'époux a obtenu l'entier bénéfice de ses conclusions en première instance, son défaut d'intérêt lui fait perdre le droit d'appel et l'empêche nécessairement de présenter une demande accessoire¹⁸³⁰. Solliciter en appel une prestation compensatoire indépendamment de toute contestation sur le principe du divorce revient donc à présenter une demande principale irrecevable parce que nouvelle¹⁸³¹. Tel n'est pas le cas lorsque l'autre époux a interjeté appel et formé une demande reconventionnelle permettant un appel incident¹⁸³².

379. L'article 233 du Code civil a suscité d'épineuses difficultés d'interprétation. Ce texte permet en effet de demander le divorce en cas d'acceptation du principe de la rupture du mariage indépendamment des faits à l'origine de celle-ci. La grande réforme du divorce opérée par la loi du 26 mai 2004¹⁸³³ a ajouté à cet article un second alinéa aux termes duquel « *cette acceptation n'est pas susceptible de rétractation, même par la voie de l'appel* ». Le législateur a voulu ainsi briser une jurisprudence qui offrait aux époux une faculté de rétractation purement potestative au moyen de l'appel, dans un délai de quinze jours à compter de la notification de l'ordonnance constatant

le cadre d'un divorce accepté. – V. aussi F. Granet-Lambrechts, « La portée de l'effet suspensif de l'appel et du pourvoi en cassation au regard des mesures accessoires au divorce », *Gaz. Pal.* 1983, II, 252

1828 Pau, 12 juin 1991, *D.* 1992, p. 199, note Lemouland – Cass. civ. 1, 14 décembre 2004, n° 03-18.363 – Cass. civ. 1, 8 mars 2005, n° 04-10.232, *Dr. fam.* 2005, n° 108

1829 D. Huet-Weiller, « De la prestation compensatoire demandée pour la première fois en appel », *RTD civ.* 1992, p. 368

1830 Cass. civ. 2, 19 juin 1980, *D.* 1980, inf. rap., p. 462, obs. Julien ; *D.* 1981, inf. rap., p. 381, obs. Groslière qui analyse la question sous l'angle de l'article 565 du Code de procédure civile : « *La demande de prestation compensatoire n'est-elle pas une prétention qui tend aux mêmes fins que la demande originaires, au sens de l'art. 565 c. pr. civ. ? N'est-elle pas comme elle une demande destinée à organiser les effets du divorce ? À ce titre elle ne serait pas nouvelle et pourrait être déclarée recevable. On devrait en déduire que l'époux qui a obtenu satisfaction en première instance conserve un intérêt à faire appel pour pouvoir présenter au second degré cette demande, quelque peu différente sans être nouvelle et qui, tendant aux mêmes fins, serait alors recevable.* »

1831 Mais l'irrecevabilité ne peut être soulevée d'office car la fin de non-recevoir n'est pas d'ordre public : Cass. civ. 1, 12 décembre 2006, n° 05-21.886, inédit, *Dr. fam.* 2007, n° 38, note Larribau-Terneyre

1832 J. Hauser, « À quelles conditions une demande de prestation compensatoire en cause d'appel est-elle nouvelle ? », obs. sous Cass. civ. 2, 26 juin 1996, *RTD civ.* 1996, p. 884 : « *S'il est certain que la femme n'aurait pu présenter un appel principal et une demande de prestation compensatoire alors que les premiers juges lui avaient alloué le bénéfice intégral de ses conclusions, il n'en était pas de même quand c'était le mari qui avait présenté une demande reconventionnelle. En quelque sorte les "jeux" étaient réouverts par la témérité du mari et l'appel incident de l'épouse devenait possible. La morale de l'histoire est simple. Il eût été bien inspiré de ne pas faire appel ce qui ne lui eût coûté que le prix moral d'un divorce à ses torts : en matière de divorce les demandes reconventionnelles impliquent souvent un jugement de stratège.* »

1833 Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, art. 3

leur aveu¹⁸³⁴. À partir de l'article 233 alinéa 2 du Code civil, on en est naturellement venu à se demander si le jugement prononçant le divorce était toujours susceptible d'appel¹⁸³⁵. S'agissant d'un divorce contentieux et en l'absence de toute disposition dérogatoire au droit commun, il fallait nécessairement considérer que les voies de recours restaient ouvertes de la même façon que pour les autres types de divorce¹⁸³⁶. En outre, si le législateur avait voulu fermer la voie d'appel, il l'aurait exprimé clairement, comme il l'a fait pour le divorce par consentement mutuel¹⁸³⁷.

La Cour de cassation, dans un arrêt rendu postérieurement à la réforme mais soumis aux anciens textes¹⁸³⁸, a admis un appel non limité¹⁸³⁹, solution réitérée dans un autre arrêt rendu sous l'empire des textes nouveaux¹⁸⁴⁰. Ces décisions ne laissent pas de surprendre quand on sait qu'une fois manifestée, l'acceptation du principe de la rupture ne saurait être remise en cause. On a pu considérer qu'« *il y a de l'artifice, en pratique du moins, à soutenir que l'appel est général, dans un divorce où chacun sait que, par hypothèse, le principe de la rupture est acté définitivement dès la première instance, et où le conseiller en appel n'aura pas le pouvoir de le remettre en cause* »¹⁸⁴¹. La constatation pourrait être étendue au divorce pour altération définitive du lien conjugal, où le débat en appel serait limité à la computation du délai de deux ans exigé par l'article 238 alinéa 1^{er} du Code civil. Il faut donc en conclure que l'appel ne saurait concerner ici que les mesures prescrites conséquemment au divorce, ce dernier ne pouvant qu'être confirmé au second degré. Une partie de la doctrine appelle de ses vœux cette disparition du double degré sur le divorce lui-même et considère que « *la cour d'appel ne devrait plus être saisie du principe de la dissolution du*

1834 Cass. civ. 2, 26 janvier 1984, n° 82-15.967 – Cass. civ. 2, 16 juillet 1987, n° 85-15.596 ; D. 1987, p. 582, obs. Groslière – Cass. civ. 2, 4 octobre 1995, n° 93-12.118, RTD civ. 1996, p. 368, obs. Hauser ; Defr. 30 novembre 1996, n° 22, obs. Massip – Cass. civ. 2, 18 décembre 1996, n° 93-16.758, RTD civ. 1997, p. 401, obs. Hauser – Cass. civ. 2, 15 janvier 1997, n° 95-12.361, RTD civ. 1997, p. 402, obs. Hauser – Dijon, 13 février 1997, RTD civ. 1997, p. 643, obs. Hauser – Lyon, 20 janvier 1998, RTD civ. 1998, p. 353, obs. Hauser – Pau, 14 octobre 2002, AJ fam. 2003, p. 105, obs. David

1835 M. Azanant, « La portée de l'appel dans le divorce accepté », note sous Cass. avis, 9 juin 2008, Dr. fam. 2008, comm. 119 : « *Cet ajout signifie-t-il que le jugement qui prononce le divorce n'est pas susceptible d'appel du chef du prononcé de la rupture ? Autrement dit, la réforme de 2004 a-t-elle entendu supprimer le droit d'appel sur le principe même du divorce ?* »

1836 V. Toulouse, 22 septembre 2005, cité par M. Trapero et E. Alt, rapp. sous Cass. avis, 9 juin 2008, n° 08-00.004, BICC, n° 688 du 1^{er} octobre 2008 : « *Même si la contestation de la cause de divorce n'est plus possible dans le cadre d'un divorce sur demande acceptée dès lors que l'ordonnance du juge aux affaires matrimoniales constatant le double aveu est devenue définitive, la dissolution du mariage avec toutes ses conséquences n'est prononcée que par le jugement. A défaut de dispositions spécifiques l'appel d'un jugement rendu sur le fondement de l'article 233 du code civil est ouvert dans les mêmes conditions que pour les divorces contentieux, l'article 1138 du nouveau code de procédure civile renvoyant aux règles communes.* »

1837 C.P.C., art. 1102

1838 En vertu des dispositions transitoires contenues à l'art. 33-II de la loi du 26 mai 2004

1839 Cass. civ. 1, 4 juin 2007, n° 05-20.389, AJ fam. 2007, p. 434, note David ; Dr. fam. 2007, comm. 150, obs. Larribau-Terneyre ; RTD civ. 2007, p. 758, obs. Hauser

1840 Cass. civ. 1, 14 mars 2012, n° 11-13.954, Procédures 2012, n° 151, note Douchy-Oudot ; JCP N 2012, p. 1235, obs. Massip ; RLDC 2012/93, n° 4671, obs. Hauser

1841 M. Douchy-Oudot, « Appel général d'une décision de divorce sur demande acceptée », note sous Cass. civ. 1, 14 mars 2012, Procédures n° 5, mai 2012, comm. 151

mariage »¹⁸⁴².

380. Sur le fond, cette possibilité d'un appel général, avant sa suppression par le décret du 6 mai 2017, pouvait paraître incohérente : pourquoi ouvrir une voie de recours contre un divorce dès lors que ce dernier sera à coup sûr prononcé ? Sur le plan procédural, la contradiction disparaît, dans la mesure où « *l'irrévocabilité du consentement n'est pas en effet synonyme de l'irrévocabilité du divorce au sens procédural et processuel* »¹⁸⁴³. La jurisprudence corrobore cette analyse¹⁸⁴⁴. Plus clairement, si l'adhésion des époux au principe du divorce n'est plus entourée d'un droit de repentir, le mariage n'est pas pour autant dissous *ipso facto*. Au regard de l'article 260 du Code civil, ensemble l'article 1086 du Code de procédure civile, il ne le sera que par une décision passée en force de chose jugée, c'est-à-dire par l'arrêt de la Cour de cassation rejetant le pourvoi ou par l'arrêt de la cour de renvoi après cassation. L'appel est donc possible bien qu'il ne puisse permettre de rétracter le consentement au divorce ; mais il peut présenter d'autres utilités.

En considération de ce que nous avons relevé au sujet de la prestation compensatoire, il est difficile de comprendre la transposition de cette solution à la procédure de divorce pour acceptation du principe de la rupture. La Cour de cassation avait admis qu'une épouse peut demander pour la première fois en appel une prestation compensatoire après avoir formé un appel général contre le jugement prononçant le divorce sur le fondement de l'article 233 du Code civil¹⁸⁴⁵. Or, dans ce dernier cas, on se demande quel est l'objet de l'appel, étant donné que l'acceptation est irrévocable, et l'on se demande aussi où est l'intérêt. C'est ce que suggère la cour d'appel de Rennes dans sa demande d'avis à la Cour de cassation, puisque « *l'époux qui a donné son consentement et qui a vu le divorce prononcé en première instance a obtenu satisfaction. Dès lors, l'intérêt de l'article 546 [du Code de procédure civile] ne lui fait-il pas défaut ?* »¹⁸⁴⁶ De même, que faire lorsque le divorce a été prononcé aux torts exclusifs du mari et que l'épouse forme un appel aux seules fins de demander une prestation compensatoire ? Dans ces cas de figure, il est malaisé d'affirmer que cette demande de prestation compensatoire est une demande accessoire.

381. La situation est différente lorsqu'il ne s'agit que de contester les mesures conséquentes au

1842 Ph. Gerbay, « La procédure d'appel et le projet de réforme du divorce (propositions) », Gaz. Pal. 6 septembre 2003, n° 249, p. 2

1843 V. Larribau-Terneyre, « Du moment où le divorce sur double aveu et le divorce pour acceptation de la rupture deviennent exécutoires », note sous Cass. civ. 1, 19 mars 2008, n° 06-21.250 et Paris, 24^{ème} ch., 10 mai 2007, RG n° 06/00648, Dr. fam. Mai 2008, n° 5

1844 Cass. civ., 4 juin 2007, précit. : le prononcé du divorce n'est pas irrévocable même si sa cause demeure acquise. – Cass. civ. 1, 14 mars 2006, n° 05-15.797 – Cass. civ. 2, 26 septembre 2002, n° 00-17.627, précit.

1845 Cass. civ. 2, 26 septembre 2002, précit.

1846 M. Azanant, « La portée de l'appel dans le divorce accepté », note sous Cass. avis, 9 juin 2008, Dr. fam. 2008, comm. 119

divorce ordonnées en première instance. En l'occurrence, la recevabilité d'un appel général n'était pas conditionnée par une succombance générale¹⁸⁴⁷. Aussi suffisait-il d'un débouté partiel – par exemple sur la prestation compensatoire, l'usage du nom de famille ou la garde des enfants – pour pouvoir interjeter un appel non limité, tout en ne faisant réexaminer que ce point précis, la question du consentement au divorce étant définitivement évacuée.

Dans le pire des cas, l'appel pourrait présenter le risque d'être dilatoire, à l'opposé de la logique qui informe la procédure civile contemporaine, bien que par le jeu de l'effet suspensif, un certain équilibre soit préservé : pour l'un des deux époux, l'appel n'aurait pour but que de différer l'exigibilité de la prestation compensatoire ; pour l'autre il permettrait de laisser subsister le devoir de secours inhérent au mariage en l'absence de prestation compensatoire, cette dernière ne pouvant être assortie de l'exécution provisoire tant que le divorce n'a pas acquis force de chose jugée¹⁸⁴⁸.

382. Dans une optique plus « normale », l'appelant pourrait avoir pour but non pas de rétracter son consentement mais plutôt de faire annuler un consentement entaché d'un vice¹⁸⁴⁹, « *encore qu'on puisse y opposer le fait que l'accord a été recueilli par un juge, ce qui devrait rendre l'argument fort rare* »¹⁸⁵⁰. C'est ce que relève la Cour de cassation au moyen d'un *obiter dictum* dans un avis du 9 juin 2008¹⁸⁵¹ et dans un arrêt du 14 mars 2012¹⁸⁵². Elle y déclare en effet que l'acceptation du principe de la rupture du mariage ne peut plus être remise en cause, « *sauf vice du consentement* ». On comprend alors la nécessité d'ouvrir complètement la voie de recours, car « *si l'on exclut tout droit d'appel contre le jugement en ce qu'il prononce le divorce, comment remettre en cause l'intégrité du consentement en l'absence de voie de recours ordinaire contre le jugement qui prononce le divorce au visa de l'acceptation du principe de la rupture ?* »¹⁸⁵³

Si la nullité peut être soulevée dans les conditions du droit commun, il est évident que seule

1847 Cass. civ. 2, 13 décembre 1993, n° 91-20.252 – Cass. civ. 1, 26 septembre 2007, n° 04-15.051

1848 C.P.C., art. 1079

1849 V. A. Bénabent, *La réforme du divorce article par article*, Defrénois, 2005, spéc. p. 41, n° 29

1850 J. Hauser, « De la date du divorce sur double aveu ou accepté et de l'appel de l'ordonnance », RTD civ. 2008, p. 461

1851 Cass. avis, 9 juin 2008, n° 08-00.004, D. 2008, p. 1827, obs. Gallmeister ; Dr. fam. 2008, comm. 119, note Azanant ; RJPF 2008-10/26, obs. Garé ; RTD civ. 2008, p. 461, obs. Hauser ; Procédures 2008, comm. 237, obs. Douchy-Oudot : « *L'appel général d'un jugement prononçant un divorce sur le fondement des articles 233 et 234 du code civil, même si l'acceptation du principe de la rupture du mariage ne peut plus être remise en cause, sauf vice du consentement, ne met pas fin au devoir de secours, la décision n'acquérant force de chose jugée qu'après épuisement des voies de recours.* »

1852 Cass. civ. 1, 14 mars 2012, n° 11-13.954, D. 2012, p. 812 ; RTD civ. 2012, p. 298, obs. Hauser ; RDT civ. 2012, p. 573, obs. Perrot ; D. 2013, p. 798, chron. Douchy-Oudot ; Procédures 2012, comm. 151, obs. Douchy-Oudot : « *Mais attendu qu'en cas d'appel général d'un jugement de divorce, la décision quant au divorce ne peut passer en force de chose jugée, sauf acquiescement ou désistement, avant le prononcé de l'arrêt, peu important, même en cas de divorce sur demande acceptée, que l'acceptation du principe de la rupture ne puisse plus être contestée, sauf vice du consentement.* »

1853 M. Trapero et E. Alt, *loc. cit.*

la voie d'appel est de nature à la sanctionner. D'abord, puisqu'on ne sait pas encore, au moment de la déclaration d'appel, les moyens qui seront invoqués, il faut se résoudre à laisser ouverte la voie de recours¹⁸⁵⁴. Ensuite, le consentement s'incorpore de façon substantielle au jugement qui le constate, si bien qu'il n'est pas possible de le contester sans attaquer en même temps la décision qui le recueille¹⁸⁵⁵. Enfin, le pourvoi en cassation supposerait l'appréciation de moyens de fait qui par leur nature échappent au contrôle de la Haute juridiction.

Les textes actuels – notamment l'alinéa 2 de l'article 233 du Code civil – apparaissent *prima facie* plus restrictifs que ceux d'autrefois. Cette apparence s'évanouit lorsqu'on considère que malgré la faculté de dédit jadis offerte aux époux, cette dernière ne pouvait plus être exercée une fois rendue l'ordonnance de non-conciliation, tandis que le consentement pouvait être donné dans la phase de la procédure subséquente à cette ordonnance. On constate en tout cas que la législation sur la dissolution du mariage invite les époux à concentrer leurs demandes dans la procédure de divorce, sans quoi ils seraient irrecevables à les présenter par la suite. S'agissant d'une action attitrée, il est d'ailleurs probable qu'ils se verraient opposer une fin de non-recevoir pour défaut de qualité d'époux¹⁸⁵⁶.

§ 3. *L'adaptation de l'unicité de l'instance au droit commun du procès*

383. On a pu imaginer d'étendre au contentieux contractuel la règle de l'unicité de l'instance : toutes les demandes dérivant du même contrat devraient être présentées dans un même procès mais, en contrepartie, certaines de ces demandes pourraient être formulées en cause d'appel. De façon plus large encore, on étendrait la règle à tous les types de contentieux : toutes les demandes découlant de la même situation litigieuse devraient être formées dans le même procès, que ce soit en première instance ou en appel. Cette unicité de l'instance, « véritable voie d'achèvement du litige »¹⁸⁵⁷, serait une contrepartie suffisante à la rigueur posée par l'arrêt *Cesareo*, bien qu'un tel affaiblissement du double degré de juridiction soit de nature à susciter des inquiétudes.

1854 *Ibid.* : « Mais comment en pratique connaître les moyens que va développer l'appelant au soutien de son recours puisque la déclaration d'appel ne fait pas mention du motif du recours ? Il faudrait donc attendre les dernières conclusions des parties pour savoir si elles invoquent ou non l'irrégularité du consentement donné. »

1855 M. Azanant, *loc. cit.* : « Le consentement au divorce étant indissociable de la décision de divorce qui constate son existence, la nullité pour vice du consentement ne peut être invoquée qu'à l'occasion des voies de recours contre la décision elle-même. » – Comp. en matière d'adoption, Cass. civ. 1, 27 novembre 2001, Bull. civ. A, n° 292 : « Mais attendu que l'arrêt retient à bon droit que le consentement à l'adoption et le jugement qui le constate et prononce l'adoption sont indivisibles et qu'en conséquence, la contestation du consentement ne pouvait se faire qu'au moyen d'une remise en cause directe du jugement par l'exercice des voies de recours en conformité avec l'article 460 du nouveau Code de procédure civile. »

1856 V. par ex. Cass. civ. 1, 12 avril 2012, n° 11-11.116, AJ fam. 2012, p. 412, obs. Antippas

1857 M. Zavaro, *op. cit.*, p. 14, n° 15

Cette idée n'est pas récente. Elle a déjà été suggérée par plusieurs auteurs¹⁸⁵⁸. Selon Monsieur Bénabent, « *le débat sur un contrat devrait être intégralement vidé par un seul et même procès* »¹⁸⁵⁹ ; c'est pourquoi « *il ne serait pas inconcevable de transposer cette règle d'unicité à la question de la nullité du contrat* »¹⁸⁶⁰. On pourrait supprimer la référence à la nullité et envisager que toutes les demandes relatives au même contrat litigieux puissent être formées à tout stade du procès. Telle était la solution retenue par la jurisprudence avant les revirements récents en matière d'exécution forcée et de résolution¹⁸⁶¹. Indépendamment de ce cas précis, ce seraient toutes les demandes intéressant une situation contractuelle obérée qui deviendraient possibles. « *Toutefois, l'existence même de la règle de l'unicité de l'instance a des conséquences qui modifient la conception classique de la voie d'appel. En effet, en contrepartie de l'obligation faite aux parties de concentrer toutes leurs demandes dans un seul procès, il faut les autoriser à former des prétentions nouvelles, y compris pour la première fois en appel.* »¹⁸⁶² Il faut se demander si l'on veut aller jusque là.

Si l'idée est séduisante, elle n'en devient pas réalisable ni même souhaitable. Le droit du travail est une matière en un certain sens autonome. La possibilité d'enrichir les autres procédures en s'inspirant d'éléments propres à la procédure prud'homale ne signifie pas que toutes les importations soient envisageables. En premier lieu, la règle de l'unicité de l'instance concernait le contrat de travail, et il n'est pas évident que ce qui était prévu pour cette convention déterminée doive être appliqué indistinctement à tous les contrats. On imagine la confusion que pourrait créer la faculté de former au sein du procès des prétentions trop différentes les unes des autres : si l'on peut déceler un semblant de cohérence dans la prétention d'un plaideur demandant respectivement en première instance et en appel la nullité puis la rescision ou l'exécution forcée puis la résolution, on ne peut faire la même observation quand se succèdent de façon chaotique des prétentions qu'on n'aurait peut-être jamais eu l'idée d'associer. Mais surtout, les inconvénients qui résultaient de la règle de l'unicité de l'instance en droit du travail devraient être suffisants pour écarter cette idée. Pour s'en convaincre, il suffit de constater qu'elle a été abrogée.

384. Une étude réalisée par l'Association des jeunes avoués a proposé la mise en place, comme le

1858 H. Motulsky, *op. cit.*, p. 201 – M. Bourgeois, *loc. cit.*

1859 A. Bénabent, « Chose jugée ou unicité du procès ? Recevabilité de l'action en nullité d'un contrat après un procès en exécution ou résiliation », note sous Cass. civ. 1, 28 mars 1995 et 11 avril 1995, D. 1996, p. 121

1860 *Ibid.*

1861 Cass. civ. 2, 20 novembre 2003, n° 02-10.465, précit. – Cass. civ. 3, 20 janvier 2010, n° 09-65.272, précit. – Cass. civ. 2, 8 septembre 2011, n° 09-13.086, précit.

1862 V. Orif, *op. cit.*, p. 209, n° 249

suggérait Motulsky¹⁸⁶³, d'une « *forclusion procédurale* »¹⁸⁶⁴ par l'abrogation de l'article 1355 du Code civil et l'adjonction à l'article 480 du Code de procédure civile d'un alinéa ainsi rédigé : « *Sauf survenance d'un fait nouveau, toutes les prétentions formées entre les mêmes parties et qui tendent aux mêmes fins de l'action doivent faire l'objet d'une seule instance à peine d'être déclarées irrecevables.* »¹⁸⁶⁵ Il s'agirait d'un « *panachage d'un système de forclusion et d'autorité de la chose jugée* »¹⁸⁶⁶ qui s'inspire ouvertement de la règle de l'unicité de l'instance. Cette proposition était particulièrement avant-gardiste et a probablement inspiré la jurisprudence *Cesareo*.

Toutefois, « *s'il n'y a pas officiellement de volonté d'étendre la règle de l'unicité de l'instance au droit commun procédural, la tendance est cependant à ce que l'on peut dénommer, au sens large, un principe de concentration* »¹⁸⁶⁷. Il est donc permis d'établir un parallèle entre la règle de l'unicité de l'instance et le dispositif mis en place par l'arrêt *Cesareo*¹⁸⁶⁸, notamment au regard de la voie d'appel. Depuis cet arrêt, le renouvellement du fondement juridique de la prétention n'est plus possible en première instance mais il le demeure en appel. « *Sans confondre demande et fondement juridique de la demande, on ne peut s'empêcher de rapprocher cette décision de la règle de l'unicité de l'instance, ni de se demander si cette dernière, pourtant spécifique à la matière prud'homale, n'aurait pas inspiré, en partie du moins, l'Assemblée plénière, tant les similitudes sont troublantes.* »¹⁸⁶⁹ On a pu comparer l'unicité de l'instance à l'autorité de chose jugée, non seulement parce qu'il s'agit de deux fins de non-recevoir, mais encore parce qu'elles ont en commun de se fonder sur la considération qu'une demande a déjà été ou aurait dû être formée précédemment.

385. À la suite de l'arrêt *Cesareo*, plusieurs auteurs se sont interrogés : « *allait-on passer de la concentration des moyens à la concentration des demandes ?* »¹⁸⁷⁰ Il n'y avait qu'un pas de l'une à l'autre et l'on a pu croire qu'il avait été franchi lorsqu'on s'est aperçu que la Cour de cassation avait tendance à travestir une demande en moyen et à la déclarer irrecevable¹⁸⁷¹. « *La notion de moyen est*

1863 H. Motulsky, « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée », D. 1968, chron., p. 1, n° 43 et in *Écrits, études et notes de procédure civile, op. cit.*, p. 201, spéc. p. 231, n° 45

1864 M. Bencimon, O. Bernabe, P. Hardouin, P. Naboudet-Vogel et O. Passera, *op. cit.*, p. 162

1865 *Ibid.*, pp. 162-163

1866 *Ibid.*, p. 162

1867 S. Amrani-Mekki, « La règle de l'unicité de l'instance », in *Procès du travail, travail du procès, op. cit.*, p. 359, spéc. p. 372

1868 Pour un rapprochement, V. Ph. Théry, « Concentration des demandes et concentration des moyens : le test des demandes incidentes ? », obs. sous Cass. civ. 1, 1^{er} juillet 2010, Bull. civ. I, n° 150, RTD civ. 2011, p. 586

1869 S. Amrani-Mekki, *op. cit.*, spéc. p. 380

1870 E. Jeuland, « Concentration des demandes : un conflit latent entre des chambres de la Cour de cassation », note sous Cass. civ. 1, 1^{er} juillet 2010, n° 09-10.364 et Cass. civ. 2, 23 septembre 2010, n° 09-69.730, JCP 2010, n° 1052 – V. aussi J. Héron et T. Le Bars, *op. cit.*, p. 291, n° 359

1871 Cass. civ. 1, 1^{er} juillet 2010, n° 09-10.364, D. 2010, p. 1780, obs. Avena-Robardet ; D. 2010, p. 2092, obs. Auroy et Creton ; D. 2011, p. 265, obs. Fricero ; D. 2011, p. 406, obs. Crocq ; RTD civ. 2011, p. 586, obs. Théry – V. aussi

ainsi étirée au point de comprendre la notion d'objet. Il n'est plus nécessaire de consacrer un principe de concentration des demandes puisque l'objet d'une demande est transformé en moyen. On passe ainsi d'un principe de concentration des demandes resté incertain à un principe de concentration des moyens étendu. »¹⁸⁷² La difficulté posée par cette politique jurisprudentielle est essentiellement notionnelle¹⁸⁷³. Elle pourrait être une porte ouverte à l'arbitraire. Pourtant, force est de constater qu'une plus grande plasticité des notions du droit processuel offre au juge la latitude correspondante pour examiner au cas par cas si l'on est face à une demande ou à un moyen. Il faut espérer simplement qu'à la rigueur de l'admissibilité en première instance répondra une plus grande souplesse dans l'instance d'appel : le plaideur pourrait donc voir admises des revendications qui ne seraient considérées que comme de simples moyens. La contrepartie serait l'impossibilité de les présenter en première instance.

En 2008, l'arrêt *Prodim* a eu un fort retentissement, dans lequel la première Chambre civile a décidé « qu'il incombe au demandeur de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur la même cause et qu'il ne peut invoquer dans une instance postérieure un fondement juridique qu'il s'était abstenu de soulever en temps utile »¹⁸⁷⁴. On pouvait y voir une tentative d'extension de la règle de l'unicité de l'instance à tout le procès civil ; mais cette jurisprudence n'est pas bien assise, et on a pu conclure alors qu'elle était spécifique à la matière de l'arbitrage, qui appelle une concentration de tout le contentieux devant le tribunal. Une solution contraire, en matière pénale, avait été rendue le même jour par la même Chambre¹⁸⁷⁵, et la formation spécialisée en procédure civile a conclu dans le même sens¹⁸⁷⁶, tout comme la troisième Chambre civile¹⁸⁷⁷ et finalement la première Chambre en 2016¹⁸⁷⁸. Cette solution est heureuse, parce que « combiné avec

Cass. com., 6 juillet 2010, n° 09-15.671, – Cass. com., 25 octobre 2011, n° 10-21.383, RLDC 2012, n° 4500, obs. Marraud des Grottes

1872 E. Jeuland, *loc. cit.*

1873 V. à ce sujet N. Caryol, « La distinction entre prétention et moyen », note sous Cass. civ. 2, 1^{er} septembre 2016 n° 15-16.918, RTD civ. 2016, p. 932

1874 Cass. civ. 1, 28 mai 2008, n° 07-13.266, précit.

1875 Cass. civ. 1, 28 mai 2008, n° 07-13.367 : « Mais attendu d'abord que lorsque le juge répressif initialement saisi par la partie civile, n'a pas statué sur le fond de l'action, au motif que celle-ci était irrecevable, la victime peut la porter devant la juridiction civile sans heurter la règle "electa una via" ; qu'ayant constaté que la demande de réparation du préjudice matériel formée pour la première fois devant la chambre des appels correctionnels était irrecevable, de sorte que la juridiction pénale qui avait définitivement statué sur l'action publique était dessaisie, la cour d'appel a exactement retenu que la clinique pouvait en saisir la juridiction civile ; qu'ensuite c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que l'autorité de la chose jugée de cette décision, en ce qu'elle n'avait statué que sur la réparation du préjudice moral, ne faisait pas obstacle à la demande de réparation du préjudice matériel. »

1876 Cass. civ. 2, 26 mai 2011, n° 10-16.735, D. 2011, p. 1566, obs. Avena-Robardet ; JCP 2011, p. 1424, note Sérinet ; JCP 2011, n° 749, note Deharo ; RTD civ. 2011, p. 593, obs. Perrot : « Attendu que, s'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, il n'est pas tenu de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur les mêmes faits. »

1877 Cass. civ. 3, 27 mai 2009, n° 08-11.388, RDC 2009, p. 1391, obs. Deshayes : « L'autorité de la chose jugée attachée à l'arrêt ayant déclaré irrecevable une demande, comme formée pour la première fois en cause d'appel, n'interdit pas à son auteur d'introduire celle-ci dans une nouvelle instance devant les juges du premier degré. »

1878 Cass. civ. 1, 12 mai 2016, n° 15-16.743 et n° 15-18.595, D. 2016, p. 1083 ; Gaz. Pal. 2016, n° 29, p. 66, note Herman ; RTD civ. 2016, p. 923, note Théry : « Qu'il incombe au défendeur de présenter, dès l'instance relative à la

la prohibition des demandes nouvelles en cause d'appel, le principe de concentration des demandes apparaît comme extrêmement dangereux »¹⁸⁷⁹. En outre, il n'est pas dit que la recevabilité des demandes nouvelles en appel soit un correctif suffisant pour compenser la rigueur des charges imposées aux parties au premier degré.

SECTION III : LES SYSTÈMES D'UNIFICATION DE LA DEMANDE

386. L'étude de la jurisprudence ne facilite pas la compréhension de la recevabilité des demandes en appel en raison d'un manque d'unification par la Cour de cassation et d'une approche trop factuelle. Certaines solutions doctrinales proposent des mécanismes de régulation de l'instance d'appel qui mériteraient peut-être de trouver une traduction en droit positif. Le droit romain avait recours à l'identité de question litigieuse (§ 1) et, plus récemment, certains auteurs ont développé le concept d'action fondamentale (§ 2).

§ 1. L'identité de question litigieuse

387. Le droit romain connaissait déjà l'*exceptio rei iudicatae*, avec des conséquences semblables à celles de notre droit positif, mais n'en donnait pas la même définition. Dans le *Digeste*, le jurisconsulte Ulpien, reprenant à son compte la doctrine du jurisconsulte Julien, déclare que « l'exception de chose jugée fait obstacle à ce qu'entre les mêmes personnes la même question soit à nouveau posée ou qu'un autre jugement soit rendu »¹⁸⁸⁰. Quintilien y voyait déjà une fin de non-recevoir¹⁸⁸¹. En droit positif, si l'on s'accorde sur le parallèle entre l'irrecevabilité en première instance et la recevabilité subséquente en appel, on admet que l'autorité de la chose jugée est le critère adéquat : ce qui est déjà jugé ne peut l'être à nouveau en première instance mais peut l'être en appel, ce qui n'a pas été jugé peut l'être en première instance mais ne le peut pas en appel. Une précision s'impose : en parlant d'autorité de la chose jugée, nous nous référons également à

première demande, l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à justifier son rejet total ou partiel ».

1879 M. Zavarro, *op. cit.*, p. 12, n° 11

1880 Dig. 44, 2, 3 : « Iulianus libro tertio digestorum respondit exceptionem rei iudicatae obstare, quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur, et ideo et si singulis rebus petitis hereditatem petat vel contra, exceptione summovebitur. » (Ulpien) – Dig. 44, 2, 7, 3 : « Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur vel alio genere iudicii. et ideo si hereditate petita singulas res petat vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur. » (Ulpien)

1881 Quintilien, *Institutiones*, lib. VII : « Bis de eadem re ne sit actio. »

l'exception de chose jugée, celle-ci n'étant que la sanction de celle-là¹⁸⁸².

Toutefois, en posant l'autorité de la chose jugée comme condition de la recevabilité des demandes en appel, on constate que la définition d'Ulpien et de Julien contenue dans le Code de Justinien est beaucoup plus facile à mettre en œuvre que le triptyque de Pothier consacré par la codification napoléonienne, dont le maniement s'est à maintes reprises révélé incommode parce que source d'interminables considérations doctrinales. En effet, « *la cause fait partie de ces notions qui, sous forme de génération spontanée, secrètent de la théorie. Les auteurs se laissent enfermer et finissent par perdre de vue la question pratique que la notion mise en forme était censée résoudre* »¹⁸⁸³. Au contraire, l'idée de question litigieuse est d'un emploi plus simple. Elle n'est pas polluée par la distinction et la définition périlleuses de la cause et de l'objet. « *Or une telle dilatation des notions de cause et d'objet conduit finalement à l'examen d'une seule considération : s'agissait-il, entre les intéressés, de la même question ?* »¹⁸⁸⁴

388. Ce qui a été dit de la demande en première instance après l'arrêt *Cesareo* est transposable à la demande dans l'instance d'appel. En d'autres termes, s'il y a identité du litige, elle ne peut être présentée une nouvelle fois en première instance mais peut l'être en appel. Ce dispositif fonctionnerait donc aussi bien devant le juge du premier degré qui déclarerait les prétentions irrecevables parce qu'elles sont anciennes que devant le juge du second degré où elle seraient possibles parce qu'elles ne sont pas nouvelles¹⁸⁸⁵. Plutôt que de disserter à l'infini sur la cause et l'objet, il faudrait seulement se demander : s'agit-il de la même question litigieuse ? Une réponse positive entraînerait une irrecevabilité au premier degré et une recevabilité au second. Le mécanisme a le mérite de la simplicité et peut être appliqué de façon systématique. Dès lors, pour paraphraser un autre auteur, « *seule doit être déclarée irrecevable sur le fondement de l'autorité de la chose jugée la demande [devant un juge du premier degré] reposant sur une question litigieuse à laquelle un juge a déjà répondu, qu'il a déjà tranchée* »¹⁸⁸⁶ et seule doit être déclarée irrecevable sur ce même fondement la demande devant le juge d'appel reposant sur une question litigieuse à

1882 M.-A.-K. Omar, *op. cit.*, p. 188, n° 380 : « *Le moyen technique pour assurer le respect de l'autorité de la chose jugée est l'exception de la chose jugée.* »

1883 X. Lagarde, « L'adieu à la cause. Relire Motulsky. » in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, *op. cit.*, p. 307

1884 L. Weiller, « Renouveau des critères de l'autorité de la chose jugée : l'Assemblée plénière invite à relire Motulsky », D. 2006, p. 2135

1885 Ph. Théry, « Le litige en droit judiciaire privé, petits exercices de procédure élémentaire », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard : Justice et procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, *op. cit.*, p. 853, spéc. p. 863, n° 15 : « *L'irrecevabilité serait justifiée par le fait que le litige porté devant le juge est le même.* » On constate en revanche qu'il est possible en appel d'utiliser de nouveaux moyens de droits. Cette fois, l'identité du litige est exigée et la condition est satisfaite.

1886 O. Deshayes, « L'autorité de la chose jugée », *Procédures* 2012, dossier 10

laquelle le juge du premier degré n'a pas répondu et qu'il n'a pas encore tranchée¹⁸⁸⁷.

La compréhension de la question litigieuse – ou de la matière litigieuse¹⁸⁸⁸ – ne soulève pas de difficultés particulières. En proposant qu'elle vienne remplacer la triple identité¹⁸⁸⁹, Motulsky la définit ainsi : « *La question litigieuse, au regard de la chose jugée, c'est tout point qui a été contradictoirement débattu devant le juge. Il faut en second lieu que ce point ait été véritablement tranché par ce dernier. Contestation et solution : tels sont les facteurs nécessaires et suffisants ; tels sont les seuls critères sûrs.* »¹⁸⁹⁰ Les diverses définitions offertes par la doctrine mettent en évidence le débat sur un droit litigieux en contemplation d'une situation litigieuse¹⁸⁹¹.

Contestation et solution, tel est le critère à retenir pour Motulsky et dont l'article 480 du Code de procédure civile se fait l'écho. Le juge d'appel devra alors s'interroger en ces termes : y a-t-il *eadem quaestio* ? S'agit-il de la même question ? La question litigieuse peut cependant se présenter au juge d'appel sous un jour différent, enrichie d'une coloration juridique nouvelle et étayée de nouveaux moyens de fait ou de droit. Ainsi, elle transcende l'objet, qui peut être remplacé sans entraîner avec lui la question litigieuse. L'identité de question subsiste alors dans son essence et non dans sa formulation, dans le but auquel aspire le plaideur plus que dans ce qu'il sollicite à un moment donné de l'instance. Ces évolutions ont pourtant suscité de grandes difficultés : sont-elles fondamentales ou seulement apparentes ?

§ 2. L'identité d'action fondamentale

389. Le délicat problème de l'évolution de la question litigieuse dans l'instance d'appel pourrait

1887 C. Giverdon, « Appel. – Effet dévolutif. », *Juriscl. proc. civ.*, Fasc. 718, n° 23 : « *Le principe du double degré de juridiction s'oppose à ce qu'une question litigieuse soit examinée par les juges d'appel pour la première fois, sans avoir été préalablement tranchée en première instance.* »

1888 J. Héron, *loc. cit.* : « *Trois points sont couverts par l'autorité de la chose jugée : d'abord, la matérialité du fait que le juge retient dans sa décision ; ensuite, la correspondance entre ce fait et tel élément du présupposé de la règle de droit ; enfin, l'applicabilité de la règle, dans l'interprétation que le juge lui donne.* » – V. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, p. 591, n° 621 et s. – R. Martin, « Le paradoxe de la chose jugée », *JCP* 1979, I, 2938

1889 H. Motulsky, *op. cit.*, p. 201, spéc. p. 228, n° 38 : « *Il serait souhaitable que l'exigence du double critère soit une bonne fois affirmée par un texte et qu'elle vienne remplacer celle des trois identités.* »

1890 *Ibid.*, p. 226, n° 37

1891 H. Vizioz, *Études de procédure, op. cit.*, p. 253 : « *Par question litigieuse, il faut entendre toute question relative à l'existence, à la valeur, aux effets d'un rapport juridique, d'une situation juridique, d'un acte ou d'un fait juridique qui se pose dans un procès parce que le rapport, la situation, l'acte, le fait est incertain ou contesté. En somme, chaque question litigieuse constitue un petit litige distinct. Tout litige implique au moins une question litigieuse (question principale), mais généralement en englobe plusieurs.* » – J. Savatier, note sous Cass. civ. 1, 10 mars 1953, *JCP* 1953, II, 7601 : « *La question litigieuse est celle de l'existence du droit du demandeur mais le juge ne pourra conclure à l'existence de ce droit qu'en partant à la fois de certains faits et de la règle de droit qui leur est applicable. L'idée de question litigieuse recoupe donc les différentes conceptions de la cause de la demande. La question litigieuse c'est l'existence, au moment où statue le juge, des conditions d'application des règles de droit qui justifient la prétention du demandeur.* »

être résolu par le recours à la notion d'*action fondamentale*, plus large et cependant plus identifiable que celle de *fins de la prétention*. La compréhension de la jurisprudence s'en trouverait facilitée, parce que ce concept permet de dégager des solutions plus fermes et plus précises sans avoir à passer par des tâtonnements empiriques. On citera un exemple à partir duquel on peut affirmer que l'action fondamentale est une clef de compréhension de certaines solutions jurisprudentielles.

Dans cette espèce¹⁸⁹², un homme ayant obtenu le divorce pour faute en raison de l'adultère de son épouse avait assigné cette dernière afin de constater qu'une double libéralité qu'il lui avait consentie avant le mariage constituait un avantage matrimonial dont elle se trouvait déchu. Débouté de cette demande, il avait interjeté appel et sollicité à nouveau la révocation de la donation sur le fondement de l'article 955 du Code civil en raison de l'ingratitude de la donataire. Cette demande ayant été déclarée irrecevable comme nouvelle, il s'était pourvu en cassation en avançant que le fait matériel unique à l'origine des deux demandes était l'adultère de la femme et le divorce prononcé à ses torts et griefs. La Cour de cassation avait répondu que l'action en révocation n'est pas liée au mariage et à sa dissolution et qu'elle était de ce fait soumise à des conditions étrangères à celles de l'action en divorce. Il aurait été possible de considérer qu'il y avait identité de fins dans la mise à néant de la libéralité. La Haute juridiction a au contraire estimé que les deux actions poursuivaient des fins différentes : la détermination des avantages matrimoniaux en première instance et la révocation pour ingratitude en appel. Mais surtout, il faut retenir que l'action en divorce et l'action en révocation constituent deux actions fondamentales distinctes et que le passage de l'une à l'autre n'est pas autorisé. On saisit presque par intuition ce que peut être une action fondamentale. Il convient toutefois de se pencher sur ce concept pour tenter d'en clarifier les contours.

390. La notion d'action fondamentale a été amplement développée par Monsieur Miguet, qui la définit comme celle « *qui présente le caractère d'être le cadre le plus étendu d'évolution de la demande mettant en jeu la même question litigieuse* »¹⁸⁹³ et qui cherche à préciser le contenu des fins de la demande en les mettant en corrélation avec l'action fondamentale. Il explique notamment que « *la notion de fins n'est pas extensible à l'infini, qu'elle tend à être liée à l'action fondamentale exercée et qu'elle ne résulte pas d'une simple conception large de l'objet de la demande. On peut dire que le changement d'objet est possible à l'intérieur des fins de l'action fondamentale exercée, par contre il n'est pas possible qu'il passe des fins d'une action fondamentale aux fins d'une autre action* »¹⁸⁹⁴.

1892 Cass. civ. 1, 4 mai 1965, n° 63-10.527, précit.

1893 J. Miguet, *op. cit.*, p. 130, n° 114

1894 *Ibid.*, p. 160, n° 131

Il est vrai que la notion d'action fondamentale n'a pas fait l'objet d'une consécration de la part du droit positif : aucun texte législatif ou réglementaire ne contient cette expression et la jurisprudence judiciaire n'en offre qu'une seule occurrence¹⁸⁹⁵. On ajoutera également que la doctrine processualiste s'est peu intéressée à cette notion, et que la compréhension qu'en a la doctrine commercialiste lui confère un contenu encore différent¹⁸⁹⁶.

391. Les diverses modalités de défense en justice d'un droit seraient donc encloses dans la catégorie plus large des actions fondamentales. Il serait possible de se mouvoir au sein de l'action fondamentale jusqu'à modifier l'objet même de la demande sans pour autant lui imprimer un caractère de nouveauté dès lors que le changement d'objet n'équivaut pas à un changement de question litigieuse. Pour reprendre l'exemple du contentieux contractuel, *« la demande varie dans le cadre d'une action fondamentale, le fondement de cette action étant l'inexécution du contrat et les fins de l'action le rétablissement de l'équilibre rompu par cette inexécution. C'est ce qu'on pourrait appeler, bien que le terme puisse être trop large, l'action en rétablissement de l'équilibre contractuel »*¹⁸⁹⁷. De même, en droit des sociétés, *« on peut qualifier d'action fondamentale l'action en dissolution. On retrouve en effet ici l'unité de question litigieuse et la plus grande extension possible du changement de cause de la demande. Le fondement de cette action repose du point de vue matériel sur des faits et du point de vue juridique sur l'allégation que ces faits entrent dans le cadre de ceux qui entraînent la dissolution. Les fins de cette action sont la reconnaissance et le prononcé de la dissolution. La question litigieuse étant celle du principe de dissolution »*¹⁸⁹⁸.

La notion a le mérite d'être plus objective et, surtout, moins factuelle. Il est beaucoup plus logique d'élaborer des catégories en y rangeant les actions ouvertes par le droit positif que de décider au cas par cas quelle demande en appel se situe dans l'identité des fins et quelle autre demande ne répond pas à cette condition. Dans la mesure où *« la question litigieuse se présente comme une question idéale et non pas comme le problème positif effectivement soumis au juge par la cause et l'objet de la demande »*¹⁸⁹⁹, cette classification pourrait aisément être opérée par le législateur, ce qui aurait pour effet de renforcer la sécurité juridique des plaideurs en leur indiquant à l'avance les changements de direction possibles et ceux qui sont prohibés.

1895 Cass. com., 24 janvier 2006, n° 04-18.753, mais cette occurrence n'est de toute façon qu'un moyen du pourvoi rejeté et ne recouvre pas la même réalité que celle élaborée par la doctrine

1896 En droit commercial, l'action fondamentale est opposée à l'action cambiaire, dans le cas de figure où la survivance de l'une ne dépend pas de la prescription de l'autre. V. à ce sujet D. Gibrila, « Endossement », *Rép. Dalloz dr. com.*, n° 41

1897 J. Miguët, *op. cit.*, p. 149, n° 127

1898 *Ibid.*, p. 123, n° 109

1899 *Ibid.*, p. 164 n° 133

392. Peut-être objectera-t-on que l'action fondamentale se confond avec les fins de la demande. Les deux expressions ne se rejoignent pas totalement, malgré une proximité indéniable : les fins de la demande sont le résultat matériel recherché par le plaideur, tandis que l'action fondamentale est la catégorie processuelle contenant les diverses actions qu'il est possible d'exercer, en passant de l'une à l'autre. Leur point commun est leur étendue, suffisante pour accueillir des demandes qui, tout en étant diverses, n'encourent pas le grief de la nouveauté au stade de l'appel.

Pour mieux comprendre notre proposition, il faut considérer que la situation factuelle non-processuelle constitue l'alpha et l'oméga de ce même procès qui ne sera qu'un intermède permettant de passer d'une situation de fait désordonnée à une situation de fait ordonnée selon le vœu de la loi. Ainsi, le droit apparaît comme le remède à un conflit privé et ses règles pourront être utilisées indistinctement dans les limites de la catégorie appelée action fondamentale. L'objet lui-même peut subir des transformations dans ces mêmes limites, parce que le résultat procuré par l'action fondamentale est le même. Encore faut-il en déterminer les éléments constitutifs et les liens qu'elle entretient avec la question litigieuse.

393. L'objet de la demande révèle quelle est la question litigieuse, et la question litigieuse révèle à son tour quelle est l'action fondamentale exercée par la demande en justice. Puis, à partir de cette action fondamentale, on peut déterminer si les évolutions de la demande entrent dans le cadre de cette action, autrement dit on vérifie si ces évolutions n'ont pas pour effet de soumettre à la cour d'appel une question litigieuse différente de celle discutée en première instance. L'étendue de la question litigieuse dépendra de la description de la situation litigieuse donnée par la règle de droit et de la spécificité des conséquences prévues. En renvoyant à ce que nous avons dit des fins exigées par l'article 565 du Code de procédure civile, l'action fondamentale pourrait être une action en dissolution lorsque le principe de la dissolution d'un montage juridique est la question litigieuse ; elle serait une action en responsabilité lorsque la responsabilité est au cœur des débats ; elle serait enfin une action en nullité lorsque l'existence d'un vice du consentement se pose. Ainsi, « *la question litigieuse est le principe mis en jeu dans l'action fondamentale dont la demande est l'exercice* »¹⁹⁰⁰. Plus largement, l'action fondamentale pourrait être une action en libération des liens contractuels ou en rétablissement de l'équilibre contractuel lorsque la question litigieuse serait la nécessité de maintenir ces liens ou le remède à apporter aux désordres nés d'une inexécution. « *L'action fondamentale permet ainsi de prendre en considération, au delà de l'objet précis de l'action intentée, la finalité du recours exercé, l'intérêt étant d'admettre qu'à l'intérieur de cette*

1900 *Ibid.*

*finalité, le litige doit légitimement pouvoir évoluer. »*¹⁹⁰¹

Cela peut expliquer certaines positions jurisprudentielles qui admettaient le passage de la résolution à l'exécution forcée ou de la nullité à la rescision. Il y a certes une contradiction, mais cette contradiction est légitime parce que l'action fondamentale est la même, tout comme la question litigieuse : quel remède appliquer au désordre qui affecte une situation contractuelle ? À partir de là, « *sont recevables les demandes contradictoires qui mettent en jeu la même action fondamentale, ne sont pas recevables les demandes dont la contradiction vient de l'exercice de deux actions contradictoires qui ne peuvent plus dès lors être regroupées dans une action fondamentale. En effet l'action fondamentale se caractérise à travers l'identité de question litigieuse, par une identité de fondement et de fins* »¹⁹⁰².

394. Ce système gagnerait à être codifié. Il suffirait d'établir des catégories d'actions fondamentales dans lesquelles seraient rangées les diverses actions en justice, une même action en justice pouvait appartenir à plusieurs actions fondamentales. Ainsi, le passage d'une action à une autre au sein de la même action fondamentale, tout en emportant un changement d'objet, n'aurait pas pour effet de substituer à la question litigieuse une question nouvelle. L'instance d'appel pourrait accueillir ces évolutions, par ailleurs irrecevables au premier degré sur le fondement de l'autorité de la chose jugée.

1901 L. Weiller, *thèse précit.*, p. 254, n° 266

1902 J. Miguet, *op. cit.*, p. 173, n° 140

CHAPITRE II : LA PHYSIONOMIE NOUVELLE DE LA VOIE D'APPEL

395. Le litige, le procès et l'instance sont trois réalités qui, pour être intimement liées, n'en conservent pas moins leur unicité. Chronologiquement le litige préexiste : c'est un rapport de droit privé qui a dégénéré en contentieux judiciaire. Ce contentieux peut être appelé procès : les parties vont s'affronter devant un juge. Ce procès peut ne comporter qu'une seule phase ou, au contraire, plusieurs étapes : ces phases ou étapes sont les instances. Dans notre tentative de description de la physionomie de l'instance d'appel, nous examinerons successivement les instances pouvant lui faire suite, en gardant présent à l'esprit que « *tout l'intérêt, mais aussi la difficulté de la recherche entreprise réside en réalité dans le dépassement d'une approche fragmentée de la réalité du procès, chacune de ses étapes ne pouvant sans artifice être isolée de celles l'ayant précédées, ou de celles ayant vocation à la suivre* »¹⁹⁰³.

Si l'on s'accorde sur la fonction de voie de recours de l'appel, il faut admettre aussi qu'elle n'est pas que cela. Les évolutions de la physionomie de l'instance d'appel présentent de nombreux enjeux (Section I), en particulier lorsqu'on considère la place qu'elle occupe à côté des autres instances du procès civil (Section II).

SECTION I : LES ENJEUX DU RÔLE DE L'APPEL

396. La vision de l'appel a peu à peu évolué, surtout ces dernières décennies (§ 1). Récemment, des voix se sont élevées pour réclamer le retour à une conception plus stricte de la voie d'appel (§ 2). Ces préconisations ne s'expliquent pas tant par le souhait de protéger les droits des justiciables que par le souci d'une politique judiciaire plus rentable (§ 3).

§ 1. La conception traditionnelle de l'appel

397. Initialement, et sans préjudice des considérations historiques et politiques qui pourraient être formulées, l'appel a été institué pour redresser un acte juridictionnel imparfait, dont le vice peut revêtir deux aspects : l'*error in iudicando* consistant dans une erreur substantielle et l'*error in*

1903 L. Weiller, *op. cit.*, p. 33, n° 12

procedendo qui est une erreur formelle¹⁹⁰⁴. L'article 542 du Code de procédure civile décrit fidèlement ces deux fonctions de l'appel, qui est à la fois une voie de réformation et, moins fréquemment, une voie d'annulation¹⁹⁰⁵. La Cour de cassation ajoute « *que l'appel-nullité vise à faire sanctionner, non pas ce qui a été jugé en première instance mais la manière dont le juge a statué* »¹⁹⁰⁶. Il s'agit donc de faire rejurer et corriger ce qui est défectueux dans le jugement mettant fin à la première instance.

Cette conception d'un appel voie de réformation exige que l'instance d'appel soit une copie de la première instance et que, par conséquent, tous les éléments de l'instance d'appel reproduisent ceux de la première instance : le rôle des parties, l'office du juge, l'objet du litige, les moyens de droit... Une telle conception se révèle vite étriquée, théoriquement d'abord, pratiquement ensuite, car « *le déroulement du lien formel d'instance ne doit pas être considéré comme figé, et traité sur des données qui risquent d'être périmées, mais suivi comme une chose vivante, et saisi dans toute son actualité* »¹⁹⁰⁷.

398. Par analogie, les mécanismes procéduraux pourraient être comparés à ceux du droit des sociétés : peut-on considérer qu'un associé a entièrement exécuté ses obligations au moment où il a rempli celle d'apport ou doit-on également tenir compte de ses engagements en tant qu'associé tout au long de sa présence dans la personne morale ? De même, doit-on retenir une conception photographique de l'instance qui serait fixée à un moment donné au premier degré ou faut-il préférer une conception cinématographique qui prend acte des différentes étapes du litige ? Selon le doyen Roubier¹⁹⁰⁸, toute situation juridique se décompose en deux phases : l'une dynamique qui est assimilée à sa formation, l'autre statique qui correspond au laps de temps au cours duquel elle produit des effets de droit. De la même façon, le procès connaît un point de fixation de ses éléments contentieux mais ne s'y limite pas. Ce point coïncide *unico momento* avec la situation litigieuse,

1904 J.-C. Magendie, *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*, *op. cit.*, p. 39 : « Dans un sens traditionnel, la voie de recours serait exclusivement un instrument procédural permettant de remettre en cause un acte juridictionnel, soit en critiquant la substance même de la chose jugée (error in iudicando), soit en contestant le processus d'élaboration (error in procedendo). En ce sens, le recours a une fonction essentiellement correctrice, de réformation : il remet en cause un jugement, corrige une erreur dans la chose jugée en fait et (ou) en droit, ou dans la procédure de jugement. » – N. Fricero, « Double degré de juridiction : de la “bonne justice” à la “bonne administration de la justice” », *loc. cit.* : « La voie de recours est définie comme un instrument procédural permettant de remettre en cause une décision de justice, soit pour contester la régularité de son élaboration (error in procedendo) soit pour contester le mal jugé (error in iudicando) dans l'appréciation des faits ou l'application du droit par le juge. » – J. Vincent, « Les dimensions nouvelles de l'appel en matière civile », *D.* 1973, *chron.*, p. 179 : l'appel sert à « vérifier la régularité formelle et le bien jugé de la décision attaquée ».

1905 C.P.C., art. 542 : « L'appel tend à faire réformer ou annuler par la cour d'appel un jugement rendu par une juridiction du premier degré. »

1906 Cass. com., 2 mai 2001, n° 98-11.329

1907 P. Hébraud, obs. sous Cass. civ. 1, 28 avril 1970, *Viguié*, *RTD civ.* 1971, p. 189

1908 P. Roubier, *op. cit.*, p. 112, n° 25

mais cette dernière n'est évidemment pas stable. L'instance doit suivre cette instabilité pour lui porter un remède, autrement elle la laisserait dégénérer en lui permettant de se développer de façon parallèle et désordonnée. Cela revient à affirmer que le procès « *n'est jamais figé, statique, qu'il a sa dynamique propre* »¹⁹⁰⁹. Il n'y a qu'une alternative : soit on laisse en souffrance des questions juridiques irrésolues au nom d'un appel-réformation strictement entendu, soit on consent à intégrer ces questions litigieuses dans l'instance au second degré en vertu d'un appel-achèvement.

On comprend presque instinctivement ce qu'il y a d'utopique et d'irréaliste à exiger que l'instance d'appel soit une photocopie de la première instance. Le temps s'écoulant, le procès d'appel risque de ne plus être en phase avec les faits et le droit dont les juges du premier degré ont eu à connaître. Il faut donc trouver à un effet dévolutif rigide des aménagements qui « *sauvent, quand il dure trop longtemps, le procès d'appel du risque de désuétude ou de vieillissement* »¹⁹¹⁰. Pour ce faire, l'instance doit pouvoir être complétée en temps utile. Ainsi, elle sera plus apte à vider le litige quand elle aura épousé les formes que les circonstances lui auront données¹⁹¹¹.

399. Avec une grande avance sur les conceptions doctrinales françaises, le juriste italien Giuseppe Chiovenda soulignait que « *l'objet de l'examen du juge du deuxième degré n'est pas la décision du premier degré mais directement le rapport juridique controversé* »¹⁹¹². Cette question mérite d'être éclaircie avant de s'engager dans d'autres développements : l'appel est-il le contrôle d'un jugement ou d'une affaire ? En un certain sens, les deux conceptions ne sont pas antinomiques. D'une part, parce qu'il est une voie de recours, l'appel est d'abord la contestation d'une décision dont on attend l'anéantissement¹⁹¹³. D'autre part, le remplacement du jugement par l'arrêt d'appel exige un débat sur les faits et le droit de la cause¹⁹¹⁴.

1909 S. Guinchard, « Le second degré de juridiction en matière civile aujourd'hui et demain », *Gaz. Pal.* 1996, p. 1004, spéc. p. 1007

1910 J.-L. Gillet, « Le second degré de juridiction en matière civile sa place et sa portée », *Gaz. Pal.* 1996, p. 996

1911 J. Miguet, *op. cit.*, p. 364, n° 296 : « *Que l'on soit en matière de fait nouveau ou d'évolution du litige en général la position de la jp montre qu'à côté de l'appel voie de réformation il faut faire une place au rôle de l'appel comme voie d'achèvement. Si le premier rôle de l'appel est en effet l'examen de la régularité de la décision des premiers juges il a aussi un autre rôle : un deuxième examen de tout le litige pour lui donner la meilleure solution possible et pour ce faire il faut s'appuyer sur la situation litigieuse telle qu'elle est et non pas telle qu'elle fut. L'infirmité du jugement n'est pas, dans ce cas, une critique de la décision des premiers juges mais la constatation de l'évolution de la matière litigieuse.* »

1912 G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Naples, éd. Jovene, vol. II, p. 85 : « *Oggetto del giudizio di appello non è la sentenza del primo giudice, ma direttamente il rapporto controverso.* »

1913 J. Héron, « Convention européenne des droits de l'homme et théorie des voies de recours », in *Le juge entre deux millénaires : mélanges offerts à Pierre Drai*, *op. cit.*, p. 369, spéc. p. 383, n° 13 : « *Lorsqu'il exerce une voie de recours, le plaideur demande presque toujours le remplacement de la décision attaquée par une autre décision, mais ce remplacement n'est possible que si, de façon préalable, le juge saisi du recours prononce l'annulation du premier jugement : ainsi, par définition, toute voie de recours est un procès fait au jugement.* »

1914 P. Hébraud, « Effet dévolutif et évocation, la règle du double degré de juridiction », in *La voie d'appel*, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 141, spéc. pp. 170-171 : « *Le problème fondamental de l'appel est celui que nous avons déjà eu l'occasion de rencontrer : tend-il à une nouvelle décision ou à un nouveau débat ? Il est certain qu'il faut qu'une décision ait été rendue, et qu'elle mécontente l'une des parties, pour qu'elle*

Ainsi, « *par nature, le double degré semble imposer la prise en considération de l'évolution du litige* »¹⁹¹⁵. L'office du juge d'appel ne pourra donc se limiter à celui d'un simple contrôle de la régularité du jugement mais devra également prendre acte des évolutions du litige pour ne pas rendre une décision inadaptée¹⁹¹⁶. Il ne se bornera pas à examiner le bien fondé du jugement mais encore celui des prétentions des parties au regard de la situation juridique comprise dans sa globalité. Partant, « *la critique de la première décision est moins essentielle que l'appréciation du procès, transmis au second juge pour qu'il le réexamine aussi complètement que possible* »¹⁹¹⁷. Le Code de procédure civile allemand de 1877 avait retenu la même conception large de l'instance d'appel¹⁹¹⁸ jusqu'à son abandon au profit d'une conception stricte en 2001¹⁹¹⁹.

400. Dans un article publié à la veille de la promulgation du nouveau Code de procédure civile français, Jean Vincent esquissait à grands traits *les dimensions nouvelles de l'appel en matière civile*¹⁹²⁰. Il y soulignait que « *l'appel tient dans la procédure civile contemporaine une place qu'il n'avait jamais occupée jusqu'ici* »¹⁹²¹, estimant par ailleurs que l'opposition n'était plus que l'ombre d'un recours¹⁹²². De cette analyse approfondie se dégage une idée phare : le procès n'est qu'une partie d'un ensemble relationnel de droit privé, qui sera nécessairement amené à évoluer au cours de l'instance d'appel. Dit autrement, une relation de droit privé devenue conflictuelle aura de fortes chances de dégénérer en litige, lequel devra être tranché au moyen d'un procès, qui doit son ouverture à l'introduction d'une action en justice. La relation de droit privé doit être considérée comme le miroir juridique d'un rapport factuel, et le procès comme la traduction judiciaire de la relation juridique. Pourtant, il ne va pas de soi que le débat judiciaire épuise toutes les possibilités de résolution du conflit. Il est même certain que ce conflit évoluera, dans la mesure où il n'est pas figé dans le marbre de l'assignation mais qu'il continue de se déployer conjointement au procès

puisse faire l'objet d'une attaque de sa part ; l'appel suppose d'abord la critique d'un jugement. Mais, une fois déclenché, son contenu ne se limite pas là. Une décision est issue d'un débat, dont elle dégage et exprime le sens et la conclusion ; en remettant en cause la première, on est conduit à reprendre le second. La matière de l'appel, sinon son objet, est constituée par le recommencement du débat. »

1915 J.-F. Kriegk, « La procédure civile revisitée au travers des principes généraux : la voie d'appel », *Gaz. Pal.* 8 novembre 1997, p. 1467

1916 C. Bléry et L. Raschel, « Rapport Magendie : propositions pour un nouvel office des parties et du juge », *Procédures* 2008, n° 8-9, p. 2 : « *L'impossibilité après un certain délai de prendre en considération l'évolution du litige risquerait de conduire la cour à rendre une décision inadaptée.* »

1917 P. Hébraud, « Effet dévolutif et évocation, la règle du double degré de juridiction », in *La voie d'appel*, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 141, spéc. p. 160

1918 F. Ferrand, *op. cit.*, « Appel », n° 349 – N. Doukoff, *Die zivilrechtliche Berufung*, Munich, Beck, 2010, 4^{ème} éd., spéc. n° 1

1919 Loi du 27 juillet 2001, « ZPO-Reformgesetz, BGBl.I.1887 » – V. aussi I. Sängler, *Zivilprozeßordnung*, Nomos, 2011, 4^{ème} éd., spéc. p. 1131, n° 8

1920 J. Vincent, *loc. cit.*

1921 *Ibid.*, spéc. n° 4

1922 V. J. Héron, *loc. cit.*, qui distingue l'appel, voie de recours par excellence, des autres voies de recours, cette seconde catégorie n'étant qu'un fourre-tout.

censé lui apporter une solution. C'est pourquoi « *il serait vain d'imposer une absolue fixité entre les deux degrés de juridiction au point que l'appel ne concerne qu'un débat cristallisé par les argumentations de première instance* »¹⁹²³, ce qui ne ferait que l'éloigner du litige qu'il doit trancher.

L'inéluctable évolution du litige à tous les stades du procès trouvera une projection judiciaire dans la constatation que « *l'appel constituera naturellement un terrain favorable à l'éclosion de relations processuelles plus riches qui donneront ou restitueront au débat une dimension, un contour reflétant avec plus de finesse et d'exactitude le complexe de fait et de droit qui était sous-jacent* »¹⁹²⁴ ; c'est pourquoi il faudra accepter « *en appel, un certain épanouissement du procès déjà jugé une première fois, afin que les magistrats de la cour puissent accéder à une appréhension plus globale de la situation contentieuse qui leur est soumise* »¹⁹²⁵. Jean Vincent reprend en outre à son compte les idées de Chiovenda en écrivant qu'« *au-delà d'une simple révision de la décision du premier degré, cette voie de recours pourra vraiment favoriser une véritable révision de l'instance* »¹⁹²⁶. Ces deux fonctionnalités de l'appel sont respectivement consacrées par les articles 561 et 562 du Code de procédure civile : le premier ouvre un droit à faire rejurer l'affaire, le second limite ce réexamen aux seuls chefs du jugement que les parties auront choisi de critiquer dans le respect de la règle *Tantum devolutum quantum appellatum*.

Pour ce faire, il était nécessaire de conférer une plus grande plasticité à l'instance d'appel, afin qu'elle puisse devenir le réceptacle d'un litige non pas figé mais en évolution. Il ne s'agit là que de réalisme¹⁹²⁷. Jean Vincent en parle en des termes tels que la procédure civile s'auréole de poésie : il faut « *permettre au débat du second degré de s'ouvrir davantage, comme une fleur nouvellement éclos*e »¹⁹²⁸.

401. La conception d'un appel réformation est beaucoup plus austère dans la mesure où l'instance au second degré y est enserrée dans un carcan taillé à la mesure de l'instance au premier degré. On voit assez spontanément ce qu'il y a d'irréaliste dans une telle exigence. La situation aura sans doute évolué ; mais quand bien même elle n'aurait pas connu de bouleversements majeurs, l'instance au premier degré aura déjà permis de déterminer les contours précis du litige. « *La*

1923 N. Gerbay, « Vers une nouvelle conception de l'appel en matière civile ? », JCP G, 15 juillet 2013, p. 825, n° 29

1924 J. Vincent, *loc. cit.*

1925 *Ibid.*, spéc. n° 5

1926 *Ibid.*, spéc. n° 26

1927 S. Amrani-Mekki, « Les métamorphoses de l'appel. Le décret *Magendie*, un espoir déçu ? », Gaz. Pal., 31 juillet 2014, n° 212, p. 30 : « *Admettre l'évolution du litige, c'est surtout faire preuve de réalisme car les procès s'étalent dans le temps et le litige n'est pas figé. L'évolution du litige n'est pas dilatoire quand elle est indépendante de la volonté des parties.* »

1928 J. Vincent, *op. cit.*, spéc. n° 25

conception de l'appel passait alors d'un appel réformation strict à un appel susceptible d'apporter une solution définitive, parachevant le litige de première instance ; l'appel devenait une voie d' « épanouissement du litige »¹⁹²⁹ ou une « voie de finition »¹⁹³⁰.

Cette idée a été développée par Maître Magnan¹⁹³¹ qui, en allant jusqu'au bout de ce raisonnement, en a donné une interprétation sans doute excessive. Selon lui, certains litiges particulièrement complexes auraient « besoin d'être jugés en deux temps »¹⁹³². La mise en état ne suffirait pas, et la première instance ne serait qu'une « phase de justice rapprochée »¹⁹³³ : faisant en quelque sorte office d'instruction, elle permettrait aux faits de se définir, de trouver leur place dans le contentieux, de se peindre d'une coloration juridique, et la situation s'en trouverait conséquemment « décantée »¹⁹³⁴. Ce premier jugement ne suffisant pas non plus, l'instance d'appel serait une « phase de finition »¹⁹³⁵ ayant pour objet de dégager les « virtualités de la demande »¹⁹³⁶, de compléter le jugement et « d'achever le litige dégrossi devant le tribunal »¹⁹³⁷. Bien qu'intéressants, et pertinents dans certains litiges complexes, ces développements faisant de l'appel « une sorte de contre-épreuve »¹⁹³⁸ laisseraient à penser que l'instance d'appel est l'aboutissement logique de la première instance, ce qui reviendrait à oublier que l'appel ne doit être que son correctif et non son complément. Pierre Hébraud en avait une vision plus modérée : « Non point certes que la fonction de parachèvement exprime la mission essentielle de l'appel, ni y soit nécessairement incluse ; mais elle s'y ajoute naturellement, comme un rôle complémentaire que l'appel peut jouer plus commodément que toute autre voie procédurale. »¹⁹³⁹

402. L'écueil de cette conception est de faire de l'appel « un second premier degré de

1929 P. Catala et F. Terré, *Procédure civile et voies d'exécution*, PUF, 4^{ème} éd., 1976, p. 409

1930 H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 2, *La compétence*, Paris, Sirey, 1973, p. 269, n° 219

1931 Intervention de Me Magnan, in *La voie d'appel*, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, spéc. p. 52

1932 *Ibid.*

1933 *Ibid.*

1934 *Ibid.*

1935 *Ibid.*

1936 *Ibid.* – On a aussi parlé de « virtualités de renouvellement partiel du débat » (J. Vincent, *op. cit.*, spéc. n° 5).

1937 *Ibid.*

1938 H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 1, *Introduction, notions fondamentales (action en justice, formes et délais, acte juridictionnel), organisation judiciaire*, Paris, Sirey, 1961, p. 494, n° 526 : « La qualité des décisions d'appel ne résulte pas seulement du degré plus élevé de la juridiction d'appel et donc des garanties plus grandes qu'elle présente, mais tient aussi à ce fait que le procès ayant été déjà instruit et étudié en première instance, les magistrats d'appel bénéficient de tout le travail de recherches et de discussions qui a été fait par et devant les premiers juges : l'appel apparaît ainsi comme une sorte de contre-épreuve dont l'efficacité est fonction de ce que, venant après un temps opportun de réflexion et d'études, elle porte sur des questions qui avaient été déjà préalablement débattues et éclairées. »

1939 P. Hébraud, « Effet dévolutif et évocation, la règle du double degré de juridiction », in *La voie d'appel*, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 141, spéc. p. 171

juridiction »¹⁹⁴⁰, « une seconde première instance »¹⁹⁴¹ voire « une deuxième première instance »¹⁹⁴², comme si, par fiction, tout le procès recommençait devant la cour d'appel sans que la première juridiction n'ait jamais statué. « L'évolution atteint ici un point de rupture, au-delà duquel on est conduit à se demander si, à force d'être une "voie d'achèvement", l'appel reste encore une "voie de recours" »¹⁹⁴³. Corrélativement, la première instance en serait réduite à « une première étape dans la résolution des conflits, au lieu d'être leur aboutissement »¹⁹⁴⁴, ou encore « un galop d'essai »¹⁹⁴⁵, « un "essai" avant l'appel »¹⁹⁴⁶, « une phase préparatoire »¹⁹⁴⁷, « une phase d'échauffement »¹⁹⁴⁸, « une simple estocade préparatoire pour se mettre en jambe »¹⁹⁴⁹, « un premier tour pour voir »¹⁹⁵⁰, « un tour de piste »¹⁹⁵¹ ou « un tour de chauffe »¹⁹⁵², voire « un round d'observation »¹⁹⁵³...

Cet argument n'est absolument pas crédible, que l'on se place du côté du juge ou de celui du plaideur et de son conseil. D'abord, aucun juge de première instance n'a intérêt à juger une affaire avec désinvolture en comptant sur les juges supérieurs pour réparer les éventuelles erreurs, car cette attitude ne servirait pas son avancement professionnel ; en outre, l'attaque confine au dénigrement envers le corps des magistrats. L'appel, précisément, en plus d'être curatif pour corriger les erreurs commises en première instance serait préventif dans la mesure où il encourage les juges du premier degré à redoubler de soin par crainte d'une réformation¹⁹⁵⁴. Ensuite, aucun avocat n'aura l'inconséquence de passer sous silence les éléments de fait et de droit de nature à faire gagner son

1940 J. Vincent, *op. cit.*, spéc. n° 26

1941 P. Hébraud, « Effet dévolutif et évocation, la règle du double degré de juridiction », in *La voie d'appel*, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 141 – M.-É. Ancel, *loc. cit.* – O. Passera, « L'article 915 du nouveau code de procédure civile : un alinéa peut en cacher un autre... », D. 1996, p. 542

1942 J. Miguet, *op. cit.*, p. 364, n° 297

1943 R. Perrot, « Appel. Les demandes nouvelles et la notion de "lien suffisant" : que reste-t-il de la prohibition des demandes nouvelles en cause d'appel ? », RTD civ 1980, p. 624, n° 14

1944 J.-M. Coulon, « Restaurer l'autorité du juge de première instance », in *Mélanges en l'honneur de Jean Buffet : la procédure en tous ses états*, Petites affiches, 2004, p. 171

1945 P. Maynial, « Principes de justice et suppression de la profession d'avoués près la cour d'appel », in *Principes de justice : mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Paris, Dalloz, 2008, p. 267

1946 S. Guinchard et N. Fricero, « Le nouveau Code de procédure civile et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, *op. cit.*, p. 425, spéc. p. 433

1947 G. Canivet, « Économie de la justice et procès équitable », JCP G, 14 novembre 2001, I, 361, n° 46

1948 E. Fischer-Achoura, « Sur les rapports entre le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit – La conformité à la Constitution d'une réforme de l'appel civil », Cah. Cons. constit., juin 2004, n° 16, Études et doctrine

1949 R. Perrot, *loc. cit.*

1950 Ph. Blondel, « Les offices croisés du justiciables, de son ou de ses conseils, du technicien ou de tout autre intervenant à l'œuvre de justice et du juge pour une première instance revisitée et dominée par un principe de complétude ou Le décryptage d'un songe procédural », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, *op. cit.*, p. 159, spéc. p. 172

1951 T. Le Bars, « Les métamorphoses de l'appel. Faut-il abandonner l'appel voie d'achèvement ? », *loc. cit.*

1952 *Ibid.*

1953 J. Cédras, *loc. cit.*

1954 H. Solus et R. Perrot, *op. cit.*, p. 493, n° 525 – V. aussi les arguments de J. Bentham, in E. Dumont, *De l'organisation judiciaire et de la codification, extraits de divers ouvrages de Jérémie Bentham*, Paris, Bossange, 1828, chap. 26, p. 198

client : il engagerait sa responsabilité¹⁹⁵⁵. Enfin, le plaideur ne préfère-t-il pas triompher dès la première instance et obtenir la satisfaction de toutes ses demandes ? S'il vient à s'exposer à un appel de son adversaire, il est plus enviable de se présenter devant la cour comme intimé que comme appelant, c'est-à-dire comparaître en se prévalant d'un jugement favorable. De plus, au vu de la politique jurisprudentielle fluctuante en matière de demandes nouvelles, il est hasardeux de compter sur ces aménagements pour engager certaines prétentions au seul stade de l'appel car cela reviendrait à s'exposer à une irrecevabilité.

§ 2. Les propositions récentes

403. Un mouvement récent a suggéré de revenir à un appel voie de réformation, peut-être en réaction aux excès véritables ou supposés résultant de la voie d'achèvement. En tout premier lieu, sur le plan international, il convient de citer les travaux conjoints de l'Institut international pour l'unification du droit privé et de l'American Law Institute qui ont donné lieu aux *Principes ALI-Unidroit de procédure civile transnationale*¹⁹⁵⁶. Parmi ces propositions, on trouve celle en vertu de laquelle « *l'appel est en principe limité aux demandes et défenses présentées en première instance* »¹⁹⁵⁷. Sur le plan national, la Conférence des premiers présidents qui s'est tenue à la Baule le 31 mai 2013 a préconisé « *le retour à la tradition française de l'appel réformation avec des aménagements pour tenir compte par exemple de la survenance entre le premier et le second degré de juridiction, de pièces ou de faits nouveaux* ».

404. Il est utile de s'arrêter également sur un rapport publié le même jour à la demande du Garde des Sceaux. Ce document rédigé par l'Institut des hautes études sur la justice s'intitule *La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXI^{ème} siècle*¹⁹⁵⁸. L'appel y est abordé dans une partie qui commence par cet aveu : « *Notre groupe de travail n'a pas eu les moyens de se pencher sur la réalité de l'appel et ne pourra donc se livrer à un travail comparable à celui concernant les autres offices.* »¹⁹⁵⁹ Pourtant, et de façon paradoxale, près de quinze pages lui sont consacrées, rédigées

1955 N. Fricero, « Procédure civile. Octobre 2006 – juillet 2007 », D. 2007, p. 2427 : « *Pour éviter d'engager leur responsabilité professionnelle, les praticiens ont tout intérêt à proposer au juge toutes les qualifications et moyens pertinents dès la première instance.* »

1956 Pour une étude critique de ce texte, V. F. Ferrand, « Les principes ALI-Unidroit de procédure civile transnationale : vers une harmonisation mondiale de la procédure civile ? », Gaz. Pal. 28 mai 2005, n° 148

1957 Principes Ali-Unidroit, n° 27.2

1958 *La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXI^{ème} siècle*, rapport de la mission de réflexion confiée par Madame Christiane Taubira, Garde des Sceaux, à l'Institut des hautes études sur la justice, sur l'évolution de l'office du juge et son périmètre d'intervention, 31 mai 2013

1959 *Ibid.*, p. 133

dans un style aussi littéraire qu'éloigné de la pratique judiciaire de l'appel. Tous les poncifs y sont énumérés pêle-mêle à l'encontre de l'appel voie d'achèvement : déconsidération de la première instance, insuffisance de la défense au premier degré, déresponsabilisation des juges, dévalorisation des cours d'appel... Par un sophisme admirable, on y lit que les prétentions nouvelles admises en appel devraient logiquement donner lieu à un « *appel de l'appel* » qui est en réalité un « *appel impossible* »¹⁹⁶⁰ parce que soumis à des multiplications infinies. C'est un sophisme, en effet, parce que l'« *hypothèse techniquement dérogoratoire* »¹⁹⁶¹ de présenter exceptionnellement certaines demandes nouvelles en appel, n'est qu'une concession du législateur ou de la jurisprudence au plaideur qui sait qu'il se prive d'un double examen. La voie d'achèvement, par sa logique, implique qu'il ne soit statué qu'une seule fois sur les demandes nouvelles. Le rapport propose donc « *à partir de savants et théoriques propos* »¹⁹⁶² non seulement de revenir à l'appel voie de réformation mais d'aller encore plus loin en adoptant l'appel tel qu'il est conçu dans les systèmes anglo-saxons. Le rapport se termine par une série de recommandations, parmi lesquelles celles de « *limiter l'appel à la question de savoir quelle est la part de l'office qui n'a pas été respectée en première instance ; faire de l'appel une véritable chambre de l'office, elle-même soumise à la Cour de cassation* »¹⁹⁶³.

La *common law* connaît en effet une conception de l'appel qui diffère de celle du droit continental. La voie de recours y est entendue comme une sanction de l'office du premier juge : il s'agit non pas de rejuger en fait et en droit mais de vérifier si le premier juge a correctement accompli sa tâche. Selon ce rapport, « *c'est donc sur la base d'une définition négative de l'office du juge – le mal jugé – que l'appel doit être considéré* »¹⁹⁶⁴. La cour d'appel n'aura pas à donner un « *deuxième avis* »¹⁹⁶⁵ sur la cause mais devra se limiter à contrôler la régularité matérielle et formelle du jugement. C'est ce jugement qui sera le point de référence, et non le litige qu'il aura tranché. Les affaires dévolues à la cour d'appel auraient toutes cette problématique commune : « *le juge de première instance a-t-il agi conformément aux devoirs de sa charge ?* »¹⁹⁶⁶

405. Cette analyse a la faiblesse de ne pas prendre acte des évolutions du litige qui ne trouveraient pas leur cause dans la volonté ou dans la négligence des parties. Elle supprime aussi l'utilité de changer d'auxiliaire de justice devant la cour d'appel puisque le rapport limite

1960 *Ibid.*, p. 139

1961 R. Perrot, « Appel. Les demandes nouvelles et la notion de "lien suffisant" : que reste-t-il de la prohibition des demandes nouvelles en cause d'appel ? », RTD civ. 1980, p. 624, n° 14

1962 H. Croze, « Entre deux eaux : la place de l'instance d'appel en procédure civile », Procédures 2013, n° 10, dossier 2

1963 *La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXI^{ème} siècle*, op. cit., p. 180, recommandation n° 44

1964 *Ibid.*, p. 141

1965 *Ibid.*

1966 *Ibid.*, p. 142

considérablement – pouvait-il en être autrement ? – la variation des moyens de droit¹⁹⁶⁷. Les parties devraient donc penser à tout dès la première instance, sous peine de ne pouvoir avancer aucun moyen nouveau en appel. Cette rigueur verticale, si on l’ajoute à la rudesse horizontale de l’arrêt *Cesareo*, confine au déni de justice, d’autant plus que le juge n’est pas tenu de relever d’office les moyens de droit qui n’auront pas été expressément invoqués¹⁹⁶⁸. Une partie mécontente des services de son avocat n’aurait plus l’opportunité d’en changer devant la cour et devrait se résigner à répéter la même stratégie judiciaire. De plus, tant que la représentation obligatoire n’est pas généralisée en première instance¹⁹⁶⁹, c’est faire peser une lourde charge sur les épaules de la partie qui serait censée connaître et présenter toute seule les moyens de droit nécessaires en première instance et ne pourrait les produire en appel. « *Le recours au professionnel du droit en appel ne saurait plus parfaire une défense inappropriée ou seulement incomplète devant la juridiction spécialisée.* »¹⁹⁷⁰

406. Pour n’envisager l’office du juge que comme un office sanctionnateur du jugement, il est nécessaire de revenir au principe d’immutabilité du litige, dont on a exposé tous les inconvénients¹⁹⁷¹. On peut établir le parallélisme suivant : à la voie de réformation ou à la voie d’achèvement correspondent respectivement l’immutabilité du litige et son évolution. « *Sur le choix entre ces deux archétypes, les traditions procédurales ont varié dans le temps et diffèrent encore dans l’espace.* »¹⁹⁷² La recodification de la procédure civile en 1975 a fait le choix d’abandonner le principe d’immutabilité du litige, qui a été « *renversé pour laisser la place à une mutabilité contrôlée* »¹⁹⁷³. Cependant, la préférence pour une conception de l’appel n’exige pas qu’il faille absolument exclure l’autre. De même, rien n’indique qu’il soit toujours indispensable de choisir entre l’immutabilité et l’évolution, qui ne sont pas deux principes antagonistes mais complémentaires¹⁹⁷⁴. Ce système nuancé construit au fil du temps par la jurisprudence civile a tout

1967 *Ibid.*

1968 Cass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343, BICC 15 avril 2008, p. 18, rapp. Loriferne, avis de Gouttes et le communiqué ; D. 2008, p. 228, obs. Dargent ; JCP 2008, II, 10006, note Weiller ; JCP 2008, I, 138, obs. Amrani-Mekki ; Dr. et proc. 2008, p. 103, note Lefort ; RDI 2008, p. 102, note Malinvaud ; RDC 2008, p. 435 – Cass. soc., 2 décembre 2009, Bull. civ. V, n° 269, D. 2010, p. 13 ; JCP S 2010, p. 1092, note Barège ; Dr. soc. 2010, p. 1160, note Gratton

1969 J.-M. Hocquard, « Le plaideur, l’avocat et le nouveau Code de procédure civile » in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, op. cit., p. 65, spéc. p. 67 : « *La représentation est une notion basique d’égalité dans le procès ; l’absence de représentation est une fausse bonne idée pour le justiciable.* »

1970 N. Gerbay, *loc. cit.*

1971 V. supra, n° 260

1972 Y.-M. Serinet, *loc. cit.*

1973 C. Lefort, op. cit., p. 769, n° 915

1974 J. Miguet, op. cit., pp. 441-442, n° 357 : « *Dès lors le problème de l’immutabilité ou de l’évolution du litige se présente ainsi : le principe est celui de l’évolution du litige tempérée par une conception souple du principe du double degré de juridiction. Les deux principes, bien qu’inverses, ne sont pas contradictoires mais complémentaires, l’influence réciproque d’un principe sur l’autre ou la prééminence de l’un sur l’autre n’étant qu’une question de degré variable avec l’époque, la législation, les cas d’espèces... et parfois les juges. Mais si le principe est donc finalement celui d’une évolution tempérée il n’en reste pas moins que cette évolution n’est pas*

intérêt à être préservé face à des propositions brutales qui signifieraient clairement un retour en arrière¹⁹⁷⁵ en faisant de l'appel une « voie d'étouffement »¹⁹⁷⁶ ou une « voie d'enterrement »¹⁹⁷⁷.

À partir de cette fixité du débat souhaitée par le rapport de 2013, y « est préconisé l'abandon corrélatif de la possibilité d'un appel général. La volonté des auteurs du rapport vise à la seule correction de l'erreur du juge. Il est donc suggéré que l'appel apporte une réponse précise à une vraie question ciblée »¹⁹⁷⁸. Cette conception de l'appel est, pourrait-on dire, trop objective : l'appel, en effet, n'existe pas seulement pour faire redresser une erreur mais encore en vue d'obtenir un gain qui n'a pas été atteint en première instance. En d'autres termes, il eût été préférable de laisser aux parties le loisir de contester l'ensemble du jugement, quitte à sanctionner ensuite le défaut d'intérêt sur les points où aucune succombance n'est constatée. Cette recommandation a cependant été suivie par le décret du 6 mai 2017¹⁹⁷⁹ qui, en modifiant l'article 562 du Code de procédure civile, a limité la possibilité d'un appel général aux cas d'annulation du jugement et d'indivisibilité du litige.

407. Faut-il aller plus loin dans l'imitation de la *common law*, par exemple en adoptant sa conception de l'appel, considéré « non comme un droit, mais comme une faveur accordée par le juge »¹⁹⁸⁰ ? Ce système a été consacré en Allemagne par la réforme de la procédure civile du 27 juillet 2001. L'argument avancé était le « renforcement de la première instance qui devra être la seule véritable instance de fait et devra en principe terminer le procès »¹⁹⁸¹, ce qui avait pour effet de dessiner les « nouveaux contours de l'instance d'appel destinée désormais à être une simple instance de contrôle des erreurs des juges inférieurs (*Fehlerkontrollinstanz*) »¹⁹⁸². Le rôle de la cour d'appel allemande en fait et en droit est lui-même réduit à sa portion congrue¹⁹⁸³. Ainsi, lorsque la

permanente. Dans le déroulement de l'instance il est nécessairement des moments où le litige doit se fixer pour pouvoir être tranché. D'un point de vue temporel on assiste alors à une complémentarité des principes d'évolution et d'immutabilité. »

1975 T. Le Bars, *loc. cit.* : « L'abandon de l'appel voie d'achèvement, s'il était consacré, compléterait ce dispositif en renforçant le caractère dissuasif de l'appel et en contribuant même faiblement à l'accélération de la procédure devant les juridictions du second degré. Ce ne serait certainement pas une évolution positive pour la justice. Un bond en arrière de plusieurs décennies constitue plus sûrement une régression qu'un progrès. »

1976 T. Le Bars, « Les métamorphoses de l'appel. Faut-il abandonner l'appel voie d'achèvement ? », *Gaz. Pal.*, 31 juillet 2014, n° 212, p. 41

1977 J.-L. Gillet, « Le second degré de juridiction en matière civile sa place et sa portée », *Gaz. Pal.* 1996, p. 996

1978 N. Gerbay, *loc. cit.*

1979 Décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile

1980 G. Ravarani, « Interrogations autour d'un droit fondamental : l'appel », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard : Justice et procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, *op. cit.*, p. 355

1981 F. Ferrand, « La restriction du champ de l'appel : les précieux enseignements du droit allemand », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard : Justice et procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, *op. cit.*, p. 249, spéc. p. 251

1982 *Ibid.*

1983 F. Ferrand, « Appel », *Rép. Dalloz proc. civ.*, n° 352 : « Désormais, la fonction de l'appel doit être uniquement de contrôler le jugement de première instance quant au caractère correct et complet des constatations faites (*Richtigkeit und Vollständigkeit*) et, le cas échéant, d'écarter les erreurs commises. C'est uniquement dans

première instance ne dépasse pas le taux de ressort, est requise l'autorisation de faire appel par les premiers juges s'il s'agit d'une question juridique intéressante (*Frage von grundsätzlicher Bedeutung*). L'appel peut être rejeté si la cour estime à l'unanimité qu'il n'a aucune chance de succès, que la question juridique ne présente pas d'importance majeure ou que l'unification du droit positif n'est pas en cause. Les nouveaux moyens, quant à eux, ne sont en principes pas admis dans l'instance d'appel, mais « *la jurisprudence fait une application libérale de ce texte afin de ne pas assécher complètement l'instance d'appel et de permettre la prise en compte de nouveaux moyens pertinents* »¹⁹⁸⁴. Outre que ce dirigisme tout germanique s'appliquerait mal à la procédure française, il faut relever que « *la Cour fédérale a été contrainte d'intervenir pour contrer les effets d'une procédure qui avait drastiquement fermé l'ouverture de l'appel et engendré, dans le même temps et paradoxalement, une grande perte de temps* »¹⁹⁸⁵. Sur un plan purement juridique, une autorisation d'interjeter appel se heurterait aux principes à valeur constitutionnelle d'accès à la justice et d'égalité des citoyens devant la loi¹⁹⁸⁶, alors même que le droit conventionnel ne s'y oppose pas¹⁹⁸⁷.

§ 3. Le souci d'une politique judiciaire efficace

408. Un examen attentif des récentes propositions relatives à l'appel laisse apparaître, avec une certaine clarté, qu'elles sont surtout motivées par un souci de politique judiciaire. Avec une grande franchise, Monsieur Le Bars note que pour les tenants de ces réformes, « *l'appel voie d'achèvement, que la France s'était octroyé durant les trente glorieuses, devenait un luxe dispendieux. (...) Le fondement d'un éventuel abandon de l'appel voie d'achèvement est essentiellement budgétaire* »¹⁹⁸⁸. Les arguments qui soulignent la revalorisation de la première instance ou du double degré ne seraient que des prétextes, car ceux qui les avancent ne semblent pas

l'hypothèse où la juridiction d'appel aurait des doutes sérieux (ernstliche Zweifel) quant au caractère correct et complet des constatations de fait qu'elle pourrait procéder, en appel, à de nouvelles constatations. »

1984 F. Ferrand, « La restriction du champ de l'appel : les précieux enseignements du droit allemand », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard : Justice et procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, op. cit., p. 249, spéc. p. 256

1985 R. Laffly, « L'appel voie de réformation ou la fin du droit à l'erreur. Aime la vérité, mais pardonne à l'erreur (Voltaire) », *Procédures 2016*, alerte 5

1986 S. Guinchard, op. cit., spéc. p. 1011 : « *En tout cas, il est évident que tout système d'autorisation préalable de l'appel, confiée à l'autorité judiciaire risquerait de se heurter au principe constitutionnel d'égalité des justiciables, puisqu'il ne dépendrait pas d'eux mais d'un tiers d'accéder au second degré de juridiction et, surtout au droit fondamental d'agir en justice.* » – T. Renoux, « Les garanties constitutionnelles de répartition des compétences », in *La Cour de cassation et la constitution de la République*, Doc. fr., 1995, p. 94 : « *Par comparaison avec la décision Liberté d'association, il semble toutefois difficile de considérer que le droit constitutionnel d'agir en justice puisse s'accommoder d'un régime d'autorisation préalable quand bien même celle-ci serait délivrée par le juge avant toute action au fond.* »

1987 CEDH, 13 janvier 2009, *Kukkonen c / Finlande*, n° 47628/06, § 24

1988 T. Le Bars, loc. cit.

s'émouvoir particulièrement de l'appel-nullité ou de l'évocation, mécanismes qui, tout en faisant l'impasse sur le double degré, permettent d'accélérer les procédures et d'économiser des fonds. En outre, contrairement à ce qui est parfois soutenu, l'appel voie d'achèvement ne suppose pas une dépréciation de la première instance, au contraire : parce qu'on ne peut achever que ce qui est commencé, l'instance d'appel aura pour mission d'accueillir les évolutions du litige, et non de réparer des maladresses ou des inadvertances¹⁹⁸⁹. Pour ne donner qu'un exemple, l'impossibilité de faire appel des jugements avant dire droit s'inscrit dans cette volonté de ne pas ralentir l'instance mais de concentrer au second degré les questions litigieuses de forme ou de fond. « *Dans cette conception, l'appel apparaît désormais comme une poursuite du procès, et plus seulement comme un recommencement de ce dernier.* »¹⁹⁹⁰

Il existe plusieurs degrés dans la consécration des voies de réformation ou d'achèvement, qui correspondent respectivement à l'interdiction ou à l'admission de nouveaux moyens de droit, de certaines demandes nouvelles ou de toutes les demandes nouvelles. L'intensité de cette admission se mesurera à la physionomie que le législateur ou la jurisprudence auront choisi d'imprimer à l'instance d'appel. Encore faut-il déterminer quelles sont les motivations profondes de ce choix : protection du double degré ou « *optimisation de l'utilisation des deniers publics* »¹⁹⁹¹ ?

409. Les pays anglo-saxons connaissent le principe du *judicial case management* qui semble de plus en plus présent en droit français, au moyen d'une gestion managériale de la justice¹⁹⁹², pudiquement baptisée efficacité¹⁹⁹³. « *Cette nouvelle logique managériale affecte nécessairement la*

1989 J. Miguet, *op. cit.*, p. 246, n° 204 : « *Nous répondrons à cela que c'est justement la notion d'appel comme voie d'achèvement qui postule le premier degré, l'appel ne pouvant achever que ce qui est commencé. L'admission des demandes nouvelles en appel ou de l'évolution du litige en général, permet de "faire le tour" du litige : la seule instance d'appel ne permettra peut-être pas de le faire.* »

1990 L. Weiller, « Immutabilité ou évolution du litige en appel », note sous Aix-en-Provence, 16 mai 2002, Bull. Aix 2002-2, note 11, p. 151

1991 N. Fricero, « Double degré de juridiction : de la "bonne justice" à la "bonne administration de la justice" », *loc. cit.*

1992 V. par ex. M. Herzog-Evans, « Révolutionner la pratique judiciaire. S'inspirer de l'inventivité américaine. », D. 2011, p. 3016 : « *Les principes fondamentaux de procédure ne sont plus, sur le terrain, qu'un lointain souvenir. Les réformes processuelles successives jointes à une mauvaise logique managériale ont eu raison de ces principes.* » – A. Masson et H. Bouthinon-Dumas, « L'approche "Law & Management" », RTD com., 2011, p. 233 – E. Serverin et T. Grumbach, « La réforme de la carte des prud'hommes devant le Conseil d'État ou le triomphe d'une approche managériale de la justice du travail », RDT 2009, p. 532 – L. Dumoulin et C. Licoppe, « Justice et visioconférence : les audiences à distance. Genèse et institutionnalisation d'une innovation », Rapport final : Mission droit et justice, janvier 2009, spéc. p. 174 : « *Le changement d'échelle de la visioconférence et son entrée dans une phase de généralisation nous semblent être très directement liés avec une logique managériale que l'on peut percevoir de façon plus générale dans la justice, en France et en Europe.* »

1993 S. Amrani-Mekki, « Efficacité et nouvelles technologies », Procédures 2010, dossier 5 : « *Qu'est-ce que l'efficacité ? La réponse est utile car le terme est aujourd'hui omniprésent. L'efficacité n'est plus un "gros mot processuel". Elle est installée dans le langage processuel, revendiquée et même vénérée. Il est désormais question de marchandisation ou de marchandisation de la justice, voire de privatisation de celle-ci. Ce n'est pas dire, pour autant qu'elle est une nouveauté. Le souci d'efficacité est ancien et justifiait, dès 1791, la création des statistiques judiciaires. Il est récurrent dans les tentatives de réforme judiciaire ainsi que dans les discours d'installation des*

gestion procédurale de l'appel, aussi bien dans les finalités attribuées à ce recours que dans l'organisation de l'instance d'appel. »¹⁹⁹⁴ Les finalités, dans une logique d'économie judiciaire stricte, seront simplement la réformation ou la confirmation du jugement. L'organisation de l'instance ne permettra plus de formuler des demandes nouvelles ou de produire de nouvelles preuves. Ce retour à la voie de réformation « *couplée au principe de concentration des moyens et à la simple faculté pour le juge de relever d'office les règles de droit conduirait à un fort risque de déni de justice* »¹⁹⁹⁵.

Il faut donc se demander si l'optimisation des ressources matérielles de la justice doit conduire à oublier les grands principes qui innervent notre procédure civile et si les droits des justiciables doivent être sacrifiés sur l'autel de l'efficacité. La question est d'autant plus préoccupante qu'on a pu relever un mouvement semblable dans le domaine de la santé¹⁹⁹⁶. Alors que jusqu'à présent, « *la possibilité de former un appel contre une décision a toujours été considérée comme une garantie de "bonne justice"* »¹⁹⁹⁷, désormais « *le principe du double degré de juridiction fléchit alors devant l'économie procédurale et la bonne administration de la justice* »¹⁹⁹⁸. La question pourrait donc se poser en ces termes : « *Le double degré de juridiction, justifié par une bonne justice, a-t-il encore un avenir face aux contraintes d'une bonne administration de la justice ?* »¹⁹⁹⁹ Cette formulation, toutefois, est aprioriste : elle considère péremptoirement que le rôle actuellement dévolu à l'instance d'appel est inconciliable avec une saine gestion des moyens judiciaires. Un auteur a, au contraire, considéré que « *le besoin de bonne administration de la justice commandait un examen complet du litige au stade de l'appel, prenant en considération les sources de son évolution* »²⁰⁰⁰. Cette approche est beaucoup plus convaincante, ne serait-ce que dans la mesure où elle n'envisage pas une nouvelle saisine d'un juge de premier degré, saisine qui, dans un cas serait possible mais conduirait à un engorgement des juridictions de première instance, et

premiers présidents de cours. Pourtant, il prend une particulière importance ces dernières années du fait de la mise en concurrence des systèmes juridiques et, partant, judiciaires. L'exemple le plus parlant est sans doute le rapport Doing business de la banque mondiale. Le temps est à l'évaluation et à la performance, ce qui justifie l'apparition d'une économie de la justice qui se fait envahissante. On assiste dès lors au développement d'un discours politique de type managérial. Ce culte de "l'efficacité" explique une obsession pour l'évaluation, la performance et le classement. Si cela explique le recours à la notion d'efficacité, celle-ci n'est pour autant pas définie. » – E. Jeuland, « Transformation et pérennité du nouveau Code de procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, op. cit., p. 75, spéc. p. 77 : « *De même la notion d'efficacité est un mot fétiche, un mot de notre époque. Il s'agit, me semble-t-il, davantage d'un slogan, d'un mot utilisé pour faire des effets d'annonce que d'une notion palpable, concrète.* »

1994 N. Fricero, *loc. cit.*

1995 S. Amrani-Mekki, « Les métamorphoses de l'appel. Le décret *Magendie*, un espoir déçu ? », *Gaz. Pal.*, 31 juillet 2014, p. 30, n° 212

1996 L. Cluzel-Métayer, « L'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris, un "hôpital-entreprise" ? », *RDSS* 2016, p. 1061

1997 N. Fricero, *loc. cit.*

1998 M.-É. Ancel, *loc. cit.*

1999 N. Fricero, *loc. cit.*

2000 N. Gerbay, *loc. cit.*

dans l'autre serait refusée aux plaideurs, ce qui reviendrait à mépriser leur droit d'agir en justice.

410. Ce droit d'agir en justice fait de plus en plus l'objet d'une « *fondamentalisation* »²⁰⁰¹ sous l'effet des exigences conventionnelles. Il est cependant remis en cause par certaines innovations du droit interne : si on interdit au plaideur d'invoquer certains moyens de droit en appel alors que le juge n'a pas été obligé de les relever d'office et qu'il est impossible de recommencer un procès au premier degré, on commet un déni de justice. Le maintien de la voie d'achèvement est donc fortement souhaitable, car non seulement il ne force pas les cours d'appel à mobiliser des moyens disproportionnés, mais encore il est respectueux des personnes qui souhaitent mettre un terme à un litige en le faisant trancher dans sa totalité.

Cela n'empêche pas de chercher à « *rationaliser l'instance d'appel en revalorisant le principe d'initiative des parties* »²⁰⁰². Les réformes récentes vont dans ce sens : brefs délais, caducité de l'appel, irrecevabilité des conclusions... Ne risque-t-on pas toutefois de conduire les juges à statuer sans cesse sur ces incidents plutôt que sur le fond, à l'opposé de l'esprit de célérité que l'on veut conférer au procès civil en général et à l'instance d'appel en particulier ? Il faudrait également « *ne pas oublier que la procédure n'a pas seulement pour fonction d'assurer une évacuation rapide des rôles* »²⁰⁰³. L'équilibre à trouver est donc instable, car il faut parvenir à assurer le droit d'agir en justice sans pour autant que son exercice n'en devienne anarchique. L'usage des voies de recours a dû lui aussi être domestiqué. C'est pourquoi on a pu parler de l'appel comme d'une « *voie d'achèvement maîtrisée* »²⁰⁰⁴.

SECTION II : L'APPEL DANS LA CHAÎNE DES INSTANCES

411. Les différentes physionomies de l'instance d'appel nous interrogent sur la place qui doit lui être réservée dans la « *chaîne des instances* »²⁰⁰⁵ du procès civil, lequel se compose, quoique non nécessairement, de plusieurs phases, de la première instance à l'instance de renvoi, en passant par l'instance d'appel et l'instance de cassation. « *Maillon dans la chaîne des instances, le second degré de juridiction est pris en tenaille entre le premier degré et la cassation. Et les plaideurs en ont largement profité, tantôt pour en faire un substitut au premier degré, tantôt pour en faire un*

2001 N. Fricero, *loc. cit.*

2002 *Ibid.*

2003 R. Perrot, « Principe de concentration : où va-t-on ? » RTD civ. 2010, p. 155

2004 N. Fricero, *loc. cit.*

2005 S. Guinchard, *op. cit.*, p. 1005

substitut à l'instance de cassation. »²⁰⁰⁶ Il convient donc de trouver un équilibre pour ne pas rompre cette chaîne et, pour ce faire, il est nécessaire de définir clairement les fonctionnalités que l'on entend impartir à chaque juridiction ayant à connaître de l'affaire à un moment donné du procès. Puisque l'instance d'appel se trouve prise en tenaille entre la première instance et l'instance de cassation, il est nécessaire d'étudier en quoi les modifications opérées sur une instance peut avoir des répercussions sur les autres. Monsieur Croze a résumé cette problématique en une phrase : « *la cour d'appel est-elle plus proche du tribunal de grande instance ou de la Cour de cassation ?* »²⁰⁰⁷. L'instance d'appel ressemble davantage à la première instance du fait de leur caractère commun d'instances au fond. Ses relations avec l'instance de cassation ne doivent cependant pas être minimisées (§ 1). Ce renouvellement ne saurait ignorer l'indispensable satisfaction des exigences du procès civil moderne (§ 2).

§ 1. L'instance d'appel au regard de l'instance de cassation

412. Le renouvellement du rôle de la Cour de cassation n'est pas sans conséquences sur celui de la cour d'appel (A). L'instance de cassation a des effets sur l'instance d'appel, qu'il s'agisse de la première cour saisie ou de la cour de renvoi (B).

A. L'office renouvelé de la Cour de cassation

413. La Cour de cassation a récemment changé considérablement de visage. Alors que le décret du 27 novembre 1790 faisait interdiction au Tribunal de cassation – devenu Cour de cassation à l'avènement du Premier Empire²⁰⁰⁸ – de connaître du fond des affaires²⁰⁰⁹, cette interdiction a peu à peu cédé devant d'autres considérations. À ce titre, la cassation sans renvoi, généralisée par la loi du 3 janvier 1979²⁰¹⁰, a fait l'objet d'un usage de plus en plus fréquent, à telle enseigne qu'on s'est parfois demandé si la Cour de cassation n'était pas devenue un troisième degré de juridiction²⁰¹¹.

2006 *Ibid.*, p. 1010

2007 H. Croze, *loc. cit.*

2008 Sénatus-consulte du 28 floréal an XII (Constitution du 18 mai 1804), art. 136 al. 1^{er} : « *Le Tribunal de cassation prend la dénomination de Cour de cassation.* »

2009 C.O.J., art. L. 411-2 al. 2 : « *La Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition législative contraire.* »

2010 Loi n° 79-9 du 3 janvier 1979 modifiant certaines dispositions relatives à la Cour de cassation – C.O.J., art. L. 411-3 al. 1^{er} – C.P.C., art. 627 – V. aussi M. Fabre, « La cassation sans renvoi en matière civile », JCP 2001, I, 347 – P. Hébraud, « "Aggiornamento" de la Cour de cassation (loi des 12 juillet 1978 et 3 janvier 1979) », D. 1979, p. 205 – F. Luxembourg, « La Cour de cassation, juge du fond », D. 2006, p. 2358 – A. Perdriau, « Usage actuel des cassations sans renvoi », JCP 2011, I, 334 – M. Fabre, « La cassation sans renvoi en matière civile », JCP 2001, I, 347 – V. Ph. Waquet, « La cassation sans renvoi – d'une bonne idée à une pratique fâcheuse », in Procès du travail, travail du procès, op. cit., p. 407

2011 F. Luxembourg, « La Cour de cassation, juge du fond », D. 2006, p. 2358 : « *Ce recours de plus en plus fréquent à*

Le pas a été franchi par la loi du 18 novembre 2016²⁰¹² qui permet désormais à la Cour de cassation de connaître du fond des affaires lorsqu'une bonne administration de la justice l'exige²⁰¹³, ce qui se pratiquait déjà devant le Conseil d'État²⁰¹⁴. En commentant cette réforme, un avocat aux conseils a pu constater que « *de voie d'annulation, le pourvoi est également devenu une voie d'achèvement au même titre que l'appel* »²⁰¹⁵. Si l'on confronte cette vision avant-gardiste du pourvoi en cassation aux propositions réactionnaires du rapport de 2013, on peine à trouver où se situe le point d'équilibre du procès. Au nom de la bonne administration de la justice, la cour d'appel devrait se limiter à n'examiner que la valeur juridique du jugement, tandis que la Cour de cassation pourrait connaître du fait. À ce propos, le recours à la notion de bonne administration de la justice, sans explications supplémentaires, n'est pas de nature à fournir un critère solide pour déterminer s'il doit être statué au fond. Il eût été préférable de renvoyer devant une autre cour d'appel car, quand bien même cela aurait supposé un allongement du procès, le rôle de la Haute juridiction n'en aurait pas été à ce point dénaturé. Comme le rappelle encore la *Charte du justiciable* de la Cour de cassation, cette dernière « *ne constitue pas, après les tribunaux et les cours d'appel, un troisième degré de juridiction. Son rôle n'est pas de rejurer les affaires. Il est de dire si les règles de droit ont été correctement appliquées, en fonction des faits qui ont été constatés et appréciés par les tribunaux ou les cours d'appel et qu'il n'est plus possible de discuter devant la Cour de cassation* »²⁰¹⁶.

la cassation sans renvoi s'explique par le souci légitime de simplifier et d'accélérer le traitement des litiges, d'en diminuer les coûts, ainsi que de désencombrer les cours et tribunaux. La cassation sans renvoi participe ainsi du droit d'être jugé dans un délai raisonnable garanti par l'article 6-1 Conv. EDH. Mais il en résulte un bouleversement de l'ordre juridictionnel français. Quand elle procède au règlement du litige en cassant sans renvoi, la Cour cesse de se comporter en juridiction de cassation. Ce rôle historique a pris fin avec l'annulation de la décision des juges du fond. Entretenant alors de juger le litige, la Cour de cassation se comporte quasiment en juridiction d'appel si la décision a été rendue en premier et dernier ressort ou en juridiction de second degré dans les autres cas. En réalité, c'est presque une perspective de troisième degré de juridiction qui est ainsi offerte à celle des parties au procès qui n'est pas satisfaite de son sort en appel. Son arrêt présente d'ailleurs tous les traits d'une décision de juges du fond : la cassation sans renvoi est suivie de l'énoncé de la condamnation, puis les juges statuent sur les dépens afférents aux instances devant les juges du fond ; enfin l'arrêt de la Cour de cassation emporte exécution forcée. »

2012 Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, art. 38 devenu art. L. 411-3 al. 2 du C.O.J. : « [La Cour de cassation] peut aussi, en matière civile, statuer au fond lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie. » – C.P.C., art. 1015 al. 2 : le président de la formation ou le conseiller rapporteur avise les parties qu'il est envisagé de statuer au fond après cassation.

2013 F. Ferrand, « La Cour de cassation dans la loi de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle. À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », JCP 2016, p. 1407, parle de « *cassation sans renvoi "new look"* ». – V aussi E. Piwnica, « Commentaire des dispositions de la loi J21 relatives à la Cour de cassation », Gaz. Pal., 31 janvier 2017, p. 76

2014 C.J.A. art. L. 821-2 : « *S'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, le Conseil d'État peut soit renvoyer l'affaire devant la même juridiction statuant, sauf impossibilité tenant à la nature de la juridiction, dans une autre formation, soit renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature, soit régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie. Lorsque l'affaire fait l'objet d'un second pourvoi en cassation, le Conseil d'État statue définitivement sur cette affaire.* »

2015 S.-L. Texier, « Réflexions sur le règlement du litige au fond par la Cour de cassation », D. 2017, p. 63

2016 Cour de cassation, *Charte de la procédure. Guide à l'usage du justiciable*, document consulté sur le site internet de la Cour de cassation

414. La Cour de cassation semble pourtant être véritablement devenue un troisième degré de juridiction, par le recours au principe de proportionnalité, d'origine conventionnelle²⁰¹⁷, également appelé contrôle concret de conventionnalité. Il serait possible de contourner cette critique en avançant que « *le contrôle de proportionnalité ne fait pas de la Cour de cassation un troisième degré de juridiction du fond. Le contrôle de proportionnalité est exercé par les juges du fond ; la Cour de cassation se donne pour mission de contrôler ce contrôle* »²⁰¹⁸. Cependant, force est de constater que la Haute juridiction elle-même prend l'initiative d'une telle démarche. À ce jour, plusieurs arrêts ont été recensés en ce sens²⁰¹⁹, « *trop peu pour constituer une "jurisprudence" ; mais trop pour être tenu pour un accident sans lendemain* »²⁰²⁰. Le communiqué joint à la première de ces décisions ne manque pas de préciser que « *les circonstances de fait ont joué un rôle déterminant dans cette affaire* » et qu'« *en raison de son fondement, la portée de cette décision est limitée au cas particulier examiné* ».

Ce contrôle de proportionnalité s'inscrit dans le contrôle de conventionnalité qui peut être effectué par le juge français. En 2011, plusieurs arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation rendus en matière de procédure pénale ont proclamé que « *les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation* »²⁰²¹. Le juge interne, y compris la Cour de cassation, doit donc statuer de façon à éviter une possible saisine de la Cour de Strasbourg conduisant à une condamnation de la France. Pour y parvenir, il doit couler ses méthodes dans celles de la Cour européenne des droits de l'homme. Or, cette dernière a toujours veillé à une application non seulement *in abstracto* mais aussi et surtout *in concreto* de la Convention, qui selon une célèbre formule « *a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et*

2017 CEDH, 28 mars 1990, *Groppera Radio c/. Suisse*, n° 10890/84, § 72 – CEDH, 20 novembre 1989, *Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann*, n° 10572/83, § 33 – CEDH, 27 novembre 2003, *Slimane Kaïd c/. France*, n° 48943/99, D. 2003, inf. rap., p. 32

2018 H. Fulchiron, « Prescription des actions relatives à la filiation et contrôle de proportionnalité », D. 2016, p. 1980

2019 Cass. civ. 1, 4 décembre 2013, n° 12-26.066, D. 2014, p. 179, note Chénéde ; D. 2014, p. 153, point de vue Fulchiron ; D. 2014, p. 1342, obs. Lemouland et Vigneau ; AJ. fam. 2014, p. 124, obs. Thouret ; AJ. fam. 2013, p. 663, point de vue Chénéde ; RTD civ. 2014, p. 88, obs. Hauser ; RTD civ. 2014, p. 307, obs. Marguénaud – Cass. civ. 1, 10 juin 2015, n° 14-20.790, inédit, D. 2015, p. 2365, note Fulchiron ; RTD civ. 2015, p. 596, obs. Hauser ; RTD civ. 2015, p. 825, obs. Marguénaud – Cass. civ. 3, 15 octobre 2015, n° 14-23.612, D. 2015, p. 2423, note Dubois – Cass. civ. 3, 17 décembre 2015, n° 14-22.095, D. 2015, p. 72 ; AJDA 2015, p. 2467 – Cass. civ. 1, 16 décembre 2015, n° 14-29.285

2020 A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », D. 2016, p. 137

2021 Cass. plén., 15 avril 2011, n° 10-17.049, n° 10-30.313, n° 10-30.316 et n° 10-30.242 (quatre arrêts), D. 2011, p. 1080 ; D. 2011, p. 1128, entretien Roujou de Boubée ; D. 2011, p. 1713, obs. Bernaud ; D. 2012, p. 390, obs. Parrot ; AJ pénal 2011, p. 311, obs. Mauro ; Constitutions 2011, p. 326, obs. Levade ; RSC 2011, p. 410, obs. Giudicelli ; RTD civ. 2011, p. 725, obs. Marguénaud

effectifs »²⁰²². Pour ce faire, il est nécessaire de prendre en considération les faits de l'espèce.

415. L'inconvénient majeur n'est pas tant la prise en compte des faits – qui, de toute évidence, n'ont jamais été absents de la technique de cassation²⁰²³ – que la faculté qui leur est reconnue d'évincer la règle de droit²⁰²⁴. « *Grandes ou petites, de fond ou de forme, personnelles ou patrimoniales, toutes les lois seront susceptibles d'être écartées au nom de la proportionnalité.* »²⁰²⁵ Le juge pourrait juger en opportunité, comme si la loi n'était qu'une donnée du litige, en l'écartant au besoin²⁰²⁶. « *Inhérente au contrôle de proportionnalité, l'insécurité juridique qu'entraînerait cette appréciation au cas par cas n'est pas contestable.* »²⁰²⁷ Le principe à valeur constitutionnelle d'égalité des citoyens devant la loi²⁰²⁸, et devant la justice qui en est une conséquence, ne serait plus qu'une coquille vide, car le juge serait invité à distinguer là où la loi ne distingue pas. Ne voit-on pas qu'ainsi une cour d'appel pourrait être censurée pour avoir appliqué la loi au lieu de l'avoir écartée sur le fondement de la proportionnalité ? Un procès oppose des parties dont les revendications sont *a priori* aussi respectables les unes que les autres, seule la loi permettant de les départager ; mais alors que le droit donne raison à une partie et tort à l'autre, ces appréciations de fait contiennent en germe un immense risque d'arbitraire. Qui ne pourra invoquer son malheur personnel dans l'espoir de neutraliser la règle de droit ? La partie gagnante ne sera-t-elle pas celle qui aura déployé le plus d'énergies pour apitoyer le juge par une habile description des faits ? « *La*

2022 CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/. Irlande*, n° 6289/73, § 24

2023 V. à ce sujet A. Perdriau, « Les chambres civiles de la Cour de cassation jugent-elles en fait ? », JCP G 1993, doctr., p. 3683 – J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, p. 409, n° 447 et s. – P. Bellet, « Grandeur et servitudes de la Cour de cassation », RIDC 1980, vol. 32, n° 2, pp. 293-301, spéc. p. 297 : « *La Cour de cassation, pour mener à bien sa politique jurisprudentielle, peut modifier à son gré, les frontières du droit et du fait, en avançant ou en reculant l'étendue de son contrôle des qualifications. Le droit est ce qu'elle décide de soumettre à son examen, le fait, tout le reste.* »

2024 Ph. Jestaz, J.-P. Marguénaud, C. Jamin, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », D. 2014, p. 2061 : « *Plus aristotélicienne qu'Aristote, la proportionnalité s'affirme, à l'heure de la globalisation, comme la révolte des faits trop longtemps tenus en laisse par la règle de droit. Et c'est la règle qui risque de céder.* »

2025 F. Chénéde, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », D. 2016, p. 796

2026 F. Chénéde, « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », note sous Cass. civ. 1, 4 décembre 2013, D. 2014, p. 179 : « *Oubliant sa mission première, assurer le respect et l'unité du droit, elle n'a pas hésité, sur le modèle de la CEDH, à juger l'espèce au fond, en pure opportunité, c'est-à-dire comme si la loi n'existait pas, ou, à tout le moins, comme si elle n'était qu'un élément du litige, simple "donnée de droit", qui pourrait être écartée, au cas par cas, par une nouvelle pesée, en fait, des intérêts en présence.* » – F. Rouvière, « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », RTD civ. 2017, p. 524 : « *Il est certain que le contrôle de proportionnalité modifie le statut de la loi dans l'office du juge. La loi n'est plus considérée comme un outil pour trancher le litige. La loi devient elle-même un élément du litige.* » – M. Saulier, « Mariage fictif et contrôle de proportionnalité », obs. sous Cass. civ. 1, 1^{er} juin 2017, n° 16-13.441, AJ fam. 2017, p. 420 : « *Si souhaitable puisse-il paraître, ce contrôle engendre pourtant d'indéniables effets pervers qui, très tôt soulignés, commencent à se manifester en pratique. Réajustée au cas d'espèce, la loi n'apparaît en effet plus aussi ferme qu'autrefois. Elle s'adapte, se modèle afin de ne pas porter d'atteintes trop grandes aux droits fondamentaux.* »

2027 F. Chénéde, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *loc. cit.*

2028 D.D.H.C., art. 6 : la loi « *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ». – Constitution française du 4 octobre 1958, art. 1^{er} : la République « *assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ».

Cour de cassation ne peut pas se permettre d'avoir une vue des choses sentimentale et insusceptible d'être généralisée. »²⁰²⁹ C'est pourquoi il est difficile de comprendre à quels éléments la Cour de cassation pourrait faire appel pour unifier les appréciations en fait des juges du fond puisque le droit n'aurait devant elle qu'une importance au moins égale à celle des faits, si ce n'est inférieure. Il s'agit incontestablement d'un nivellement de l'ordre judiciaire français, car la Cour de cassation, ne serait plus qu'un « appel de l'appel », en somme, un troisième degré de juridiction.

La Cour européenne, dans son application du principe de proportionnalité, ne censure pas nécessairement le droit interne en tant que tel, mais censure quelquefois simplement son application par les juridictions internes²⁰³⁰. De la sorte, « *tout comme la Cour de cassation souhaite se reconnaître le pouvoir de juger disproportionné ce que les juges du fond auront déclaré légitime, la Cour européenne n'hésitera pas un instant à juger disproportionné ce que la Cour de cassation aura déclaré justifié. Sauf, bien sûr, à vouloir éviter tout risque de remontrance en allant toujours plus loin dans la satisfaction des revendications individuelles contra legem* »²⁰³¹. En alignant ainsi son office sur celui de la Cour européenne, la Cour de cassation entend s'y soumettre : en vertu de cette configuration, la Cour européenne deviendrait juridiction d'appel de la Cour de cassation, les deux cours jugeant en fait et en droit. Même si la Cour européenne s'en défend²⁰³², il y aurait donc quatre degrés de juridiction offerts au justiciable français...²⁰³³

416. Un auteur a émis l'hypothèse suivante : cette initiative iconoclaste de la Haute juridiction dénoterait une volonté de s'affranchir de l'emprise exercée par le Conseil constitutionnel²⁰³⁴, au moyen surtout de la question prioritaire de constitutionnalité²⁰³⁵. La Cour de cassation et les juridictions du fond, en appliquant abondamment le contrôle de proportionnalité, encourageraient les justiciables à recourir à la Convention européenne plus qu'à la Constitution française. Il en

2029 P. Bellet, *op. cit.*, spéc. p. 298

2030 CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c/. Allemagne*, n° 35968/97, RTD civ. 2004, p. 361, obs. Marguénaud – CEDH, 29 janvier 2013, *Zolotas c/. Grèce*, n° 66610/09, RTD civ. 2013, p. 336, obs. Marguénaud ; RDC 2013, p. 843, obs. Rochfeld – CEDH, 11 mars 2014, *Howald Moor et autres c/. Suisse*, n° 52067/10, D. 2014, p. 1019, note Borghetti – CEDH, 16 juin 2011 et 8 novembre 2012, *Pascaud c/. France*, n° 19535/08

2031 F. Chénéde, *loc. cit.*

2032 Conseil de l'Europe et Cour européenne des droits de l'homme, *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme – Droit à un procès équitable (volet civil)*, 30 avril 2013, n° 202 et s. – CEDH, 24 novembre 1999, *Kemmache c/. France*, n° 17621/91, § 44 : « *En principe, il n'appartient pas à la Cour d'apprécier elle-même les éléments de fait ayant conduit une juridiction nationale à adopter telle décision plutôt que telle autre, sous réserve de l'examen de compatibilité avec les dispositions de la Convention. Sinon, elle s'érigerait en juge de troisième ou quatrième instance et elle méconnaîtrait les limites de sa mission.* » – CEDH, 21 janvier 1999, *García Ruiz c/. Espagne*, n° 30544/96, § 28 : « *Spécialement, il ne lui [la CEDH] appartient pas de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne, sauf si et dans la mesure où elles pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention.* »

2033 En ce sens, V. Xavier Lagarde, « L'adieu à la cause. Relire Motulsky », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, *op. cit.*, p. 307, spéc. p. 345

2034 F. Chénéde, *loc. cit.*

2035 Constitution française du 4 octobre 1958, art. 61-1

résulterait un tarissement des questions prioritaires de constitutionnalité, sauf celles formulées à des fins dilatoires, les parties préférant sans doute se tourner vers un moyen plus rapide et plus fructueux. Alors que le contrôle de constitutionnalité permet d'abroger un texte *erga omnes*, le contrôle de conventionnalité conduira à l'écarter seulement *inter partes*. Cette démarche dangereuse et démagogique fait perdre à la Cour de cassation son « *rôle pédagogique* »²⁰³⁶.

B. L'instance sur renvoi après cassation

417. Le litige préexiste au procès, et celui-ci aura pour but de donner une solution à celui-là. Le législateur a institué diverses voies de recours, qui vont de la procédure devant la juridiction de première instance à celle devant la cour d'appel de renvoi. Très tôt, la question s'est posée quant à l'identité ou au contraire la différence qui subsistait entre la première instance et l'instance d'appel. La réponse a été donnée par l'arrêt *Encel*²⁰³⁷ : il s'agit de deux instances distinctes. La même année, par un arrêt du 26 octobre 1962²⁰³⁸, la Haute juridiction a été amenée à se prononcer sur le même problème relativement à l'instance d'appel et à l'instance sur renvoi.

La question de droit ressemble à celle posée par l'arrêt *Encel*. Dans cette affaire, un cultivateur avait été condamné par jugement du tribunal de Pontoise en date du 10 octobre 1956 sur la base de l'article 1384 ancien du Code civil en raison de blessures causées par une batteuse dont il était propriétaire. Le 4 janvier 1957, il avait inscrit un appel et obtenu de la cour de Paris la réformation de sa condamnation. L'arrêt d'appel avait été cassé et la cause renvoyée à la cour de Rouen qui, le 13 décembre 1960, avait confirmé dans son principe le jugement de première instance. Formant un nouveau pourvoi, le cultivateur reprochait à la cour de renvoi d'avoir violé l'article 142 ancien du Code de procédure civile par l'omission des qualités. Cette formalité avait été supprimée par le décret du 22 décembre 1958 mais les instances pendantes au 2 mars 1959 y demeuraient toujours soumises. Dès lors, deux positions s'opposaient : si l'instance sur renvoi était distincte de l'instance d'appel, la cour de Rouen n'avait pas à procéder à la rédaction desdites qualités. En revanche, si l'instance d'appel et l'instance sur renvoi étaient identiques, cette formalité s'imposait encore, l'introduction de l'instance étant fixée au 4 janvier 1957. C'est ce second raisonnement qu'a retenu la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation en jugeant par un attendu de principe « *que devant la juridiction de renvoi, après cassation d'un arrêt antérieur, l'instance ouverte par l'acte d'appel est simplement continuée, les parties étant alors remises au même et semblable état où elles étaient avant l'arrêt annulé* ». Cette doctrine est toujours de droit positif : plus récemment, la même Chambre a rappelé « *que l'instance devant la juridiction de*

2036 P. Bellet, *op. cit.*, spéc. p. 296

2037 Cass. plén., 3 avril 1962, *Encel c/. S.A.R.L. Établissements Bourg et Cie*, précit.

2038 Cass. civ. 2, 26 octobre 1962, D. 1963, somm., p. 36

renvoi est la poursuite de l'instance introduite par l'acte d'appel déposé devant la juridiction dont l'arrêt a été cassé »²⁰³⁹.

418. La doctrine de la Cour de cassation quant à l'identité de l'instance d'appel devant la juridiction de renvoi a été codifiée aux articles 625 alinéa 1^{er} et 630 du Code de procédure civile. Les articles de la section intitulée « *Les effets du pourvoi en cassation* » procèdent en grande partie par renvoi aux règles de droit commun de la procédure d'appel. « *Le sort des demandes nouvelles sur renvoi après cassation se trouve aligné sur celui des demandes nouvelles formées en appel, ce qui ajoute un maillon à cette "chaîne d'instances" établie par la jurisprudence.* »²⁰⁴⁰ La logique qui préside à ce corpus législatif est simple : puisque l'instance d'appel est annulée et recommence, le procès doit reprendre au point où elle a été introduite.

De jure, on ne devrait donc pas parler d'instance sur renvoi, mais seulement d'instance d'appel ou d'instance devant la juridiction de renvoi. *De facto*, ce sont pourtant deux cours distinctes qui ont eu à connaître de la même affaire, donnant lieu à deux instructions, deux débats au fond et permettant de critiquer deux fois le jugement de première instance. Comment dépasser cette apparente contradiction ? La cassation emporte annulation de l'arrêt d'appel, et les parties se trouvent dans la même situation que celle où elles étaient à l'issue de la première instance. Pourtant, dans l'intervalle, une autre instance s'est déroulée devant la Cour de cassation. L'arrêt d'appel a pu être annulé, mais la nullité n'est pas l'inexistence : un degré de juridiction a été épuisé, à mauvais escient certes, mais il a bien eu lieu. L'instance d'appel ne commence pas : elle recommence. Quant à la saisine de la cour de renvoi, elle n'a été rendue possible que par l'arrêt de cassation ; aussi n'est-il pas tout à fait identique de juger une affaire avec ou sans le secours d'une décision qui offre l'interprétation autorisée de la loi. Différentes interrogations surgissent qui pourraient être ramenées à une seule : les deux instances d'appel, celle qui est antérieure et celle qui est postérieure à la cassation, ont-elles ou doivent-elles avoir la même étendue ?

419. Pour apporter à ce questionnement une solution satisfaisante, il peut être intéressant de se pencher sur le procès conçu dans sa globalité, indépendamment des considérations théoriques relatives à la notion d'instance. Fondamentalement, l'identité de l'instance devant les deux cours d'appel ne saurait effacer de façon rétroactive le temps qui s'est écoulé dans la procédure. Cette appréciation pragmatique correspond à celle retenue par la Cour européenne des droits de

2039 Cass. civ. 2, 19 novembre 2008, n° 07-20.281 – V. aussi Cass. civ. 1, 13 janvier 2016, n° 15-12.205, Procédures 2016, comm. 99, obs. Douchy-Oudot

2040 E. Serverin, « Propos sur la recevabilité des demandes nouvelles devant la juridiction de renvoi après cassation », note sous Cass. soc., 5 décembre 2006, Rev. trav. 2007, p. 51

l'homme²⁰⁴¹. Le rapport Coulon adopte une approche similaire en dénonçant le développement d'argumentations absolument nouvelles devant la cour de renvoi, dont l'arrêt pourra donner lieu à un second pourvoi en cassation. Il estime que « *la cour de renvoi devrait se prononcer au vu des conclusions et des pièces communiquées devant la juridiction de première instance ou devant la cour d'appel dont l'arrêt a été censuré. Aucun moyen nouveau ne pourrait être invoqué, aucune pièce nouvelle ne pourrait être produite, aucune preuve nouvelle ne pourrait être proposée* »²⁰⁴². Il s'agirait alors de réduire l'instance de renvoi à un correctif de l'instance d'appel : la juridiction du fond appelée à statuer après la Cour de cassation devrait se limiter à suivre l'interprétation reçue sur les points qui n'avaient pas été jugés correctement, sans préjudice de sa faculté de résister²⁰⁴³. Néanmoins, cette proposition doit être nuancée.

Au regard des principes juridiques, il est difficile de trouver un fondement à cette interdiction : si l'instance d'appel recommence parce qu'elle a été annulée, la procédure est censée reprendre à l'instant où le jugement de premier degré a été rendu. D'un point de vue plus concret, les atténuations à la rigueur du double degré admises dans l'instance d'appel doivent tout naturellement se retrouver dans l'instance sur renvoi. Il semble de bonne justice de vider le litige pour de bon, sans laisser en souffrance certains de ses aspects, « *en effet l'on trouve devant la cour de renvoi les mêmes possibilités d'évolution que devant la première cour d'appel* »²⁰⁴⁴. Cela explique, pour ne donner qu'un exemple, la possibilité d'un appel incident devant la cour de renvoi, qui n'aurait pas été régularisé devant la première cour d'appel²⁰⁴⁵. De même, puisqu'il est de bonne justice de donner au litige une solution définitive, les tiers à l'instance de cassation dont les droits sont menacés ont la faculté d'intervenir dans l'instance sur renvoi²⁰⁴⁶.

420. Si l'on venait à interdire le renouvellement de l'argumentation juridique dans l'instance sur renvoi – alors même qu'elle est possible dans l'instance d'appel –, cette prohibition ajoutée à la définition de la chose jugée modelée par la jurisprudence *Cesareo* se révélerait d'une rigueur excessive. « *Les parties ayant été "remises au même et semblable état" il n'y aurait donc pas, théoriquement, à se préoccuper des conclusions nouvelles qui avaient été prises en appel pour savoir si la même demande est nouvelle ou non devant la cour de renvoi* »²⁰⁴⁷, seule la première instance devant servir de référence pour distinguer ce qui est recevable de ce qui ne l'est pas dans le

2041 V. par ex. CEDH, 19 février 1991, *Brigandi c/ Italie*, n° 11460/85, D. 1992, somm., p. 333, obs. Renucci

2042 J.-M. Coulon, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Doc. fr., 1997, p. 84

2043 Quant à la légitimité de cette résistance, V. Cass. civ. 2, 21 décembre 2006, n° 05-20.282

2044 J. Miguet, *op. cit.*, p. 622, n° 560

2045 Cass. civ. 1, 6 juillet 1964, Bull. civ. I, n° 361 – Cass. civ. 2, 14 décembre 2006, n° 06-11.777, Procédures 2007, comm. 28, obs. Perrot

2046 C.P.C., art. 636 et 637

2047 J. Miguet, *op. cit.*, p. 633, n° 569

comportement des parties.

La jurisprudence de la Cour de cassation, après avoir décidé que la juridiction de renvoi devait répondre aux conclusions prises antérieurement devant la juridiction dont la décision a été cassée²⁰⁴⁸, a fini par juger que dès lors qu'une partie comparaît et conclut devant une juridiction de renvoi, celle-ci n'est tenue de répondre qu'aux prétentions et moyens formulés devant elle²⁰⁴⁹. Cette solution est beaucoup plus logique au regard de la théorie de l'instance fixée par l'arrêt précité de 1962 ; en effet, dans la mesure où l'instance a été annulée et recommence, on ne devrait plus tenir compte de ce qui y a été initialement demandé, sous réserve que les parties aient comparu et conclu²⁰⁵⁰. En outre, il faut rappeler que le juge n'est saisi que des dernières écritures, tandis que les précédentes sont réputées abandonnées si elle n'ont pas été réitérées²⁰⁵¹. Cette solution organise un dispositif respectueux de la liberté procédurale des parties : dans le premier cas, elles ont la faculté de développer des prétentions et une argumentation devant la cour de renvoi dans les mêmes conditions que si elles se trouvaient devant la cour d'appel initialement saisie ; dans le second, elles n'expriment aucune volonté supplémentaire et, dans ce cas, la cour de renvoi remplira l'office méconnu par la première cour d'appel. Il conviendra seulement de bien délimiter l'étendue de la cassation afin de ne pas rejuger certains points non attaqués et par là devenus irrévocables.

On peut donc constater que même lorsqu'une cour d'appel statue sur renvoi après cassation, l'instance d'appel conserve toutes les virtualités d'épanouissement du litige déjà présentes dans l'instance initiale, et que ces virtualités sont encore plus amples en raison de l'arrêt de la Cour de cassation et de l'impulsion qu'il aura donnée au procès.

§ 2. L'instance d'appel au regard des nouvelles exigences du procès civil

421. La modernisation de la Cour de cassation invite nécessairement à se demander si l'office de la cour d'appel ne gagnerait pas à être repensé (A). Elle pose aussi la question de savoir si le rythme binaire du procès civil doit être maintenu (B).

A. L'office renouvelé de la cour d'appel

422. Les développements précédents ont permis d'observer que, sous certaines conditions, la

2048 Cass. civ. 1, 19 mai 1981, Bull. civ. I, n° 168 – Cass. civ. 3, 8 avril 1987, Bull. civ. III, n° 82 – Cass. civ. 2, 9 février 1994, Bull. civ. II, n° 51

2049 Cass. plén., 26 octobre 2001, n° 99-60.559, RTD civ. 2002, p. 148, obs. Perrot ; Procédures 2002, n° 23, note Perrot

2050 C.P.C., art. 634 : « *Les parties qui ne formulent pas de moyens nouveaux ou de nouvelles prétentions sont réputées s'en tenir aux moyens et prétentions qu'elles avaient soumis à la juridiction dont la décision a été cassée. Il en est de même de celles qui ne comparaissent pas.* »

2051 C.P.C., art. 753 et 954

Cour de cassation était conduite à juger en fait ou, du moins, à apprécier les faits. Cette vision s'accorde mal avec la volonté manifestée par certains d'un retour à un appel voie d'achèvement. En effet, si la cour d'appel doit se limiter à connaître du droit mais que la Cour de cassation peut juger au fond, c'est que la première est devenue juge du droit et la seconde juge du fait. Cela contraste avec les fonctions habituelles de l'appel et du pourvoi, car « *l'appel est (aussi ?) un recours, comme le pourvoi en cassation qui, lui, n'est que ça* »²⁰⁵².

C'est pourquoi, « *renoncer à la voie d'achèvement reviendrait à rapprocher l'appel du pourvoi en cassation* »²⁰⁵³, du moins à la conception traditionnelle que connaissait jusqu'à présent le droit français. En effet, vouloir faire de l'appel une simple sanction du premier jugement, c'est le confondre avec la cassation qui n'est destinée qu'à critiquer l'arrêt de la cour d'appel. La voie d'appel s'en trouverait considérablement altérée, car la cour d'appel, se limitant à un simple contrôle de régularité, ne rejugerait plus en fait et en droit : d'une part, elle ne rejugerait plus en droit mais s'assurerait simplement que le jugement est conforme au droit, d'autre part elle ne rejugerait pas en fait mais vérifierait seulement que les premiers juges ont bien apprécié et qualifié les faits. Jusqu'à présent, la cour d'appel avait pour mission de rejuger l'affaire et non la décision alors que la Cour de cassation devait juger la décision et non l'affaire. Certes, la cour d'appel peut quelquefois emprunter l'aspect d'une juridiction de cassation avec le mécanisme prétorien de l'appel-nullité²⁰⁵⁴ – surtout en matière de procédures collectives – mais il faut bien comprendre que dans ce dernier cas, les droits des plaideurs ont été à ce point méconnus qu'il convient de les rétablir²⁰⁵⁵, car « *dans cette hypothèse, la nullité du jugement serait le fondement de la recevabilité du recours. Autrement dit, l'interdiction légale d'interjeter appel ne viserait que l'aspect réformation de l'appel, et non pas son aspect annulation* »²⁰⁵⁶.

2052 H. Croze, « Entre deux eaux : la place de l'instance d'appel en procédure civile », *Procédures*, n° 10, octobre 2013, dossier 2

2053 T. Le Bars, *loc. cit.*

2054 S. Guinchard, *op. cit.*, spéc. p. 1012 : « *Certes, l'appel-nullité est utile, certes, il ne représente pas le gros des contentieux des cours d'appel mais il dénature le second degré de juridiction et habitue les plaideurs à voir dans nos cours d'appel une juridiction de cassation, un substitut au pourvoi en cassation. Faut-il y voir, au-delà du besoin ressenti par les cours de « rendre service », de ne pas ajouter un déni de justice à une grossière erreur, la tentation pour celle-ci de se vouloir; au moins dans leur ressort, véritables cours suprêmes, juge du droit et non plus du fait ?* »

2055 *Ibid.*, spéc. p. 1011 : « *Voilà une cause d'accroissement de l'engorgement des cours d'appel qui n'est pas provoquée par des textes trop libéralement rédigés, ni même par les justiciables en tout cas pas directement, mais par la jurisprudence audacieuse, utile certes, mais au risque de transformer les cours d'appel en juridiction de cassation, ce qui n'est ni leur rôle, ni leur vocation. De quoi s'agit-il ? Tout simplement de toutes ces hypothèses où le juge d'appel admet un appel-nullité autonome, subsidiaire, distinct dans son domaine de l'appel-nullité ordinaire, c'est-à-dire de celui qui tend à sanctionner un jugement atteint d'un vice qui en affecte la validité. Dans l'appel-nullité autonome la voie d'appel est normalement fermée et malgré cela, à cause de cela aussi, la jurisprudence a créé de toutes pièces, une voie de recours spécifique.* » – V. aussi O. Barret, « L'appel-nullité dans le droit commun de la procédure civile », *RTD civ.* 1990, p. 199 – Ph. Gerbay, « Les effets de l'appel voie d'annulation », *D.* 1993, p. 143

2056 V. Mikalef-Toudic, « De la distinction entre l'appel et le recours en annulation à l'encontre d'une sentence arbitrale (à propos d'un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 20 mars 2003) », in *Le*

423. Cette nouvelle mission impartie à la cour d'appel lui permettrait certes d'unifier la jurisprudence de son ressort en se dotant d'un « rôle normatif (...) à côté de son rôle proprement juridictionnel »²⁰⁵⁷, mais n'est-ce pas déjà le cas, et faut-il se livrer à de tels bouleversements pour mieux y parvenir ? On se demande à quoi servirait encore la Cour de cassation ou les cours d'appel, car l'appelant se trouverait dans le cas de celui qui forme un pourvoi contre un jugement rendu en premier et dernier ressort. Ainsi, en alignant l'office des cours d'appel sur celui de la Cour de cassation, on ramène les degrés de juridiction à un seul et on institue deux contrôles de légalité. En prenant en considération les récents bouleversements de la Cour de cassation, qui juge désormais en fait, l'incohérence du système apparaît de façon flagrante.

Ces récentes propositions, tant dans le domaine de l'appel que dans celui de la cassation, sont en grande partie inspirées de systèmes procéduraux anglo-saxons, dans lesquels les voies de recours ne sont pas le principe mais l'exception, et ne sont pas un droit du justiciable mais une concession du juge. Par exemple, le règlement de la Cour suprême des États-Unis spécifie explicitement que l'acceptation d'un recours n'est pas un droit mais une décision discrétionnaire justifiée par des raisons impérieuses²⁰⁵⁸. « *Il en résulte que la Cour suprême a ce singulier pouvoir discrétionnaire de juger ou de ne pas juger les affaires qui lui sont présentées en appel.* »²⁰⁵⁹ Ainsi, sur les milliers de recours dont elle est saisie chaque année, elle ne se prononce que sur une centaine d'entre eux. Le critère d'admission, « *énigme éternelle et centrale de toute la procédure* »²⁰⁶⁰, subsiste essentiellement dans la nécessité de gérer les contrariétés de décisions et d'unifier le droit fédéral. Cette organisation est très éloignée de celle que connaissent les pays latins en général et la France en particulier.

424. L'introduction du principe de proportionnalité et du jugement au fond à la Cour de cassation auront sans doute pour corollaire une augmentation du nombre de pourvois. Sur le fondement du nouvel adage *Disproportio omnia corrumpit*²⁰⁶¹, tous les arrêts d'appel pourraient être attaqués, surtout, et de façon paradoxale, ceux qui ont fait une application exacte de la loi. Selon l'actuel premier président de la Cour de cassation, cela appelle « *la mise en place de conditions de*

nouveau Code de procédure civile (1975-2005), op. cit., p. 233, spéc. p. 241

2057 S. Guinchard, *op. cit.*, spéc. p. 1007

2058 Rule of the Supreme Court of United States, 19-IV-2013, part III, rule 10 : « *Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons.* »

2059 E. Zoller, « Présentation des la Cour suprême des États-Unis », Cah. Cons. constit., n° 5, novembre 1998

2060 *Ibid.*

2061 A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », D. 2016, p. 137 : « “Disproportio omnia corrumpit”, *tel semble devenir le credo du jour dans certaines enceintes judiciaires.* »

recevabilité des pourvois, plus rigoureuses que celles de la non-admission actuellement en vigueur, qui a perdu de son efficacité originelle au fil des années »²⁰⁶². Cette conception serait alors conciliable avec un appel considéré comme un simple contrôle du jugement, la Cour de cassation se réservant la possibilité de ne se prononcer que sur des questions présentant un intérêt juridique particulier et nécessitant une unification du droit – tâche rendue malaisée par les évolutions récentes... – et de déclarer irrecevables les pourvois ne réunissant pas ces conditions. Ce redécoupage est possible, il est sans doute propice à une meilleure administration de la justice : nous ne pensons pas toutefois qu'il soit souhaitable. La tradition du double degré de juridiction et du contrôle de légalité, assurés par l'appel et la cassation est trop ancrée dans les valeurs judiciaires françaises pour pouvoir être ainsi rayée d'un trait de plume. Ce n'est pas un conservatisme stérile que d'affirmer que certains droits et libertés inscrits dans les valeurs républicaines méritent d'être conservés au profit des citoyens, tandis que l'engouement aveugle pour certaines innovations peut se révéler dangereux.

B. Une conception binaire du procès

425. Selon Monsieur Guinchard, « la crédibilité de la Justice c'est aussi cette vision binaire du procès pour le justiciable »²⁰⁶³. Le double degré tel qu'il existe en France donne aux justiciables l'assurance qu'ils pourront faire réparer une éventuelle erreur du juge. À cette fonction de réformation s'ajoute celle d'achèvement, qui va plus loin en intégrant au procès toutes les suites nécessaires. Les réformes successives et l'interprétation qui en a été donnée par la jurisprudence ont engendré un système délicatement bâti, qui allie recommencement et prolongement du procès en respectant son unité²⁰⁶⁴, avec une grande finesse mais un équilibre instable.

Le second degré « constitue le maillon indispensable d'une chaîne des instances »²⁰⁶⁵ mais « il ne doit pas devenir le centre de gravité de ce même procès »²⁰⁶⁶, ce qui risque d'être le cas si la cour d'appel va trop loin dans ses imitations du tribunal de grande instance et de la Cour de cassation. Les différentes instances du procès constituant « une succession de phases qui se complètent et qui, malheureusement, peuvent se concurrencer »²⁰⁶⁷. C'est cette concurrence qui doit

2062 B. Louvel, « Réflexions à la Cour de cassation », D. 2015, p. 1326

2063 S. Guinchard, *op. cit.*, p. 1004, spéc. p. 1010

2064 P. Hébraud, « Effet dévolutif et évocation, la règle du double degré de juridiction », in *La voie d'appel*, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 141, spéc. p. 174 : « À l'aspect de recommencement correspond la séparation formelle des deux instances ; leur enchaînement, en tant que le second degré prolonge le premier, restitue au procès son unité, tout au long de son déroulement. (...) Il faut d'autant plus veiller à l'équilibre des deux degrés, au cours du procès, que ses altérations pourraient exercer des répercussions lointaines sur l'organisation des juridictions. Le déplacement du cœur du débat vers l'un des étages entraînerait le gonflement, alors que l'autre s'étiolerait. »

2065 S. Guinchard, *op. cit.*, spéc. p. 1006

2066 *Ibid.*

2067 *Ibid.*

être évitée. Pour ce faire, il faut prévenir toute « *dilution entre les degrés de juridiction* »²⁰⁶⁸ qui ferait perdre leur physionomie propre à la première instance, à l'instance d'appel et à l'instance de cassation.

426. Cette conception binaire du procès mérite d'être maintenue, mais il faut rappeler aux justiciables que si l'appel est nécessaire *in abstracto*, il ne l'est pas *in concreto*. Cela signifie qu'il est inenvisageable de supprimer cette voie de recours de façon générale et abstraite, mais que son exercice n'est pas nécessairement opportun dans tous les cas. Il faut le leur rappeler mais aussi le leur faire comprendre : l'éducation permet d'éviter la sanction.

Les réformes récentes ont restreint le droit d'appel dans un but justifié de célérité et d'efficacité de la justice. « *Malheureusement, leur mise en œuvre démontre qu'elles ont un double effet, puisqu'elles génèrent un fort contentieux de nature purement procédurale, facteur d'insécurité et au détriment du fond.* »²⁰⁶⁹ Cet encadrement du droit d'appel « *se traduit sans conteste par un alourdissement de la charge des avocats, qui se révèle très anxiogène en raison de la sévérité et de l'automatisme des sanctions de caducité et d'irrecevabilité* »²⁰⁷⁰. Plutôt que de faire peser de telles charges sur les parties et d'alourdir ainsi le travail de leurs conseils, il serait préférable de favoriser une éducation procédurale des citoyens. L'institution judiciaire apparaît souvent mystérieuse et inaccessible aux justiciables issus de milieux modestes. Contrairement aux disciplines scientifiques ou littéraires, le droit ne fait l'objet d'aucun enseignement dans les études secondaires. Cette défaillance est regrettable car elle ne contribue nullement à rapprocher les citoyens de la justice, pourtant à leur service. C'est pourquoi, à la suite d'Henri Motulsky, « *nous croyons à la mission et à la force du Droit ; nous croyons que le salut du monde est lié à son action* »²⁰⁷¹.

2068 R. Perrot, « Appel. Les demandes nouvelles et la notion de "lien suffisant" : que reste-t-il de la prohibition des demandes nouvelles en cause d'appel ? », RTD civ. 1980, p. 624, n° 14

2069 N. Fricero, Transformations de l'appel, bilan et perspectives », Procédures 2015, n° 1, dossier 2

2070 *Ibid.*

2071 H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, op. cit., p. 5, n° 5

CONCLUSION DU TITRE II

427. L'immutabilité du litige a été renversée au profit d'une mutabilité contrôlée. Les parties peuvent donc évoluer dans l'instance d'appel, mais seulement dans les limites prescrites par le législateur. La demande en justice devant la cour a dû être encadrée au moyen de divers outils juridiques. Elle peut évoluer en s'appuyant sur un fondement juridique nouveau ou en faisant appel à des moyens de droit inédits. L'obligation de concentrer les moyens de droit pourrait contraindre les parties d'invoquer des fondements antinomiques et contradictoires. Pour prévenir cette dérive, la technique de la subsidiarité s'est révélée d'un grand secours.

428. Pendant un peu plus d'un siècle, le droit du travail a connu la règle de l'unicité de l'instance, qui aurait dû d'ailleurs être appelée unicité du procès. Elle commandait de concentrer toutes les demandes dans un même procès, quitte à n'en présenter certaines que devant la chambre sociale de cour d'appel. Un mécanisme semblable existe dans la procédure de divorce. Un courant jurisprudentiel et certains auteurs ont suggéré d'étendre cette règle à tout le procès civil. Ce projet ne semble pas devoir se réaliser. La règle a d'ailleurs disparu de la procédure prud'homale.

Une autre école doctrinale, se fondant en partie sur le droit romain, a proposé certaines simplifications. La triple identité composant la chose jugée a été la source de difficultés d'interprétation considérables. Elle pourrait être utilement remplacée par la notion de question litigieuse, qui devrait être identique en première instance et en appel. Un système plus organisé car codifié par avance consisterait à définir des catégories d'actions fondamentales, chacune de ces actions regroupant des actions différentes mais voisines, qui pourraient être exercées tour à tour en première instance et en appel.

429. Les évolutions modernes ayant affecté la voie d'appel ont conduit à se questionner sur la physionomie de cette instance au sein du procès civil. Traditionnellement, cette voie de recours était considérée comme une voie de réformation, à laquelle s'est peu à peu ajoutée l'idée d'une voie d'achèvement. Des propositions récentes ont suggéré de revenir à une pure voie de réformation et d'imiter les systèmes judiciaires anglo-saxons dans leur conception de l'appel. À vrai dire, tous ces projets sont souvent animés d'un souci de gestion de l'argent public, même si cette préoccupation est recouverte d'arguments juridiques plus ou moins bien conçus.

Dans la mesure où l'appel s'intègre à une chaîne d'instances, les changements affectant les autres étapes du procès ne sont pas sans effets sur lui. Récemment, la Cour de cassation a peu à peu

évolué vers ce qui pourrait un jour devenir un troisième degré de juridiction, dans la mesure où la loi lui reconnaît certaines facultés de jugement au fond, et où elle-même s'est octroyée la possibilité d'un examen en fait par le contrôle de proportionnalité. Ce bouleversement risque de porter atteinte aux cours d'appel, privées ainsi du rôle pédagogique de la Haute juridiction qui, paradoxalement, les invite désormais à évincer la loi au profit d'intérêts purement privés.

430. De même que la délimitation entre la première instance et l'instance d'appel a appelé des éclaircissements doctrinaux, l'instance sur renvoi après cassation méritait d'être mieux cernée. Il ressort de la jurisprudence que cette instance est identique à l'instance d'appel qui avait été annulée, et qui doit être reprise et continuée. Néanmoins, certaines règles applicables devant la cour de renvoi pourraient faire douter de cette affirmation théorique.

En définitive, l'office de la cour d'appel est en pleine mutation. Elle peine à trouver sa place dans le paysage judiciaire : on voudrait qu'elle se limite à statuer en droit, alors que la Cour de cassation statue désormais en fait, tout comme la Cour européenne. Ces évolutions, qu'elles soient approuvées ou non, posent nécessairement la question du maintien de la voie d'appel et, plus généralement, de la conception binaire du procès solidement ancrée dans la procédure française.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

431. L'instance d'appel se présente en deuxième lieu comme une possibilité de renouvellement du procès, impulsé par les parties et organisé par la loi. Initialement, l'immutabilité du litige faisait obstacle à un tel renouvellement, mais il est apparu rapidement que cette exigence ne servait pas la bonne marche du procès mais plutôt l'entravait. Elle a donc été abandonnée, contrairement à la prohibition des demandes nouvelles.

Le renouvellement du procès a d'abord été la conséquence de comportements procéduraux de plus en plus nombreux. La législation ouvre souvent diverses actions pour résoudre un problème unique. Certains plaideurs ont donc fait usage du choix offert à eux, avant de changer d'avis au stade de l'appel et d'exercer devant la cour la branche de l'alternative qu'ils avaient d'abord laissée de côté. Il en est résulté un élargissement et une modification substantielle de l'objet du litige, et même parfois un remplacement absolu.

Ce phénomène procédural a été discipliné par la jurisprudence et le législateur dans un souci de rationalisation mais non d'interdiction. Le renouvellement est donc toujours permis, mais seulement dans un périmètre défini au préalable. En en prenant acte, le droit l'a non seulement organisé mais également favorisé. La doctrine a également proposé divers critères dans le but de rendre ce système plus cohérent et plus efficace.

432. Il semble toutefois que le renouvellement du procès a été victime de son succès. Des voix se sont élevées pour dénoncer une utilisation irresponsable de l'appel et suggérer le retour à une certaine rigueur. Concrètement, on s'est demandé s'il n'était pas souhaitable de renoncer à la voie d'achèvement pour revenir purement et simplement à la voie de réformation. Cette option ne nous apparaît pas souhaitable, en particulier quand on observe les mutations de la Cour de cassation, qui font presque du pourvoi une voie d'achèvement.

La constatation que nous pourrions formuler à l'issue de cette deuxième partie est celle d'un renouvellement accepté, puis voulu, mais insuffisamment maîtrisé. Des critères juridiques plus fermes et des définitions plus précises seraient un remède adéquat et suffisant pour faire taire les critiques injustes lancées à l'appel voie d'achèvement. Si le renouvellement du procès se réalise conformément à des dispositions législatives cohérentes et à une jurisprudence intelligible, il restera prévisible et cessera de susciter les craintes des uns et les passions des autres.

CONCLUSION GÉNÉRALE

433. Les Français connaissent tous l'existence des cours d'appel et des recours porté devant ces juridictions. Cependant, à la connaissance « innée » de l'institution par le citoyen correspond la méconnaissance profonde par le justiciable. De même, alors que tout juriste est informé de principes tels que l'effet dévolutif ou l'effet suspensif, une étude approfondie de l'appel révèle des subtilités qui seraient passées inaperçues à celui qui ne se serait livré qu'à une observation superficielle de cette voie de recours. Les aspects techniques de la procédure d'appel, que nous avons choisi de ne pas inclure dans cette étude, sont connus pour leur complexité. Dépourvue de cette technicité, l'instance d'appel n'en présente pas moins une singularité qui rend son appréhension particulièrement épineuse.

Nous pourrions jouer sur les mots en disant qu'un litige peut être « jugé deux fois » ou « jugé en deux fois », qu'il peut être tranché « de nouveau » ou « à nouveau ». Nous avons ainsi étudié les deux fonctionnalités principales de l'appel, lieu de répétition et lieu de renouvellement du procès. La répétition, l'appel la permet en remettant l'affaire en cause devant la cour par la critique du jugement. La juridiction supérieure, non seulement devra vérifier si le premier juge a correctement tranché la contestation, mais également reprendre tout le débat, dans la mesure où les parties l'auront porté devant lui. Le renouvellement, l'appel le favorise également lorsqu'il libère les parties de certaines contraintes et les autorise à soumettre aux juges du second degré des points de droit se rattachant au litige mais n'ayant pas été soumis au premier degré de juridiction.

434. L'instance d'appel se présente depuis toujours comme un lieu de répétition de la première étape du procès, celle qui a déjà vidé le litige. À ce titre, elle s'intègre dans le procès sans pour autant se confondre ni avec lui ni avec le litige qu'elle tranche une nouvelle fois. Sa nature juridique et sa distinction par rapport au procès et au litige ont soulevé de longs débats en doctrine et semblent avoir trouvé une clarification jurisprudentielle ne laissant plus subsister d'équivoque. Comme instance au second degré, elle suppose qu'une instance au premier degré se soit déroulée. Cette dernière doit toutefois être susceptible d'appel, ce qui n'est pas le cas lorsque la loi ou la volonté des parties ont fermé toute voie de recours. En effet, la première instance doit avoir trouvé sa conclusion dans un jugement au fond, ce qui exclut certaines décisions dépourvues de caractère juridictionnel parce qu'elles concourent à la solution du litige sans la fournir immédiatement. Une fois ces conditions remplies, le passage de la juridiction de première degré à la cour d'appel apparaît possible.

Étape du procès parmi d'autres, l'instance d'appel est régie par les conditions qui gouvernent l'action en justice. À y regarder de plus près, elle leur obéit avec une spécificité qui permet certes d'intégrer le fonctionnement de la voie de recours à la théorie générale de l'action en justice mais elle appelle quelques précisions quant aux modalités de respect des critères processuels. Ainsi, l'intérêt pour interjeter appel ne se limite pas à celui d'obtenir du juge une décision favorable, seul nécessaire en première instance : il se complète par l'intérêt à faire réformer le jugement et suppose donc la succombance. Preuve de cette nécessaire distinction, l'abus du droit d'appel, intimement lié à l'intérêt, ne se confond pas avec l'abus du droit d'agir en justice. La qualité, quant à elle, ne subsiste pas tant dans l'aptitude à être destinataire de la règle de droit invoquée que dans la participation en tant que partie à la première instance. Dès lors, le titre juridique invoqué au premier degré peut évoluer en appel, restant sauve la qualité de partie au procès. L'étude de l'appel du ministère public dans le procès civil permet de mettre en évidence ces constatations.

435. Comme toute autre institution juridique, l'instance d'appel produit des effets de droit. L'effet suspensif est le garant de la répétition du procès, car il introduit un temps de répit entre les deux instances. Ses conséquences sur l'efficacité du jugement ont parfois été mal comprises : il empêche son exécution mais ne porte pas atteinte à l'autorité de la chose jugée que la loi lui attache. Sa confirmation par l'arrêt d'appel est rétroactive, solution peu réaliste et source de désordres dans certains domaines, tels que l'astreinte et les intérêts moratoires, dont les règles ont d'ailleurs été adaptées. L'effet suspensif a un temps été menacé en raison d'un trop grand nombre d'appels dilatoires, vrais ou supposés, mais ce projet a été délaissé. Il peut toutefois être neutralisé par le recours à l'exécution provisoire ordonnée par le premier juge. Cette décision est susceptible d'être arrêtée par le premier président de la cour d'appel, mais les modalités de la suspension ont été quelquefois discutées en fonction de l'angle de vue adopté pour ce contrôle : caractère sérieux de l'appel, conséquences manifestement excessives, méconnaissance de grands principes directeurs du procès... Lorsque l'exécution provisoire suit son cours, elle expose aussi bien le créancier, qui la reçoit à ses risques et périls, que le débiteur qui s'expose à la radiation de son appel en cas d'abstention.

L'effet dévolutif se présente comme un assouplissement de la répétition du procès. Le litige n'est pas « dupliqué » devant la cour mais plutôt transféré, dans les limites tracées par les parties. L'appel principal de l'appelant, l'appel incident de l'intimé et l'appel provoqué des autres parties déterminent le cadre litigieux qui sera reproduit devant la cour. Cet effet dévolutif peut être élargi par des tiers au moyen du mécanisme de l'intervention, qu'elle soit volontaire ou forcée, et même

par le juge qui peut ordonner la mise en cause de personnes étrangères à l'instance ou, plus directement, évoquer l'affaire en aspirant tout le contentieux devant la cour. Ces aspects de l'effet dévolutif correspondent paradoxalement à de sérieuses atteintes au double degré de juridiction et doivent à ce titre faire l'objet d'un encadrement rigoureux.

436. L'instance d'appel s'est présentée plus récemment comme un lieu de renouvellement du procès. Ce renouvellement, résultant initialement de l'action des parties, a fini par être saisi par le droit qui a cherché à l'encadrer pour éviter tout excès. Aussi n'est-il pas possible de présenter en appel une nouvelle prétention, notion devant être distinguée de celle de demande, bien que le langage juridique courant utilise indistinctement ces deux termes. Cette règle trouvait jadis une justification dans le principe de l'immutabilité du litige, aujourd'hui abandonné pour son contraire : il est désormais évident que le litige évolue toujours, même si cette évolution ne saurait être anarchique. Les demandes nouvelles restent donc prohibées en appel, et le régime procédural de leur irrecevabilité a d'ailleurs été durci par les textes récents et leur interprétation jurisprudentielle. Les demandes ne sont toutefois pas réputées nouvelles lorsqu'elles tendent aux mêmes fins que celles formulées en première instance. Ce critère n'ayant aucune connotation juridique, il est difficile de savoir véritablement à quoi il correspond, d'où un certain empirisme. La doctrine s'est efforcée de donner quelques indications et a pu conclure qu'il était possible d'invoquer, au fur et à mesure du procès, diverses règles de droit aboutissant à des conséquences matérielles voisines.

L'invocation diversifiée des règles de droit a néanmoins été contrôlée par la Cour de cassation, notamment lorsque la législation interne ou européenne ouvre aux plaideurs un éventail d'actions à l'appui de leurs revendications. Tel est le cas de l'option matérielle, qui signifie que plusieurs textes se trouvent applicables à une situation de fait, sans concertation législative préalable. Nous avons étudié l'exemple de la rescision pour lésion et de la nullité, dont les effets sont très semblables, alors que leurs présupposés sont plus éloignés. Cela nous a permis d'observer que l'identité des fins est parfois en réalité une simple ressemblance des fins, et que le fondement factuel servant d'assise à la règle de droit peut être plus ou moins négligé. Il a fallu également envisager l'option formelle, éventail d'actions ouvertes aux parties à l'issue d'une délibération législative, comme l'exécution forcée et la résolution en droit des contrats, ou les actions édiliciennes en droit de la consommation. Quelquefois, la jurisprudence interdit au plaideur de refermer en appel l'éventail qu'il avait ouvert en première instance. L'instance d'appel n'est pourtant pas seulement le lieu du renouvellement du procès mais de son objet lui-même, qui peut subir des élargissements, des évolutions, voire un changement complet, par exemple lorsque l'action en recherche de paternité et l'action à fins de subsides se remplacent successivement.

437. Ce renouvellement, saisi par le droit, a été organisé au moyen d'un outillage juridique diversifié. Une législation relativement ancienne a desserré le carcan qui entourait la demande formée en appel, en en admettant le changement de cause et en autorisant la formulation de moyens nouveaux. Cette souplesse doit pourtant être appariée à l'obligation de concentration des moyens qui, depuis une décennie, verrouille la réitération des procès au premier degré. Le rassemblement d'arguments juridiques parfois disparates retrouve une cohérence relative dans la technique de la subsidiarité. Certains contentieux plus spécialisés ont connu des mécanismes dont on s'est demandé s'il n'aurait pas été utile de les étendre à l'ensemble du contentieux contractuel, voire civil. Le plus célèbre d'entre eux est l'unicité de l'instance, innovation de la procédure prud'homale, importée avec un certain succès dans la procédure de divorce.

Plusieurs courants doctrinaux ont proposé d'autres systèmes de régulation permettant de favoriser le renouvellement de la demande en appel tout en la disciplinant. Les idées avancées par ces auteurs méritaient d'être développées. En premier lieu, il suffirait, dans une démarche juridique romanisante, d'exiger en appel une identité de question litigieuse. La cour d'appel pourrait connaître de tous les points litigieux opposant les mêmes parties sur le même désaccord. Cette notion serait plus praticable que celle de triple identité composant la chose jugée, héritée de l'ancien droit mais aujourd'hui obsolète. En second lieu, le législateur pourrait organiser des catégories d'actions fondamentales, au sein desquelles la demande pourrait se mouvoir dans une liberté absolue à tous les étages du procès au fond, sans aucune autre contrainte que celle de demeurer dans la catégorie globale ouverte par la loi.

438. Les vicissitudes de la voie d'appel ont constamment posé la question des enjeux que présente cette voie de recours. Ses conceptions traditionnelles ont toujours suscité l'intérêt des acteurs de l'institution judiciaire, mais d'autres propositions récentes ont aussi été formulées dans un souci de politique judiciaire efficace et à moindre coût. Les débats inspirés par une telle attitude ont été émaillés de sophismes regrettables. En tout état de cause, il convenait de ne jamais perdre de vue que l'appel s'intègre à la chaîne des instances du procès civil. Nous l'avons beaucoup confronté à la première instance mais nous avons également examiné cet autre appel qu'est l'instance sur renvoi après cassation. Apothéose du procès, l'instance de cassation, pour sa part, a considérablement changé de visage depuis quelques années, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme et de son fameux principe de proportionnalité, aux effets ravageurs. Ce changement n'est pas sans conséquences sur l'instance d'appel, entre autres...

439. Un juste milieu doit être trouvé entre les deux conceptions de la voie d'appel. Un appel entendu comme une voie stricte de réformation serait source de déni de justice, car une telle configuration assortie au principe de concentration des moyens laisserait dans une zone de non-droit des situations conflictuelles, ce qui n'est dans l'intérêt de personne. Mais un appel ouvert comme une voie totale d'achèvement ne rendrait pas non plus service aux parties, puisqu'il reviendrait à amoindrir considérablement l'utilité de la première instance et à la dévaloriser. Les deux conceptions présentent des dangers si elles sont unilatéralement accentuées. Néanmoins, chacune conserve son utilité. Ainsi, bannir la voie d'achèvement reviendrait à transformer l'appel en un succédané de pourvoi en cassation, et renoncer à la voie de réformation conduirait à faire de l'appel un premier degré de juridiction. Il n'est ni ne doit devenir l'un ou l'autre.

Au terme de ces développements, il faut ajouter une considération d'ordre sociologique. En faveur ou en défaveur du double degré de juridiction, toutes les raisons peuvent être avancées. À l'appui d'une conception de l'appel ou d'une autre, tous les arguments peuvent être trouvés. Néanmoins, la cour d'appel fait partie intégrante du paysage juridique français. La possibilité de cette voie de recours est profondément ancrée dans la mentalité des citoyens, qui sont aussi d'éventuels justiciables. Quant à l'aspect que l'on veut donner à la voie d'appel, il devrait surtout prendre en compte l'intérêt qu'il y a à mettre fin aux contestations. Cette solution n'est pas la plus économique, car il est plus rentable d'évacuer les rôles par le moyen de fins de non-recevoir, que de trancher les litiges en vertu des règles de droit appropriées. À long terme, cette option se révèle pourtant être la meilleure : un bon procès est toujours facteur de paix sociale.

440. Il ressort de cette étude que la physionomie de l'instance d'appel ne naît pas *ex nihilo*. Elle est toujours le produit de volontés humaines : parties au procès, pratique judiciaire, législation et jurisprudence... Aussi n'est-il pas suffisant de dire ce qu'est ou devrait être l'appel : encore faut-il le décider, et s'y tenir, en lui conférant des traits fermes et sans ambiguïté. Nous soutenons donc que l'appel a longtemps été perçu comme une simple voie de réformation pour devenir, au cours du siècle dernier une voie d'achèvement, et que cette dernière conception ayant paru trop coûteuse, on veut actuellement la restreindre et revenir en arrière.

Nous proposons que l'instance d'appel conserve ces deux finalités et qu'elle parvienne à les équilibrer. Pour ce faire, plusieurs réformes devraient être engagées. L'exigence d'une identité de parties et d'objet est nécessaire mais suffisante. Il faudrait donc retirer de l'article 1355 du Code civil la référence à la cause de la demande et, éventuellement, consacrer textuellement la notion de question litigieuse. Plusieurs actions pourraient être regroupées dans des catégories légales d'actions fondamentales, avec la possibilité de passer de l'une à l'autre devant la cour d'appel ou

devant la cour de renvoi. Les demandes nouvelles doivent continuer à être prohibées, sauf volonté expresse des parties sur ce point, l'irrecevabilité pouvant être couverte par la défense au fond, comme cela était le cas naguère. La latitude de renouvellement concédée aux parties à l'instance d'appel serait une juste contrepartie à la contrainte résultant de la concentration des moyens en première instance qui, elle, doit être maintenue afin d'éviter des procès à répétition pour réclamer le même avantage sur un fondement juridique omis auparavant.

441. Il est nécessaire, pour finir, de cesser d'opposer la bonne justice à la bonne administration de la justice : une justice bien administrée est toujours bonne, une justice expéditive n'est jamais bien administrée. La revalorisation du double degré de juridiction exigerait évidemment un effort financier considérable. Y consentir en vaut la peine : en plus d'être un des piliers de la démocratie, une Justice de qualité est toujours un facteur d'apaisement social.

Répéter et renouveler le procès, telles sont donc les fonctions de la voie d'appel ; mais surtout, achever ce même procès et, plus largement, mettre fin au litige. Malheureux qui commence un procès, heureux qui le termine... *Melior est finis quam principium.*

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux

- C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, Paris, Esmein, 1958, t. 12, *Preuve, chose jugée, prescription*
- E. Bataille, *La procédure prud'homale. Guide pratique*, 3^{ème} éd., Sofiac, 2017.
- H. Batiffol, *Droit international privé*, 3^{ème} éd., Persée.
- G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil*, éd. Recueil J.-B. Sirey et Journal du Palais, 3^{ème} éd., 1907, t. 2, *Des obligations*
- J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2012
- J. Berrat-Saint-Prix, *Cours de procédure civile*, 4^{ème} éd., 1821
- J. Binder, *Prozeß und Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*, Leipzig, 1927
- E. Blanc, *Procédure prud'homale : commentaire du décret du 12 septembre 1974*, Paris, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1975
- J.-E. Boitard et G.-F. Colmet-Dâage, *Leçons de procédure civile*, 13^{ème} éd., Paris, 1879.
- H. Bonfils, *Traité élémentaire d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure en matière civile et commerciale*, Paris, 1885
- J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 5^{ème} éd., Dalloz action, 2015.
- G. Brulliard, *Procédure civile*, PUF, 1944
- L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 9^{ème} éd., Lexis Nexis, 2016
- H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13^{ème} éd., Dalloz, 2015, t. 1, *Introduction Personnes - Famille - Biens - Régimes matrimoniaux - Successions*
- H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13^{ème} éd., Dalloz, 2015, t. 2, *Obligations, contrats spéciaux, sûretés*
- J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction.*, 25^{ème} éd., PUF, 1997
- J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 2, *La famille*, PUF, 2003
- J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 2000
- J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, 3^{ème} éd., PUF, 1978
- F. Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova Cedam, 1936-69, t. 1
- G.-L.-J. Carré et A. Chauveau, *Lois de la procédure civile et commerciale*, Paris, 1880

- P. Catala et F. Terré, *Procédure civile et voies d'exécution*, 4^{ème} éd., PUF, 1976
- R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13^{ème} éd., Montchrestien
- G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Naples, éd. Jovene, vol. II
- G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, 3^{ème} éd., Thémis, 1996
- G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd., PUF, 2016
- G. Couchez et X. Lagarde, *Procédure civile*, 17^{ème} éd., Paris, Sirey, 2014
- P. Cuche et J. Vincent, *Précis de procédure civile*, 11^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1958
- P. Cuche et J. Vincent, *Précis de procédure civile et commerciale*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1960
- P. Cuche et J. Vincent, *Précis de procédure civile*, 13^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1963-1966
- C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Paris, 1869, t. 2
- M. Donnier et J.-B. Donnier, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 8^{ème} éd., Litec
- N. Doukoff, *Die zivilrechtliche Berufung*, 4^{ème} éd., Munich, Beck, 2010
- P. Estoup, *Pratique de la juridiction prud'homale*, Litec, 1991
- M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 4^{ème} éd., Thémis droit, PUF, 2016
- T. Garé, *Droit pénal spécial*, 2^{ème} éd., Larcier, 2013, t. 1, *Personnes et biens*
- E. Garsonnet et C. Cézard-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale en justice de paix et devant les conseils de prud'hommes*, 3^{ème} éd., Paris, Sirey, 1912, t. 2, *Procédure en première instance*
- Garsonnet et C. Cézard-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale en justice de paix et devant les conseils de prud'hommes*, 3^{ème} éd., Paris, Sirey, 1915, t. 6, *Voies de recours ordinaires et extraordinaires contre les jugements*
- J. Gaudemet et E. Chevreau, *Les institutions de l'Antiquité*, 8^{ème} éd., LGDJ, 2014
- J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1994
- E.-D. Glasson et G.-F. Colmet-Dâage, *Précis théorique et pratique de procédure*, Pichon et Durand-Auzias, 1908, t. 2, p. 34
- E.-D. Glasson et A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et procédure civile*, 3^{ème} éd., Sirey, 1925., t. 1, n° 590
- E.-D. Glasson, A. Tissier et R. Morel, *Traité de procédure civile*, 3^{ème} éd., Sirey, 1936
- J. Guasp Delgado, *Derecho procesal civil*, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1956
- S. Guinchard et T. Moussa (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile. Droits interne et de l'Union européenne*, 8^{ème} éd., Dalloz action, 2014
- S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*,

- 33^{ème} éd., Précis Dalloz, 2016
- J. Hauser et D. Huet-Weiller, *Traité de droit civil. La famille. Fondation et vie de famille : mariage, concubinage, filiation, autorité parentale*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1993, p. 467 et s., spéc. n° 704
- P.-P.-N. Henrion de Pansey, *Traité des biens communaux et de la police rurale et forestière*, 3^{ème} éd., Paris, 1833
- J. Héron, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 1991
- J. Héron et T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 6^{ème} éd., LGDJ, 2015
- T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Librairie Cotillon, éd. Pichon, 1894, t. 7, *Contrats et obligations*
- J. Huet, G. Decocq, C. Grimaldi, H. Lécuyer, *Les principaux contrats spéciaux*, in *Traité de droit civil*, (dir.) J. Ghestin, LGDJ, 1996, p. 320, n° 11371
- R. Japiot, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 2^{ème} éd., Paris, 1929
- J. Larguier, Ph. Conte et C. Blanchard, *Droit judiciaire privé*, 20^{ème} éd., Mementos, Dalloz, 2010
- F. Laurent, *Principes de droit civil français*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Paris, 1878, t. 17
- J-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^{ème} éd., précis Dalloz, 2010
- E. T. Liebman, *Lezioni di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1951
- J.-G. Locré de Roissy, *Législation civile, commerciale et criminelle*, Bruxelles, 1837, t. 9
- Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, 9^{ème} éd., LGDJ, 2017
- D. Marshall, *Les juridictions du XXI^{ème} siècle, un citoyen acteur, une équipe de justice*, Doc. fr., 2013
- R. Martin, *Théorie générale du procès : droit processuel*, Éd. jud. et tech., 1984
- H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Traité théorique et pratique de responsabilité civile*, 6^{ème} éd., Montchrestien, 1978, t. 3
- R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^{ème} éd., Paris, Sirey, 1949
- H. Motulsky, *Droit processuel*, Montchrestien, 1973
- F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, 10^{ème} éd., LGDJ, 2014
- R. Perrot, *Institutions judiciaires*, 15^{ème} éd., Montchrestien, 2012
- R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, Bruxelles, 1831, t. 2
- T.-A. Quemner et H. Neumann, *Dictionnaire juridique allemand-français*, Paris, 1960, Éditions de Navarre
- C. Renault-Brahinsky, *L'essentiel de la réforme du droit des obligations*, LGDJ, 2016
- A. Rodière, *Cours de compétence et de procédure en matière civile*, 4^{ème} éd., Paris, 1875
- H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., Litec, 1999

- I. Sanger, *Zivilprozeordnung*, 4^{eme} d., Nomos, 2011
- C. F. von Savigny, *Traité de droit romain*, Firmin Didot, 1855, t. 1
- H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 1, *Introduction, notions fondamentales (action en justice, formes et délais, acte juridictionnel), organisation judiciaire*, Paris, Sirey, 1961
- H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 2, *La compétence*, Paris, Sirey, 1973
- H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 3, *Procédure de première instance*, Paris, Sirey, 1991
- A. Supiot, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 1987, t. 9, *Les juridictions du travail*
- G. Tarzia, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Giuffrè, 1991
- F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11^{eme} d., Précis Dalloz, 2013
- B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil. Les obligations. Vol. 2, Contrat*, 6^{eme} d., Litec, 1998, p. 377, né 1069
- J. Villebrun et G.-P. Quetant, *Traité de la juridiction prud’homale*, 3^{eme} d., LGDJ, 1998
- Dictionnaire du notariat*, 3^{eme} d., Paris, 1832, t. 6
- Code de procédure civile commenté*, Lamy

II. Ouvrages spéciaux

- A. Bénabent, *La réforme du divorce article par article*, Defrénois, 2005
- M. Bouvier, *Quelle indépendance financière pour l’autorité judiciaire ?*, Rapport au Premier président de la Cour de cassation et au Procureur général près cette cour, juillet 2007
- C. Colombet, J. Foyer, D. Huet-Weiller et C. Labrusse-Riou, *La filiation légitime et naturelle : tude de la loi du 3 janvier 1972 et de son interprétation*, Paris, Dalloz, 1977
- Conseil de l’Europe et Cour européenne des droits de l’homme, *Guide sur l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme – Droit à un procès équitable (volet civil)*, 30 avril 2013
- Conseil d’Etat, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Doc. fr., 2006
- J.-M. Coulon, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Doc. fr., 1997
- Cour de cassation, *Charte de la procédure. Guide à l’usage du justiciable*, document consulté sur le site internet de la Cour de cassation
- Cour suprême des tats-Unis d’Amérique, *Rule of the Supreme Court of United States*, 19-IV-2013
- E. Dumont, *De l’organisation judiciaire et de la codification, extraits de divers ouvrages de Jérémie Bentham*, Paris, Bossange, 1828

- L. Dumoulin et C. Licoppe, « Justice et visioconférence : les audiences à distance. Genèse et institutionnalisation d'une innovation », Rapport final : Mission droit et justice, janvier 2009
- M. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui. Fictions et réalité*, Fayard, 2013
- L. Fontaine, *Qu'est-ce qu'un « grand » juriste ? : essai sur les juristes et la pensée juridique contemporaine*, Lextenso, 2012
- J. Foyer et C. Puigelier (dir.), *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Economica, 2006
- P. Fouracre, *Frankish history: Studies in the Construction of Power*, Burlington, Farnham, 2013
- J.-L. Gallet, *La procédure civile devant la cour d'appel*, 2^{ème} éd., Litec professionnels, 2010
- F.-L. Ganshof, *The Carolingians and the Frankish Monarchy*, Londres, éd. et trad. J. Sondheimer, 1971
- Ph. Gerbay et N. Gerbay, *Guide du procès civil en appel*, 3^{ème} éd., Lexis Nexis, 2016
- W. J. Habscheid, *Introduction à la procédure judiciaire. Les systèmes de procédure civile*, Faculté internationale pour l'enseignement du droit comparé, Strasbourg, 1968
- J. Hilaire, *La construction de l'Etat de droit dans les archives judiciaires de la Cour de France au XIII^{ème} siècle*, Paris, Dalloz, 2011
- Institut des hautes études sur la justice, *La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXI^{ème} siècle*, rapport de la mission de réflexion confiée par Madame Christiane Taubira, Garde des Sceaux, à l'I.H.E.J., sur l'évolution de l'office du juge et son périmètre d'intervention, 31 mai 2013
- L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1939
- B. Kornprobst, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, Paris, LGDJ, 1959
- J. Le Goff, *Saint Louis*, Paris, Gallimard, 1996
- C. Loyseau, *Discours de l'abus des justices de village*, in *Les œuvres de Maître Charles Loyseau, avocat en Parlement*, Lyon, 1701
- A. Loysel, *Institutes coutumières*, Paris, 1846
- J.-C. Magendie, *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*, Doc. fr., 2008
- J.-C. Magendie, *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, Doc. fr., 2004
- H. Motulsky, *Écrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010
- M. Nicod et L. Grynbaum (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004
- J. Normand, *Le juge et le litige*, LGDJ, Paris, 1965
- R. Pautrat et R. Le Roux-Cocheril, *Les conseils de prud'hommes*, Sirey, 1984
- L. Pécaut-Rivolier, *Rapport sur les luttes contre les discriminations au travail : un défi collectif*, ministère du travail, ministère de la justice, ministère des droits des femmes, Doc. fr., 2013
- G. Renard, *La théorie de l'institution, essai d'ontologie juridique*, Sirey, 1930

- G. Renard, *La philosophie de l'institution*, Sirey, 1939
- T. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, PUAM, Economica, 1984
- P. Roubier, *Le droit transitoire : conflits de lois dans le temps*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1960
- G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, 1961
- J.-A. Sallé, *L'esprit des ordonnances de Louis XIV*, Paris, 1755, t. 1
- C. Salles, *L'Antiquité romaine des origines à la chute de l'Empire*, Paris, Larousse, 1993
- L. Soula (dir.), *Les cours d'appel, origines, histoire et enjeux contemporains*, PUR, 2016
- H. Vizioz, *Études de procédure*, Dalloz, 2011
- M. Zavaro, *La réforme de la procédure civile devant la cour d'appel*, Edilaix, 2011

III. Thèses

- Y. Abou-Zeid, *Les parties à l'instance d'appel en matière civile*, thèse Rennes, 1980
- M. Alter, *L'obligation de délivrance de la vente de meubles corporels*, thèse Paris, LGDJ, 1972
- G. Ameilhaud, *L'effet dévolutif de l'appel en matière civile*, thèse Toulouse, 1942
- S. Amrani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, thèse Paris 1, 2000, Dalloz, 2002
- J. Beauchard, *Le renouvellement en appel de la matière litigieuse dans le procès civil*, thèse Poitiers, 1979
- D. Boulmier, *Preuve et instance prud'homale : à la recherche d'un procès équitable*, thèse Orléans, 2000, Paris, LGDJ, 2002
- M.-E. Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, thèse Paris II, 2002, Dalloz, 2003
- C. Bouty, *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé*, thèse Aix-Marseille, 2015
- P. Boyreau, *De la prohibition des demandes nouvelles en appel*, thèse Bordeaux, 1945
- Y. Desdevises, *Le contrôle de l'intérêt légitime. Essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action*, thèse Nantes, 1973
- A. Desqueyrat, *L'institution, le droit objectif et la technique positive*, thèse Paris, 1933
- P.-J.-M. Fournier, *Essai sur l'histoire du droit d'appel en droit romain et en droit français*, thèse Paris, Aubert, 1881
- J. Foyer, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile ; essai d'une définition*, thèse Paris, 1954
- M.-A. Frison-Roche, *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse Paris, 1988, LGDJ
- C. Gavalda-Moulenat, *Le principe du contradictoire en procédure pénale*, thèse Montpellier, 2005
- R. Gassin, *La qualité pour agir en justice*, thèse Aix-en-Provence, 1955

- J.-P. Gilli, *La cause juridique de la demande en justice : essai de définition*, thèse Paris, 1960, LGDJ, 1962
- E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, thèse Dijon, 1912
- C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, thèse Lille, 1990
- V. Honoré, *De l'appel en droit romain et dans l'ancien droit français et de l'appel en matière civile dans le droit moderne*, thèse Douai, Duramon, 1879
- A. Lalanne, *Théorie de la peine justifiée*, thèse Paris, Jouve, 1922
- C. Lefort, *Théorie générale de la voie d'appel*, thèse Angers, 2000
- A. Marque, *Le principe de concentration et le procès civil*, thèse Toulouse, 2017
- Ph. Malaurie, *L'ordre public et le contrat : étude de droit civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S.*, Paris, 1953
- J. Miguet, *Immutabilité et évolution du litige*, thèse Toulouse, 1977, LGDJ
- L. Miniato, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, thèse Toulouse, 2003, LGDJ, 2008
- H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, thèse Lyon, 1948, Dalloz 2002,
- M.-A.-K. Omar, *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*, thèse Paris, 1965, LGDJ, 1967
- V. Orif, *La règle de l'unicité de l'instance*, thèse Paris, 2010, LGDJ, 2012
- M.-E. Pancrazi-Tian, *La protection judiciaire du lien contractuel*, thèse Aix-Marseille, 1996
- C. Rigalle, « La résolution partielle de contrat », thèse Lille, 2001
- M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, thèse Toulouse, LGDJ, 1974
- L.-M. Schmit, *Les définitions en droit privé*, thèse Toulouse, 2015, LGDJ, 2017
- B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, 1947
- A. Tissier, *Le rôle du juge dans la procédure allemande*, thèse Paris, 1948
- J.-Ph. Tricoire, *Les concours d'actions en matière immobilière : option ou cumul entre les actions concurrentes*, thèse Aix-Marseille, LGDJ, 2009
- L. Weiller, *La liberté procédurale du contractant*, thèse Aix-Marseille, 2003

IV. Articles

- L. Amiel-Cosme, « L'efficience des nullités », *Dr. et patr.* 2000, p. 83
- S. Amrani-Mekki, « La règle de l'unicité de l'instance », *in Procès du travail, travail du procès*, (dir.) M. Keller, Paris, LGDJ, 2008, p. 359

- S. Amrani-Mekki, « Efficacité et nouvelles technologies », Procédures 2010, dossier 5
- S. Amrani-Mekki, « Présentation générale » in *La réforme de la procédure d'appel et autres questions d'actualité procédurale en matière civile*, actes du colloque organisé le 10 décembre 2010 par la Cour de cassation et le Département de recherche sur la justice et le procès, IRJS, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, (dir.) L. Cadiet et D. Loriferne, p. 23
- S. Amrani-Mekki, « Les métamorphoses de l'appel. Le décret Magendie, un espoir déçu ? », *Gaz. Pal.* 31 juillet 2014, n° 212, p. 30
- M.-E. Ancel, « Les reconventions nouvelles en appel : une recevabilité à restreindre », *D.* 2000, p. 559
- J. Andriantsimbazovina, « Bien lus, bien compris, mais est-ce bien raisonnable ? », *D.* 2004, p. 866
- C.-L. Appleton, *Sirey* 1886, II, 137
- P. Appleton, *DP* 1938, I, 49
- I. Ardeeff, « Plaidoyer pour le maintien de l'action à fins de subsides », *AJ Fam.* 2012, p. 39
- C. Atias, « L'action en justice du prétendu représentant d'une personne morale (qualité civile et qualité procédurale) », *D.* 2003, p. 1582
- C. Atias, « Une enquête nécessaire : les "arrêts" de non-admission du pourvoi en cassation », *D.* 2010, p. 1374
- J. Audinet, « Une embûche de la procédure prud'homale : l'interdiction des demandes nouvelles », in *Études de droit du travail offertes à André Brun*, Lyon, Bosc frères, 1974, p. 23
- P.-L. Baganina, « Immutabilité du litige et recevabilité des demandes nouvelles en appel », *Gaz. Pal.* 27-29 janvier 2008, p. 2
- P. Bailly, « Vertus et périls de l'unicité de l'instance prud'homale », *RJS* 2005, p. 327
- A. Balsan, « L'appel prud'homal et la notion de "chef de demande" », *Gaz. Pal.* 1997, I, p. 797
- M. Bandrac, « L'action en justice, droit fondamental », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger R. Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 1
- O. Barret, « L'appel-nullité dans le droit commun de la procédure civile », *RTD civ.* 1990, p. 199
- P. Bellet, « Grandeur et servitudes de la Cour de cassation », *RIDC* 1980, vol. 32, n° 2, pp. 293-301
- A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p. 137
- M. Bencimon, O. Bernabé, P. Hardouin, P. Naboudet-Vogel et O. Passera, « Autorité de la chose jugée et immutabilité du litige », *Justices* 1997, n° 5, p. 157
- J.-L. Bergel, « Différence de nature égale différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255
- M.-C. Bergerès, « L'appel incident de l'administration fiscale », *LPA*, 13 janvier 2004, p. 8
- O. Bernabé, « Le nouvel article 526 du NCPC : un piège pour l'intimé », *Gaz. Pal.* 2007, p. 6, n° 165

- O. Bernabé, « Article 526 du CPC : pour l'intimé, le piège se transforme en guet-apens », *Gaz. Pal.* 2014, p. 8, n° 319
- A. Biscardi, « Esquisse d'une histoire critique de la "litis contestatio" », *RHDFE* 1955, vol. 32, p. 1
- E. Blanc, « Les principes généraux de la nouvelle procédure civile », *JCP G*, 1973, I, 2559
- C. Bléry, « Qu'est-ce que l'autorité de la chose jugée ? Une question d'école ? », *Procédures* 2007, étude 11
- C. Bléry et L. Raschel, « Rapport Magendie : propositions pour un nouvel office des parties et du juge », *Procédures* 2008, n° 8-9, p. 2
- C. Bléry, « Des effets dévastateurs du principe de concentration », *Procédures* 2010, alerte 1
- Ph. Blondel, « Les offices croisés du justiciables, de son ou de ses conseils, du technicien ou de tout autre intervenant à l'œuvre de justice et du juge pour une première instance revisitée et dominée par un principe de complétude ou Le décryptage d'un songe procédural », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, (dir.) J. Foyer et C. Puigelier, *Economica*, 2006, p. 159
- P.-D. de Boisvilliers, « La règle de l'interdiction d'aggraver le sort du prévenu », *RSC* 1993, p. 694
- P.-D. de Boisvilliers, « La règle de l'interdiction d'aggraver le sort de la partie civile et de la partie civilement responsable » *RSC* 1994, p. 237
- G. Bolard, *JCP* 1992, II, 21905
- G. Bolard, « La qualification de l'objet de la demande, le devoir du juge de requalifier les faits », *JCP G* 1997, II, 22944
- G. Bolard, « L'arbitraire du juge », in *Le juge entre deux millénaires : mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2000
- G. Bolard, « Qualité ou intérêt pour agir ? », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard : Justice et procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, (dir.) J.-M. Coulon, Dalloz, 2010, p. 597
- G. Bolard et F. Motulsky, « Témoignages », *Procédures* 2012, n° 3, dossier 2
- G. Bolard, « La matière du procès et le principe dispositif », in *Droit et pratique de la procédure civile. Droits interne et de l'Union européenne*, (dir.) S. Guinchard et T. Moussa (dir.), 8^{ème} éd., Dalloz action, 2014, chap. 221
- L. Boré, « Restitutions et responsabilités après l'anéantissement d'une décision de justice exécutoire », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard : Justice et procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, (dir.) J.-M. Coulon, Dalloz, 2010, p. 607
- M. Bourgeois, « La prohibition des demandes nouvelles en cause d'appel : l'article 565 du nouveau C. proc. civ. et la notion d'identité de fin des demandes », *Quot. Jur.*, 3 juillet 1984, p. 2
- C. Brenner, « Les conceptions actuelles de l'autorité de la chose jugée en matière civile au regard de

- la jurisprudence », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, (dir.) J. Foyer et C. Puigelier, Economica, 2006, p. 221
- C. Brenner, « Les décisions dépourvues d'autorité de chose jugée », *Procédures* 2007, étude 13
- J. Buffet, « La nouvelle procédure prud'homale », *Dr. soc.* 1975, p. 251
- J.-F. Burgelin, « La paille et la poutre », *D.* 2004, p. 1249
- F. Bussy, « La notion de partie à l'instance en procédure civile », *D.* 2003, p. 1376
- L. Cadiet et Ph. Le Tourneau, *Rép. Dalloz dr. civ.*, « Abus de droit »
- L. Cadiet, « Feu l'exécution immédiate des jugements ? Regrets de la France du milieu », *JCP* 2002, act. 346
- L. Cadiet, « Droit judiciaire privé » (chron. jurispr.), *JCP G* 2007, I, 200
- L. Cadiet, « La sanction et le procès civil », in *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*, LGDJ, 2008, p. 125, spéc. p. 132
- G. Canivet, « Économie de la justice et procès équitable », *JCP* 2001, I, 361
- G. Canivet, « La procédure d'admission des pourvois en cassation, bilan d'un semestre d'application de l'article L. 131-6 du Code de l'organisation judiciaire », *D.* 2002, p. 2195
- G. Canivet, « De l'intelligence en procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, (dir.) J. Foyer et C. Puigelier, Economica, 2006, p. XIV
- J. Carbonnier, *RTD civ.* 1952, p. 235
- J. Carbonnier, *RTD civ.* 1961, p. 332
- N. Caryol, « Ne pas confondre caractère exécutoire et force exécutoire d'un jugement », *RTD civ.* 2016, p. 933
- R. Cassin, « Réflexions sur la résolution judiciaire du contrat pour inexécution », *RTD civ.* 1945, p. 159
- C. Castronovo, « La risoluzione del contratto nel Diritto Italiano », in *Il contratto inadempito, realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo*, (dir.) L. Vacca, Giappichelli-Torino, 1999
- M.-C. Catala de Roton, « L'action à fins de subsides et la pratique des tribunaux », *RTD civ.* 1990, p. 1
- J. Cédras, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003
- J. Cédras, avis sous Cass. plén., 11 mars 2005, n° 03-20.484, BICC n° 620 du 1^{er} juin 2005
- C. Chabas, « Résolution – résiliation », *Rép. Dalloz proc. civ.*
- C. Chainais et G. Tapie, « La radiation du rôle pour inexécution de la décision frappée d'appel : précautions d'emploi », *D.* 2008, p. 2780
- F. Chénéde, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796

- J. Chevassus, « La concentration des demandes en matière prud'homale », RTD civ. 1973, p. 259
- T. Clay, JCP 2006, I, 183, n° 15
- L. Cluzel-Métayer, « L'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris, un "hôpital-entreprise" ? », RDSS 2016, p. 1061
- V. Cottin, « La Cour de cassation se dote d'une procédure d'admission des pourvois en cassation », D. 2002, chron., p. 748
- J.-M. Coulon, « Quelques remarques sur le projet de décret de procédure civile », LPA, 24 juin 2002, n° 4
- J.-M. Coulon, « Restaurer l'autorité du juge de première instance », in *Mélanges en l'honneur de Jean Buffet : la procédure en tous ses états*, Petites affiches, 2004, p. 171
- J.-M. Coulon, « Du rapport Coulon au rapport Magendie », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, (dir.) J. Foyer et C. Puigelier, Economica, 2006, p. 87
- L. Courteaud, « Aperçus sur "le fait judiciaire de l'appel" », in *La voie d'appel*, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 33
- E. Couture, « Le procès comme institution », RIDC, vol. 2, n° 2, avril-juin 1950, pp. 276- 281
- P. Couvrat, « La réforme de la procédure prud'homale », D. 1975, chron., p. 69
- H. Croze, « L'exécution provisoire, bilan et perspectives. L'arrêt et l'aménagement de l'exécution provisoire. », BICC, hors série, *Rencontre Université-Cour de cassation – « La procédure civile »*, 14 juin 2002
- H. Croze, « Le progrès technique de la procédure civile », JCP G 2009, I, 108
- H. Croze, « Entre deux eaux : la place de l'instance d'appel en procédure civile », Procédures 2013, n° 10, dossier 2
- H. Croze, « Dernier appel de la République hollandaise : le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile », Procédure 2017, n° 7, étude 23
- S. David, « Divorces contentieux : instance et jugement de divorce » in *Droit et pratique du divorce*, (dir.) P.-J. Claux et S. David, 3^{ème} éd., Dalloz référence, 2015, chap. 138
- M. Degoffe et E. Jeuland, « Les mesures d'administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », in *Justice et droits fondamentaux : études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 141
- G. Deharo, « Respect du contradictoire et expertise : revirement de jurisprudence ou opposition entre les chambres ? », JCP G 2012, p. 160
- B. Delaporte, « L'étendue de la chose jugée au regard de l'objet et de la cause de la demande », BICC, hors série, *Deuxièmes rencontres. Université-Cour de cassation – « La procédure civile »*,

2005

- B. Delaporte, « L'autorité de la chose jugée des jugements civils », BICC n° 676 du 15 février 2008
- I. et C. Delicostopoulos, « L'autorité de la chose jugée et les faits », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard : Justice et procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, (dir.) J.-M. Coulon, Dalloz, 2010, p. 680
- J. Delos, « La théorie de l'institution », *Archives de Philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1931
- Y. Desdevises, « L'abus du droit d'agir en justice avec succès », *D.* 1979, chron., p. 21
- Y. Desdevises, « Dispositions communes à toutes les juridictions et procédure prud'homale : deux illustrations », *Dr. soc.* 1986, p. 140
- Y. Desdevises, « Particularisme de la procédure prud'homale », *Justices*, octobre-décembre 1997, n° 8, p. 29
- O. Deshayes, « L'autorité de la chose jugée », *Procédures* 2012, dossier 10
- J.-M. Despaquis, « Expertise en matière civile », *Jurisclass. Encyclopédie des Huissiers de Justice*
- N. Dissaux, « Littérature et procès », *D.* 2017, p. 65
- C. do Couto e Silva, « Contribution à une histoire des concepts dans le droit civil et la procédure civile (l'actualité de la pensée d'Otto Karlova et d'Oskar Bulow) », in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1985
- M. Domingo, avis sous Cass. mixte, 9 novembre 2007, n° 06-19.508, BICC n° 676 du 15 février 2008
- M. Douchy-Oudot, « Autorité de la chose jugée. – Autorité de la chose jugée au civil sur le civil. », *Juriscl. proc. civ.*, Fasc. 554
- M. Douchy-Oudot, « La loyauté procédurale en matière civile », *Gaz. Pal.* 17 novembre 2009, p. 3
- F. Ehrhard, « L'interdiction de la *reformatio in pejus* », *RSC* 1939, V, p.469, n° 3
- M. Fabre, « La cassation sans renvoi en matière civile », *JCP* 2001, I, 347
- B. Fages, « Où en est-on de l'obligation de cohérence ? », *RTD civ.* 2009, p. 317
- M. Falaise, « La sanction de l'acte irrégulier (distinction entre nullité et inopposabilité) », *LPA* 1997, n° 103, p. 5
- J.-J. Fanet, « Faut-il supprimer l'effet suspensif de l'appel ? », *Gaz. Pal.*, 27 juillet 2002, p. 1201
- F. Ferrand, « Appel », *Rép. Dalloz proc. civ.*
- F. Ferrand, « Les principes ALI-Unidroit de procédure civile transnationale : vers une harmonisation mondiale de la procédure civile ? », *Gaz. Pal.*, 28 mai 2005, n° 148
- F. Ferrand, « La restriction du champ de l'appel : les précieux enseignements du droit allemand », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard : Justice et procès - Du légalisme procédural à*

l'humanisme processuel, (dir.) J.-M. Coulon, Dalloz, 2010, p. 249

- F. Ferrand, « La Cour de cassation dans la loi de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle. À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », JCP 2016, p. 1407
- E. Fischer-Achoura, « Sur les rapports entre le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit – La conformité à la Constitution d'une réforme de l'appel civil », Cah. Cons. const, n° 16, Études et doctrine
- P.-A. Forcadet, « Origines de l'appel judiciaire et naissance de la souveraineté royale au XIII^{ème} siècle », in *Les cours d'appel, origines, histoire et enjeux contemporains*, (dir.) L. Soula, PUR, 2016, p. 33
- T. Fossier, « Phase provisoire », in *Droit et pratique des voies d'exécution*, (dir.) S. Guinchard et T. Moussa, 8^{ème} éd., Dalloz action, 2015, chap. 411
- N. Fricero, « Appel. – Parties à l'instance d'appel. – Appelant. Intimé. », *Juriscl. proc. civ.*, Fasc. 713
- N. Fricero, « Appel. – Parties à l'instance d'appel. – Appel incident. Appel incident provoqué », *Juriscl. proc. civ.*, Fasc. 714
- N. Fricero, « Appel. Effet suspensif du délai d'appel et de l'appel. », *Juriscl. proc. civ.*, Fasc. 716
- N. Fricero, « Déchéance du pourvoi pour inexécution de l'arrêt », D. 2001, p. 1061
- N. Fricero, « Procédure civile. Octobre 2006 – juillet 2007 », D. 2007, p. 2427
- N. Fricero, « Droit d'accès à un tribunal et radiation du rôle de la cour d'appel », Procédures n° 5, mai 2011, comm. 171
- N. Fricero, « La loyauté dans le procès civil », Gaz. Pal. 24 mai 2012, p. 27
- N. Fricero, « Double degré de juridiction : de la “bonne justice” à la “bonne administration de la justice” », Justice et cassation 2013, Rev. des avocats à la C. cass. et au C.E., p. 67
- N. Fricero, « L'appel nouveau est arrivé ! », D. actu. du 12 mai 2017
- M.-A. Frison-Roche, « La justice : instaurer une confiance pragmatique et symbolique », in *Le courage de réformer*, (dir.) C. Bébéar, éd. Odile Jacob, 2002, p. 127.
- H. Fulchiron, « Prescription des actions relatives à la filiation et contrôle de proportionnalité », D. 2016, p. 1980
- Ph. Gallière, « La justice victime de la chasse aux appels dilatoires », Gaz. Pal. du 3 décembre 2005, p. 6, n° 337
- D. Gas, « Autonomie des appels incidents », Gaz. Pal. 1981, doct., p. 325
- J.-L. Gazzaniga, « L'appel des sentences interlocutoires en droit canonique du Décret de Gratien au Concile de Trente », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, 1981, p. 353
- G. Gélineau-Larrivet, « Quelques réflexions sur les conseils de prud'hommes et la procédure

- prud'homale », in *Le juge entre deux millénaires : mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 343
- N. Gerbay, « Vers une nouvelle conception de l'appel en matière civile ? », JCP G, 2013, p. 825, n° 29
- Ph. Gerbay et N. Gerbay, « Cibler les questions sans négliger les débats doctrinaux », *Procédures*, janvier 2012, n° 1, p. 4
- Ph. Gerbay et V. Parenty Baut, « Appel. Jugements susceptibles d'appel », *Juriscl. proc. civ.*, Fasc. 712
- Ph. Gerbay, « Les effets de l'appel voie d'annulation », D. 1993, p. 143
- Ph. Gerbay, « La procédure d'appel et le projet de réforme du divorce (propositions) », *Gaz. Pal.* 6 septembre 2003, n° 249, p. 2
- Ph. Gerbay, « Prestation compensatoire et exécution provisoire (à propos du décret du 29 octobre 2004) », *Gaz. Pal.*, 27 novembre 2004, p. 6, n° 332
- Ph. Gerbay, « L'article 526 du NCPC : premières approches », *Gaz. Pal.* 14 février 2006, p. 3, n° 45 ; *Procédures* 2006, étude 15
- Ph. Gerbay, « La réforme de la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile », *Gaz. Pal.* 10-12 janvier 2010, n° 12, p. 12
- Ph. Gerbay, « Recevabilité de l'appel d'un jugement ayant sursis à statuer pour partie », JCP G 2011, p. 710
- Ph. Gerbay, « La péremption suite à une radiation faute d'exécution », JCP G 2012, p. 193, n° 7
- D. Gibirila, « Endossement », *Rép. Dalloz dr. com.*
- J.-L. Gillet, « Le second degré de juridiction en matière civile sa place et sa portée », *Gaz. Pal.* 1996, p. 996
- M.-J. Gisser-Pierrard, « L'évolution du litige. Bilan de cinq années d'application jurisprudentielle de l'article 555 du nouveau Code de procédure civile », JCP G 1978, I, 2888
- C. Giverdon et P. Avril, « Les interventions en appel », *Gaz. Pal.* 1^{er} mars 1986, p. 121
- C. Giverdon, « Appel. – Effet dévolutif. », *Juriscl. proc. civ.*, Fasc. 718
- C. Giverdon, « La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice », D. 1952, chron., p. 85
- C. Gonon, « Le rapprochement de l'action à fins de subsides et de l'action en recherche de paternité naturelle. – Aspects de procédure et de fond », JCP G 1998, I, 158
- O. Gout, « L'éviction du juge dans la mise en œuvre des règles de protection d'un intérêt particulier », D. 2003, p. 549
- F. Granet-Lambrechts, « La portée de l'effet suspensif de l'appel et du pourvoi en cassation au regard des mesures accessoires au divorce », *Gaz. Pal.* 1983, II, 252

- F. Granet-Lambrechts, « Action à fins de subsides », *in Droit de la famille*, (dir.) P. Murat, 7^{ème} éd., Dalloz action, 2016, chap. 216, p. 751, n° 51
- D. Guével, « Le droit : une science exacte (?) », *D.* 2017, p. 1465
- S. Guinchard, « Le second degré de juridiction en matière civile aujourd'hui et demain », *Gaz. Pal.* 1996, p. 1004
- S. Guinchard, « Vers une démocratie procédurale ? », *Revue Justices* 1999, p. 91
- S. Guinchard, « Un bon exemple de la France d'en haut contre la France d'en bas », *LPA*, 5 juin 2002, p. 4, n° 112
- S. Guinchard et N. Fricero, « Le nouveau Code de procédure civile et la Convention européenne des droits de l'homme », *in Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, (dir.) J. Foyer et C. Puigelier, Economica, 2006, p. 425
- S. Guinchard, « L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil et de la simple faculté pour le juge de "changer le fondement juridique des demandes" » *in De Code en Code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, (dir.) M. Puech, Dalloz, 2009, p. 379
- F. Guiomard, « Suspension de l'exécution provisoire de droit des décisions prud'homales : une saine prudence de la Cour de cassation », *Rev. trav.* 2008, p. 121
- H. Guyot, « La fin de l'unicité de l'instance, conséquences pratiques », *JCP S* 2016, n° 26, 1237
- M. Haravon, « La fin de la justice civile ? », *D.* 2011, p. 2427
- M. Hauriou, « L'institution et le droit statutaire », *Rec. acad. lég. Toulouse* 1906, p. 134
- M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation, essai de vitalisme social », *Cah. nouv. journée* 1925, IV, 1
- M. Hauriou, *S.* 1928, III, 98
- J. Hauser, « De la date du divorce sur double aveu ou accepté et de l'appel de l'ordonnance », *RTD civ.* 2008, p. 461
- J. Hauser, « Finalités différentes de l'action à fins de subsides et de l'action en recherche de paternité », *RTD civ.* 2010, p. 92
- P. Hébraud, « La réforme de la procédure, le décret-loi du 30 octobre 1935 », *Rev. crit. lég. et jur.* 1936, t. 56, p. 37
- P. Hébraud, *DC* 1943, lég., p. 3, col. 1
- P. Hébraud, « Commentaire de la loi du 23 mai 1942 », *DC* 1943, I, 1
- P. Hébraud, *RTD civ.* 1953, p. 376
- P. Hébraud, *RTD civ.* 1954, p. 344
- P. Hébraud, *RTD civ.* 1955, p. 699

- P. Hébraud, RTD civ. 1956, p. 389
- P. Hébraud, RTD civ. 1956, p. 585
- P. Hébraud, « Effet dévolutif et évocation, la règle du double degré de juridiction », in *La voie d'appel*, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 141
- P. Hébraud, RTD civ. 1965, p. 852
- P. Hébraud, RTD civ. 1966, p. 126
- P. Hébraud, RTD civ. 1971, p. 186
- P. Hébraud, « “Aggiornamento” de la Cour de cassation (loi des 12 juillet 1978 et 3 janvier 1979) », D. 1979, p. 205
- M. Henry, « Civil : la défense muselée face au parquet », Les Échos, n° 21060 du 17 novembre 2011, p. 12
- J. Héron, « Convention européenne des droits de l'homme et théorie des voies de recours », in *Le juge entre deux millénaires : mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 369
- M. Herzog-Evans, « Révolutionner la pratique judiciaire. S'inspirer de l'inventivité américaine. », D. 2011, p. 3016
- J. Hilaire, « Un peu d'histoire », Justices, n° 4, 1996, p. 9
- J.-M. Hocquard, « Le plaideur, l'avocat et le nouveau Code de procédure civile » in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, (dir.) J. Foyer et C. Puigelier, Economica, 2006, p. 65
- Ph. Hoonakker, « L'exécution provisoire de droit et la Constitution : de l'illégalité partielle à l'application générale de l'article 524 du nouveau Code de procédure civile », Dr. et proc., Rev. huiss. 2002, p. 77
- Ph. Hoonakker, « L'exécution immédiate ou la protection renforcée du perdant », LPA, 11 décembre 2002, p. 13, n° 247
- Ph. Hoonakker, « L'exécution immédiate ou de l'incohérence à la cohérence du droit à l'exécution », in *La justice civile au vingt-et-unième siècle : mélanges Pierre Julien*, (dir.) N. Fricero, G. Taormina et M. Zavarro, Edilalix, 2003, p. 209
- Ph. Hoonakker, « L'arrêt de l'exécution provisoire de droit enfin consacré par le législateur ! », D. 2004, p. 2314
- Ph. Hoonakker, « Dernières réformes de l'exécution provisoire. Raison et déraison. », D. 2006, p. 754
- L. Hugueney, S. 1940, II, 17
- D. Huet-Weiller, « De la prestation compensatoire demandée pour la première fois en appel », RTD civ. 1992, p. 368
- C. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, in

- Études offertes à Jacques Ghestin*, (dir.) G. Goubeaux, Y. Guyon, C. Jamin, P. Lagarde, G. Viney, J. Waline, LGDJ, 2001, p. 461
- R. Japiot, « Les actions et demandes en justice. Conditions et classifications. », *RTD civ.* 1915, p. 419
- P. Jaubert, « Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité », *RTD civ.* 1946, p. 75
- M. Jeol et A. Viandier, *JCP* 1981, II, 19602 ; *Rev. soc.* 1980, p. 774
- M. Jeol, « Vers une définition plus “processuelle” de l’autorité de la chose jugée », *D.* 1994, p. 395
- Ph. Jestaz, « La qualification en droit civil », *Droits, rev. théorie jur.*, 1993, n° 18, p. 45
- Ph. Jestaz, J.-P. Marguénaud, C. Jamin, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061
- E. Jeuland, « L’énigme du lien de droit », *RTD civ.* 2003, p. 455
- E. Jeuland, « Transformation et pérennité du nouveau Code de procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, (dir.) J. Foyer et C. Puigelier, Economica, 2006, p. 75
- P. Julien, « Astreinte : un revirement de jurisprudence et quelques précisions », *D.* 1997, p. 536
- P. Julien, « L’exception d’inexécution et l’action en résolution d’une convention constituent, sous deux formes différentes, l’exercice d’un même droit et tendent aux mêmes fins », *D.* 1999, p. 217
- P. Kayser, « L’astreinte judiciaire et la responsabilité civile », *RTD civ.* 1953, p. 209
- M. Keller, « Le taux du litige devant le conseil de prud’hommes », *Justices*, 1997, n° 6, p. 135
- F. Kernaleguen, « Intérêt, qualité, pouvoir : le ménage à trois de la théorie de l’action ? », in *Mélanges en l’honneur de Serge Guinchard : Justice et procès - Du légalisme procédural à l’humanisme processuel*, (dir.) J.-M. Coulon, Dalloz, 2010, p. 771
- J.-F. Kriegk, « *La procédure civile revisitée au travers des principes généraux : la voie d’appel* », *Gaz. Pal.* 8 novembre 1997, p. 1467
- F. de La Vaissière, « Notion de “prétention nouvelle” », *AJDI* 2014, p. 299
- X. Labbé, « La double vie d’Angela Sauer », *AJ fam.* 2012, p. 338
- C. Labrusse-Riou, « Filiation (1° généralités) », *Rép. Dalloz dr. civ.*
- R. Laffly, « L’appel voie de réformation ou la fin du droit à l’erreur. Aime la vérité, mais pardonne à l’erreur (Voltaire) », *Procédures* 2016, alerte 5
- R. Laffly, « La nouvelle procédure d’appel, un mode de régulation des dossiers de la justice civile », *D. actu.*, 11 septembre 2017
- X. Lagarde, « L’adieu à la cause. Relire Motulsky », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, (dir.) J. Foyer et C. Puigelier, Economica, 2006, p. 307

- V. Nivelles (dir.), *Le Lamy prud'hommes*, 2015
- T. Le Bars, « Vers une suppression de l'effet suspensif de l'appel ? », D. 2002, p. 1987
- T. Le Bars, « La perte de fondement juridique en droit judiciaire privé », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, (dir.) J. Foyer et C. Puigelier, Economica, 2006, p. 269
- T. Le Bars, « Autorité positive et autorité négative de chose jugée », Procédures 2007, étude n° 12
- T. Le Bars, « Les métamorphoses de l'appel. Faut-il abandonner l'appel voie d'achèvement ? », Gaz. Pal. 31 juillet 2014, n° 212, p. 41
- G. Légier, « L'intervention forcée en appel et l'évolution du litige (art. 555 nouv. c. pr. civ.) », D. 1978, chron., p. 151
- F. Lemaire, « Respect du principe à valeur constitutionnelle du droit au recours effectif devant une juridiction », JCP G 2005, II, 10107
- C. Lemaire-Péciaux, « Le changement de régime matrimonial et les tiers », Gaz. Pal. 2000, II, doct., p. 1963
- Y. Lobin, « Le procès civil de droit commun en appel », in *La voie d'appel*, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 55
- Y. Lobin, « L'appel incident et l'appel provoqué », Gaz. Pal. 1986, doct., p. 1
- M. Lombard, « Les intérêts des condamnations prononcées en matière civile », Gaz. Pal. 1995, I, doct., p. 562
- B. Louvel, « Une préposition qui change tout : on ne condamne pas “à” une astreinte mais “sous” astreinte », Gaz. Pal. 1999, IV, 1263
- B. Louvel, « Réflexions à la Cour de cassation », D. 2015, p. 1326
- C. Loyer-Larher, « La réforme de l'exécution provisoire », Gaz. Pal. 1976, II, doct., p. 587
- F. Luchaire, « Uns Janus constitutionnel : l'égalité », RDP 1986, II, 1229
- F. Luxembourg, « La Cour de cassation, juge du fond », D. 2006, p. 2358
- J.-C. Magendie, « L'exécution immédiate des décisions de justice : l'injuste critique d'une réforme nécessaire », D. 2002, p. 2411
- Me Magnan, « Interventions » in *La voie d'appel*, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, spéc. p. 52
- Ph. Malinvaud, « L'autonomie de la garantie des vices en matière immobilière », RDI 1998, p. 321
- R. Martin, « Principes directeurs du procès », *Rép. Dalloz proc. civ.*
- R. Martin, « Le fait et le droit ou les parties et le juge », JCP G 1974, I, 2625
- R. Martin, « Le paradoxe de la chose jugée », JCP 1979, I, 2938
- R. Martin, « Les contradictions de l'autorité de la chose jugée », JCP 1979, I, 2938
- R. Martin, « Le double langage de la prétention », JCP 1981, I, 3024

- R. Martin, « Le juge devant la prétention », D. 1987, p. 35
- R. Martin, « Exécution immédiate des jugements de première instance (à propos du rapport Coulon) », Procédures 1997, chron., n° 7
- R. Martin, « Faut-il supprimer le ministère public (devant les juridictions civiles et administratives) ? », RTD civ. 1998, p. 873
- R. Martin, « Rendre au Parlement ce qui lui appartient », D. 2002, p. 3147
- R. Martin, « Les détournements de la procédure judiciaire », RTD civ. 2007, p. 723
- A. Masson et H. Bouthinon-Dumas, « L'approche "Law & Management" », RTD com., 2011, p. 233
- D. Mayer, « La pudeur du droit face à l'inceste », D. 1988, p. 213
- P. Maynial, « Principes de justice et suppression de la profession d'avoués près la cour d'appel », in *Principes de justice : mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Paris, Dalloz, 2008, p. 267
- D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, (dir.) C. Jamin, Dalloz, 1999, p. 603
- A. Meerpoel, « Les interférences entre l'action à fins de subsides de l'article 342 nouveau du Code civil et la recherche de paternité naturelle », RTD civ. 1978, p. 787
- A. Meerpoel, « Plaidoyer pour l'abrogation de l'art. 342-8, al. 1^{er}, du code civil », D. 1983, chron., p. 183
- J. Mestre, « Des effets de la résolution ou de la résiliation », RTD civ. 1996, p. 906
- R. Meurisse, « Effet dévolutif de l'appel, évocation, plénitude de juridiction », Gaz. Pal. 1950, I, 2
- R. Meurisse, « Effet dévolutif de l'appel ou évocation ? », D. 1953, chron. XXIII, p. 127
- R. Meurisse, « L'évocation en procédure civile », Gaz. Pal. 1957, p. 57
- L. Miniato, « L'introuvable principe de loyauté en procédure civile », D. 2007, p. 1035
- V. Mikalef-Toudic, « De la distinction entre l'appel et le recours en annulation à l'encontre d'une sentence arbitrale (à propos d'un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 20 mars 2003) », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, (dir.) J. Foyer et C. Puigelier, Economica, 2006, p. 233
- S. Mirabail, « Repenser l'action à fins de subsides », Dr. fam., septembre 2011, étude 19, n° 8
- N. Molfessis, « La protection constitutionnelle du double degré de juridiction », Justice 1996, juillet-décembre, n° 4, p. 17
- V. Montourcy, « Droit des majeurs vulnérables et arrêt de l'exécution provisoire », AJ fam. 2015, p. 46
- A. Moreau, « L'exécution provisoire, un avantage dangereux pour le créancier poursuivant », D.

2006, p. 524

- H. Motulsky, « Les rapports entre l'effet dévolutif de l'appel et l'évocation dans la jurisprudence récente de la Cour suprême », JCP 1953, I, 1095, note 5, et in *Écrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010, p. 4
- H. Motulsky, « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », rapport au IV^{ème} Congrès international de droit comparé, 1954, in *Études de droit contemporain*, 1959, p. 257 et s., et in *Écrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010, p. 38
- H. Motulsky, « L'office du juge et la loi étrangère », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, t. 1, p. 337
- H. Motulsky, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle. Le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 2, Droit privé, propriété industrielle, littéraire et artistique, Dalloz et Sirey, 1961, p. 175 et s., et in *Écrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010, p. 60
- H. Motulsky, « Le droit subjectif et l'action en justice », Archives de la philosophie du droit, 1964, p. 215 et s., et in *Écrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010, p. 85
- H. Motulsky, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », D. 1964, p. 235 et s., et in *Écrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010, p. 101
- H. Motulsky, « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France », in *Mélanges Savatier*, 1965, p. 681
- H. Motulsky, « La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », JCP 1966, I, 1996 et in *Écrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010, p. 130
- H. Motulsky, « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », D. 1968, chron. 1, et in *Écrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010, p. 206
- H. Motulsky, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile », D. 1972, chron., p. 91, et in *Écrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010, p. 275
- J. Moury, « De la règle de l'effet suspensif de l'appel en matière civile », in *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 353
- J. Normand, « Principes directeurs du procès », *Juriscl. proc. civ.*, Fasc. 150
- J. Normand, « La dualité de la notion d'instance en droit transitoire. L'inapplicabilité des lois nouvelles aux instances en cassation », RTD civ. 1976, p. 387
- J. Normand, « Action en justice, juridiction, organisation judiciaire et compétence », RTD civ. 1977, p. 807
- J. Normand, « La portée de la chose jugée. Un renouvellement des critères ? », RTD civ. 1995,

p. 177

- Ph. d'Ornano, « L'unicité de l'instance prud'homale », JCP S 2007, p. 1536
- M.-E. Pancrazi-Tian, « Résolution et résiliation judiciaires », in *La cessation des relations contractuelles d'affaire*, colloque de l'IDA, PUAM, 1997, p. 73
- J. Passa, « La recevabilité en appel des demandes tendant aux mêmes fins dans le procès civil », *Justices*, n° 7, juillet/septembre 1997, p. 105
- O. Passera, « L'article 915 du nouveau code de procédure civile : un alinéa peut en cacher un autre... », *D.* 1996, p. 542
- J. Pellerin, « Effets de l'appel », in *Droit et pratique de la procédure civile. Droits interne et de l'Union européenne*, (dir.) S. Guinchard et T. Moussa (dir.), 8^{ème} éd., Dalloz action, 2014, chap. 543
- A. Perdriau, « Les chambres civiles de la Cour de cassation jugent-elles en fait ? », JCP G 1993, doct., p. 3683
- A. Perdriau, « L'amende civile d'appel », LPA, 18 novembre 1999, n° 230, p. 4
- A. Perdriau, « Usage actuel des cassations sans renvoi », JCP 2001, I, 334
- A. Perdriau, « La non-admission des pourvois », JCP 2002, I, 181
- S. Perrin, « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Dr. fam.*, juin 2010, n° 6
- R. Perrot et H. Croze, « Commentaire du décret n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile », *Procédures*, octobre 2004, n° 10, étude 13
- R. Perrot, *D.* 1952, p. 564
- R. Perrot, *D.* 1952, p. 566
- R. Perrot, *RTD civ.* 1974, p. 862
- R. Perrot, « L'effet de l'appel quant aux personnes », in *Chambre nationale des avoués, Journées des 29 et 30 octobre 1973, Dijon, Gaz. Pal.* 1974, I, doct. 393
- R. Perrot, *RTD civ.* 1977, p. 628
- R. Perrot, *RTD civ.* 1978, p. 738
- R. Perrot, « Demande incidente en première instance. Recevabilité : la notion de "lien suffisant" », *RTD civ.* 1979, p. 666
- R. Perrot, *RTD civ.* 1980, p. 169
- R. Perrot, « Appel. Intervention forcée : domaine, conditions d'application et sanction de l'art. 555 nouv. C. pr. civ. », *RTD civ.* 1980, p. 425
- R. Perrot, « Jugement. Exécution sous astreinte : le point de départ de l'astreinte ne peut pas être antérieur à la notification du jugement », *RTD civ.* 1980, p. 620

- R. Perrot, « Appel. Les demandes nouvelles et la notion de “lien suffisant” : que reste-t-il de la prohibition des demandes nouvelles en cause d’appel ? », RTD civ. 1980, p. 624
- R. Perrot, « Exécution provisoire. Suspension par le premier président : peut-il prendre en considération les risques de réformation ou d’annulation du jugement ? », RTD civ. 1980, p. 813
- R. Perrot, « Appel. Intervention volontaire en cause d’appel : conditions de recevabilité. », RTD civ. 1981, p. 907
- R. Perrot, « Exécution provisoire. Suspension des “conséquences manifestement excessives” : contenu de cette notion et évolution du recours de l’art. 524 nouv. c. pr. civ. », RTD civ. 1982, p. 658
- R. Perrot, « Exécution provisoire : le problème de sa motivation », RTD civ. 1984, p. 566
- R. Perrot, RTD civ. 1985, p. 450
- R. Perrot, « Procédure prud’homale : prohibition des instances successives (spécialement en cas d’extinction d’une précédente instance par caducité ou désistement) », RTD civ. 1987, p. 596
- R. Perrot, « Exécution provisoire de droit : peut-elle être arrêtée par le premier président ? », RTD civ. 1990, p. 562
- R. Perrot, « Procédure prud’homale : unicité de l’instance et demande nouvelle en cause d’appel », RTD civ. 1991, p. 167
- R. Perrot, « Exécution provisoire : critères d’appréciation des conséquences manifestement excessives », RTD civ. 1991, p. 169
- R. Perrot, « L’astreinte, ses aspects nouveaux », Gaz. Pal. 1991, IV, p. 801
- R. Perrot, « Appel. Effet suspensif : son incidence sur la chose jugée », RTD civ. 1992, p. 187
- R. Perrot, « Intervention forcée : mise en cause d’office par le juge », RTD civ. 1994, p. 163
- R. Perrot, « Appel : effet suspensif et confirmation du jugement frappé d’appel », RTD civ. 1995, p. 190
- R. Perrot, « Appel : évolution du litige, demande nouvelle et intervention forcée », RTD civ. 1995, p. 962
- R. Perrot, « Astreinte : son point de départ en cas d’arrêt confirmatif », RTD civ. 1997, p. 743
- R. Perrot, « Ministère public, partie principale : peut-il former appel contre un jugement rendu conformément à ses réquisitions ? », RTD civ. 1999, p. 204
- R. Perrot, « Exécution provisoire de droit : toute condamnation à provision est, par sa nature même, exécutoire de plein droit à titre provisoire », RTD civ. 2000, p. 400
- R. Perrot, « Appel : déclaration d’appel : erreur manifeste sur la qualité de l’intimé », RTD civ. 2005, p. 185
- R. Perrot, « Exécution provisoire de droit : les conditions requises pour arrêter l’exécution », RTD

- civ. 2005, p. 453
- R. Perrot, « Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 », *Procédures* 2006, étude 3, n° 25
- R. Perrot, « Signification des jugements : ses effets et sa portée », *RTD civ.* 2006, p. 376
- R. Perrot, « Astreinte : l'astreinte n'a lieu de courir que si l'obligation a force exécutoire », *RTD civ.* 2008, p. 552
- R. Perrot, « Les métamorphoses de l'exécution provisoire », in *De Code en Code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, (dir.) M. Puech, Dalloz, 2009, p. 611
- R. Perrot, « Principe de concentration : où va-t-on ? » *RTD civ.* 2010, p. 155
- I. Pétel-Teyssié, « Demandes nouvelles », *Rép. Dalloz proc. civ.*
- I. Pétel-Teyssié, « De re judicanda », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Economica, 2006, p. 115, spéc. p. 117
- I. Pétel-Teyssié, « L'unicité de l'instance prud'homale » in *Les notions fondamentales du droit du travail*, (dir.) B. Teyssié, éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 211
- A. Picard et M. Prud'homme, « La résolution judiciaire du contrat pour inexécution des obligations », *RTD civ.* 1912, p. 61
- E. Piwnica, « Commentaire des dispositions de la loi J21 relatives à la Cour de cassation », *Gaz. Pal.* 31 janvier 2017
- M. Poirier, « La justice du travail : bilan et perspectives », rapport syndical, *Dr. soc.*, février 1974
- M. Poirier, « Unicité de l'instance, la résistance des juges du fond », *Dr. ouvrier* 2007, p. 273
- F. Pollaud-Dulian, « Action en contrefaçon. Action en concurrence déloyale. Demande nouvelle en appel. Base de données. », *RTD com.* 2012, p. 769
- A. Posez, « Le principe de concentration des moyens, ou l'autorité retrouvée de la chose jugée », *RTD civ.* 2015, p. 283
- E. Putman, « Remarques sur la demande subsidiaire », *JCP G* 1991, I, 3493
- N. de Puybusque, « Jugements "préparatoires", appel et autorité de chose jugée », *Gaz. Pal.* 1986, *doctr.*, p. 133
- R.-M. Rampelberg, « L'appel capital au peuple en droit romain », in *Les voies de recours judiciaires, instruments de liberté*, (dir.) J.-L. Thieau, PUF, 1995, p. 7
- G. Ravarani, « Interrogations autour d'un droit fondamental : l'appel », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard : Justice et procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, (dir.) J.-M. Coulon, Dalloz, 2010, p. 355
- J. Raynard, « À propos de la subsidiarité en droit privé », in *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, t. 1, p. 131
- P. Raynaud, *RTD civ.* 1943, p. 286

- P. Raynaud, RTD civ. 1951, p. 433
- P. Raynaud, RTD civ. 1954, p. 370
- P. Raynaud, RTD civ. 1954, p. 709
- P. Raynaud, RTD civ. 1950, p. 239
- P. Raynaud, « Conflits de lois autour de l'action alimentaire des enfants adultérins et incestueux », *in Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, t. 1, p. 417
- P. Raynaud, RTD civ. 1970, p. 234
- P. Raynaud, RTD civ. 1970, p. 626
- M. Rayroux, « Modification de la procédure prud'homale », Gaz. Pal. du 26 septembre 1974, p. 815
- M. Redon, « Mesures d'instruction confiées à un technicien », *Rép. Dalloz proc. civ.*
- Ph. Rémy, « Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat », *in Mélanges offerts à Pierre Couvrat : la sanction du droit*, PUF, 2001, p. 121
- T. Renoux, « Les garanties constitutionnelles de répartition des compétences », *in La Cour de cassation et la constitution de la République*, Doc. fr. 1995, p. 94
- J.-P. Rousse, « Les demandes reconventionnelles formées pour la première fois en appel », Gaz. Pal. 2 novembre 1976, p. 619
- F. Rouvière, « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », RTD civ. 2017, p. 524
- D. Schaffhauser, « Comprendre sans se méprendre. La motivation des arrêts d'assises. », AJ pénal 2012, p. 32
- A. Sériaux, « Une définition civile du mariage (prière d'insérer) », D. 2005, p. 1966
- Y.-M. Serinet, « La qualité du défendeur », RTD civ. 2003, p. 203
- Y.-M. Serinet, « La sanction par l'irrecevabilité des demandes nouvelles en appel », JCP 2010, doctr., p. 545
- E. Serverin et T. Grumbach, « La réforme de la carte des prud'hommes devant le Conseil d'État ou le triomphe d'une approche managériale de la justice du travail », Rev. trav. 2009, p. 532
- Ph. Simler, « Contrats et obligations. – Cause. – Notion : unité ou dualité ? », *Juriscl. Code civil*, Fasc. 10
- H. Solus, « Commentaire de la loi », Lois nouvelles 1942, I, 173
- H. Solus, « Appel provoqué et indivisibilité en matière d'appel », *in La voie d'appel*, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 93
- Y. Strickler, « Délai », *Rép. Dalloz proc. civ.*
- E.-J. Tardif, « La date et le caractère de l'ordonnance de saint Louis sur le duel judiciaire », NRHDFE 1887, t. XI

- F. Terré, « L'intervention en appel », in *La voie d'appel*, Colloque national d'études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, p. 115, spéc. p. 116, n° 2
- S.-L. Texier, « Réflexions sur le règlement du litige au fond par la Cour de cassation », D. 2017, p. 63
- J. Théron, « Mesure d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification », D. 2010, p. 2246
- Ph. Théry, « La place des procédures civiles d'exécution », RTD civ. 1993, p. 1.
- Ph. Théry, « La responsabilité du bénéficiaire de l'exécution provisoire en cas d'infirmité : menace sur le référé ? », RTD civ. 2006, p. 368
- Ph. Théry, « Rapport de synthèse du colloque "Regards croisés sur l'autorité de chose jugée" », Procédures 2007, étude 22
- Ph. Théry, « Transmission de créance et procès en cours : variations sur la notion de partie », RTD civ. 2009, p. 362
- Ph. Théry, « Le litige en droit judiciaire privé, petits exercices de procédure élémentaire », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard : Justice et procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, (dir.) J.-M. Coulon, Dalloz, 2010, p. 853
- M. Thiberge, « L'exécution provisoire du jugement et l'équilibre des intérêts des parties », D. 2011, p. 610
- A. Tissier, « Le centenaire du Code de procédure et les projets de réforme », RTD civ., 1906, p. 647
- A. Tissier, S. 1921, I, 245
- M. Toulemon, JCP 1968, I, 2182
- M. Trapero et E. Alt, rapp. sous Cass. avis, 9 juin 2008, n° 08-00.004, BICC n° 688 du 1^{er} octobre 2008
- E. Valabrègue, Rev. crit. de légis. et jur. 1879, p. 540
- G. Verdun, « La recevabilité des appels incident et provoqué ou le chemin difficile », Gaz. Pal., 1^{er} mars 1986, p. 127
- T. Verheyde, « Appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille. – À propos du décret du 23 décembre 2009. », JCP G 2010, n° 39
- J. Viatte, « Suppression du contrôle de l'exécution provisoire », Gaz. Pal., 28 mai 1974, doct., p. 463
- S. Vicente, « Arrêt de l'exécution provisoire et exigence d'un procès équitable : à la recherche d'un fondement à la résistance des formations présidentielles », D. 2001, p. 502
- V. Vigneau, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation. Deuxième Chambre civile », D. 2007, p. 896

- V. Vigneau, « Le régime de la non-admission des pourvois devant la Cour de cassation », D. 2010, p. 102
- J. Villacèque, « Point de vue », D. 2002, p. 1989
- J. Villacèque, « À propos du décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 réformant la procédure civile. Perspectives et regrets. », D. 2006, p. 539
- J. Villacèque, « L'exécution provisoire : un bénéfice aléatoire », Gaz. Pal. 2008, p. 35, n° 278
- J. Villacèque, « Le nouveau procès civil devant la cour d'appel : la technique des hommes, paradoxes d'une réforme », D. 2010, p. 663
- J. Vincent et E. du Rusquec, « Les effets de l'appel quant à l'objet du litige », *in* Chambre nationale des avoués, Journées des 29 et 30 octobre 1973, Dijon, Gaz. Pal. 1974, I, doct. 393
- J. Vincent, « Les dimensions nouvelles de l'appel en matière civile », D. 1973, chron., p. 179
- H. Vizioz, « La réforme de l'appel », JCP 1943, I, 307 et *in Études de procédure*, Dalloz, 2011, p. 489
- N. Voidey, « La notion de prétention en procédure civile », Gaz. Pal. 2006, doct., p. 2839
- J. Voulet, « Le défaut de réponse à conclusions », JCP1965, I, 1912
- Ph. Waquet, « La cassation sans renvoi – d'une bonne idée à une pratique fâcheuse », *in Procès du travail, travail du procès*, (dir.) M. Keller, Paris, LGDJ, 2008, p. 407
- G. Wiederkehr, « Droits de la défense et procédure civile », D. 1978, chron., p. 36
- F. Zénati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », RTD civ. 1993, p. 305
- F. Zénati, « Non-cumul du possessoire et du pétitoire », RTD. civ. 1993, p. 622
- E. Zoller, « Présentation des la Cour suprême des États-Unis », Cah. Cons. constit., n° 5, novembre 1998

V. Observations et notes de jurisprudence

- J.-L. Aubert, « Ne constitue pas un abus de droit l'appel reprenant les moyens rejetés par les premiers juges », note sous Cass. civ. 3, 16 janvier 1991, D. 1991, p. 323
- V. Avena-Robardet, « Abandon de créance par le chef de file d'un pool bancaire : recevabilité de l'appel formé par une banque sous-participante », note sous Cass. com., 16 janvier 2001, D. 2001, p. 775
- V. Avena-Robardet, « Recevabilité de l'intervention volontaire en cause d'appel », note sous Cass. mixte, 9 novembre 2007, D. 2007, p. 2955
- V. Avena-Robardet, « Pas de nouveauté de la demande en attribution préférentielle par rapport à

- celle en nullité du testament et celle formulée au titre du recel successoral », note sous Cass. civ. 1, 22 octobre 2014, AJ Fam. 2014, p. 713
- M. Azanant, « La portée de l'appel dans le divorce accepté », note sous Cass. avis, 9 juin 2008, Dr. fam. 2008, comm. 119
- M.-A. Baudouin, concl. rapportées sous Cass. ch. réunies, 12 juin 1909, DP 1909, I, 389
- J. Beauchard, note sous Paris, 14 novembre 1980, D. 1982, p. 361
- A. Bénabent, « Chose jugée ou unicité du procès ? Recevabilité de l'action en nullité d'un contrat après un procès en exécution ou résiliation », note sous Cass. civ. 1, 28 mars 1995 et 11 avril 1995, D. 1996, p. 121
- A. Besson, note sous Cass. req., 23 novembre 1927, DP 1928, I, 121
- M. Blatman, rapp. sous Cass. plén., 24 février 2006, n° 05-12.679, BICC n° 640 du 15 mai 2006
- C. Bléry, « Principe de concentration des moyens : nouvelle pierre à l'édifice », note sous Cass. civ. 1, 24 septembre 2009, n° 08-10.517, JCP G 2009, p. 326
- C. Bléry, « “La succombance est la mesure de l'intérêt”... sauf circonstance nouvelle ! », note sous Cass. civ. 1, 23 novembre 2011, Gaz. Pal., 3 mars 2012, n° 63, p. 23
- G. Bolard, note sous Cass. civ. 1, 6 novembre 1990, *Mme Lang c/. Wirrig* et Cass. com., 15 octobre 1991, *Lauture et autres c/. SCI Léon Blum*, JCP G 1992, II, 21905
- E. Bonnet, note sous Dijon, ord. prem. prés., 26 août 2003, Gaz. Pal., 21 octobre 2003, p. 32, n° 294
- D. Boulmier, « Le droit à un procès équitable permet d'écarter l'application du principe d'oralité de la procédure et de déclarer recevable un appel incident formé par conclusions écrites », note sous Cass. soc., 14 mars 2007, n° 05-43.351 et 05-42.379 (deux arrêts), RDT 2007, p. 335
- A. Bugada, « Nullité de la procédure : pas d'unicité de l'instance en l'absence de décision sur le fond », note sous Limoges, ch. soc., 23 octobre 2006, JCP S 2007, comm. 1177
- L. Cadiet, « Droit judiciaire privé » (chron. jurispr.), JCP G 2007, I, 200
- N. Cayrol, « Fin de non-recevoir. Interdiction de se contredire au détriment d'autrui. », note sous Cass. civ. 1, 24 septembre 2014, n° 13-14.534, RTD civ. 2015, p. 452
- N. Cayrol, « La distinction entre prétention et moyen », note sous Cass. civ. 2, 1^{er} septembre 2016 n° 15-16.918, RTD civ. 2016, p. 932
- S. Chatry, « Prétentions nouvelles en cause d'appel et propriété intellectuelle », note sous Cass. com., 11 septembre 2012, D. 2012, p. 2935
- F. Chénéde, « La virginité n'est pas une qualité essentielle », note sous Douai, 17 novembre 2008, n° 07-08458, AJ fam. 2008, p. 479
- F. Chénéde, « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », note sous Cass. civ. 1, 4 décembre 2013, D. 2014, p. 179

- D. Cholet, « Pouvoir du premier président d'arrêter l'exécution provisoire malgré la radiation du rôle », note sous Cass. civ. 2, 9 juillet 2009, n° 08-13.451 et 08-15.176, JCP G 2009, p. 260, n° 39
- C. Colombet, note sous Cass. civ. 1, 20 mai 1969, D. 1969, p. 432
- H. Croze, note sous Cass. plén., 24 février 2006, JCP 2006, IV, II, 10063
- H. Croze, « Les résultats d'une expertise ne suffisent pas nécessairement à justifier une intervention forcée en appel », note sous Cass. civ. 2, 23 novembre 2006, n° 06-10.942, Procédures 2007, comm. 89
- H. Croze « L'auteur d'un appel incident ou d'une demande incidente formulé par écrit dans le cadre d'une instance prud'homale doit accepter le désistement d'appel », note sous Cass. soc., 14 mars 2007, n° 05-43.351 et n° 05-42.379, JCP E 2007, n° 31, comm. 1976, p. 18
- H. Croze, « Conditions de l'arrêt de l'exécution provisoire de droit : la vraie nature de l'article 12 CPC », note sous Cass. soc., 18 décembre 2007, n° 06-44.548, JCP G 2008, II, 10030
- H. Croze, « Recevabilité des défenses au fond et des moyens nouveaux », note sous Cass. com., 10 février 2015, n° 13-28.262, Procédures 2015, n° 4, comm. 108
- F. Dekeuwer-Défossez, « Les sept voiles de la mariée », note sous Douai, 17 novembre 2008, n° 07-08458, RJP 2008-7-8/10
- F. Derrida, note sous Lyon, ord. prem. prés., 23 septembre 1988, D. 1989, somm., p. 13
- M.-L. Divialle, « Sur l'étendue du principe de l'unicité de l'instance », note sous Cass. soc., 8 décembre 2004, Dr. soc. 2005, p. 288
- M. Douchy-Oudot, « Contentieux familial – juillet 2006 - juillet 2007 », D. 2007, p. 2960
- M. Douchy-Oudot, « Appel général d'une décision de divorce sur demande acceptée », note sous Cass. civ. 1, 14 mars 2012, Procédures n° 5, mai 2012, comm. 151
- M. Douchy-Oudot, note sous Cass. civ. 2, 10 janvier 2013, Dr. et proc., mai 2013, p. 109
- V. Egéa, « La non-virginité de l'épouse n'est pas une qualité essentielle », note sous Douai, 17 novembre 2008, n° 07-08458, D. 2008, p. 2938
- B. Fages, « L'option de l'article 1184, alinéa 2, du Code civil, érigée au rang de choix définitif », note sous Cass. civ. 2, 8 septembre 2011, n° 09-13.086, RTD civ. 2011, p. 762
- E. Fischer, « La notion d'évolution du litige et la politique de la Cour de cassation quant au double degré de juridiction » note sous Cass. plén., 11 mars 2005, D. 2005, p. 2368
- E. Frank, note sous Cass. civ. 3, 15 mai 1974, D. 1975, p. 147
- N. Fricero, obs. sous Cass. plén., 24 février 2006, Dr. et proc., 2006, p. 159
- N. Fricero, « La recevabilité des moyens nouveaux en appel ou le droit de se contredire ! », note sous Cass. com. 10 février 2015, n° 13-28.262, JCP G 2015, comm. 470

- T. Garé, « La maîtresse d'un homme marié doit-elle réparation à l'épouse de son amant ? », note sous Cass. civ. 2, 4 mai 2000, JCP G 2000, II, 10356
- T. Genicon, « Choix entre exécution forcée et résolution : souplesse dans l'exercice de l'option... mais jusqu'à quand ? », note sous Cass. civ. 3, 25 mars 2009, RDC 2009, p. 1004
- T. Genicon, « Retour sur l'option entre exécution forcée et résolution : un revirement de jurisprudence regrettable », note sous Cass. civ. 3, 20 janvier 2010, RDC 2010, n° 3, p. 825
- Ph. Gerbay, note sous Dijon, ord. CME, 24 mai 2007, Gaz. Pal. 21 août 2007, n° 233, p. 6
- E.-D. Glasson, Rev. crit. de légis. et de jurisp. 1881, p. 416
- R. de Gouttes, Gaz. Pal. 2006, n° 59, p. 10, concl. sous Cass. mixte, 16 décembre 2005, n° 03-12.206
- S. Grayot, « Désistement de l'employeur et principe d'unicité de l'instance prud'homale : une atteinte disproportionnée au droit d'agir du salarié ? », note sous Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-43.774, LPA, 10 novembre 2006, n° 225, p. 11
- J.-C. Groslière, obs sous Cass. civ. 2, 19 juin 1980, D. 1981, inf. rap., p. 381
- J. Hauser, « À quelles conditions une demande de prestation compensatoire en cause d'appel est-elle nouvelle ? », obs. sous Cass. civ. 2, 26 juin 1996, RTD civ. 1996, p. 884
- J. Hauser, « Le mariage n'est pas un simple montage », note sous Douai, 17 novembre 2008, n° 07-08458, RTD civ. 2008, p. 98
- P. Hébraud, « La demande de liquidation d'une astreinte constitue une demande principale et nouvelle », note sous Cass. civ. 2, 1^{er} février 1957, RTD civ. 1959, p. 146
- P. Hébraud, « L'astreinte comme injonction judiciaire », note sous Cass. civ. 1, 20 octobre 1959, RTD civ. 1959, p. 778
- P. Hébraud, note sous Cass. plén., 3 avril 1962, D. 1962, p. 465
- P. Hébraud, obs. sous Cass. civ. 1, 28 avril 1970, *Viguié*, RTD civ. 1971, p. 189
- P. Hébraud, obs. sous Cass. civ. 1, 28 avril 1970, RTD civ. 1971, p. 186
- P. Hébraud, note sous TGI Valence, 8 novembre 1972, Gaz. Pal. 1973, I, 47
- D. Huet-Weiller, obs. sous Cass. civ. 1, 30 octobre 1979 et Cass. civ. 1, 27 novembre 1979, D.1980, inf. rap., p. 426
- M. Jeol, concl. sous Cass. plén., 3 juin 1994, D. 1994, p. 395
- E. Jeuland, « Concentration des demandes : un conflit latent entre des chambres de la Cour de cassation », note sous Cass. civ. 1, 1^{er} juillet 2010, n° 09-10.364 et Cass. civ. 2, 23 septembre 2010, n° 09-69.730, JCP 2010, n° 1052
- P. Julien, « L'arrêt de l'exécution provisoire de droit d'une décision radicalement nulle est impossible. Problèmes. », note sous Paris, ord. prem. prés., 22 novembre 2000, D. 2001, p. 881

- P. Julien, « De l'arrêt de l'exécution provisoire à l'irrecevabilité de l'appel-nullité », note sous Aix-en-Provence, ord. prem. prés., 23 janvier 2004 et Paris, 4 février 2004, D. 2004, p. 1201
- P. Julien, « Procédure civile et voies d'exécution. Juin 2006 – décembre 2006 » D. 2007, p. 1380
- M. Kebir, « Recevabilité d'une demande au regard de sa finalité », note sous Cass. civ. 1, 22 octobre 2014, D. actu., 5 novembre 2014
- M. Kebir, obs. sous Cass. civ. 1, 16 novembre 2016, D. actu., 5 décembre 2016
- M. Keller, « Licenciement économique, cassation sans renvoi, unicité de l'instance : une mauvaise rencontre », note sous Cass. soc., 11 janvier 2006, Pages jaunes, Dr. soc. novembre 2006, p. 1010
- P. Labbé, « La mariée n'était pas vierge », note sous TGI Lille, 1^{er} avril 2008, n° 07-08458, D. 2008, p. 1389
- C. Laporte, « Arrêt de l'exécution provisoire », note sous Lyon, ord. prem. prés., 24 juillet 2002, *Sté Adrexo*, Procédures 2003, n° 18
- V. Larribau-Terneyre, « Du moment où le divorce sur double aveu et le divorce pour acceptation de la rupture deviennent exécutoires », note sous Cass. civ. 1, 19 mars 2008, n° 06-21.250 et Paris, 24^{ème} ch., 10 mai 2007, RG n° 06/00648, Dr. fam. Mai 2008, n° 5
- C. Larroumet, note sous Cass. com., 25 février 1981, D. 1981, p. 446
- A. Lecourt, « De l'utilisation de la procédure comme arme stratégique dans le contrat de distribution », note sous Cass. com., 24 mars 2015, AJCA 2015, p. 283
- C. Lefort, obs. sous Cass. civ. 3, 4 juin 2008, Rev. dr. et pr. 2008, p. 323
- R. Libhaber, « Arrêt de règlement et coupe du monde de football », note sous TGI Paris, 5 juin 1998, RTD civ. 1998, p. 784
- R. Lindon, concl. Cass. civ. 1, 20 mai 1969, D. 1969, p. 429
- P. Lyon-Caen, « Le principe d'unicité de l'instance doit-il être maintenu ? », obs. sous Cass. soc., 12 novembre 2003, Dr. soc., 2004, p. 100 et s.
- Ph. Malaurie, « Mensonge sur la virginité et nullité de mariage », note sous TGI Lille, 1^{er} avril 2008, n° 07-08458, JCP 2008, p. 440
- J. Massip, « L'autorité de chose jugée attachée aux décisions rendues en matière de subsides », D. 1996, p. 49, note sous Cass. civ. 1, 4 janvier 1995
- P. Mimin, note D. 1935, I, 17
- L. Miniato, « Bref aperçu des conditions et des conséquences de l'effet dévolutif de l'appel », note sous Cass. civ. 2, 24 juin 2004, LPA, 18 janvier 2005, p. 14
- I. Moreau-Margrève, « *Rechtsverwerking*, réflexions pour un requiem », obs. sous Cass. (Belgique), 17 mai 1990, Ann. dr. Liège, 1990, p. 288, n° 3

- H. Motulsky, note sous Cass. com., 19 juillet 1950, *Thomas c/. consorts Goelet et autres*, JCP 1951, II, 5952 et in *Écrits, études et notes de procédure civile, op. cit.*, p. 323, spéc. p. 325
- D. Mouralis, « Compétence successive du premier président et du conseiller de la mise en état dans le contentieux de l'exécution provisoire », note sous Aix-en-Provence, ord. réf., 6 décembre 2006, *Giudice c/. Puchois*, Juris-Data n° 2006-324684, JCP G 2007, II, 10080
- P. Murat, « Les époux sont dans de beaux draps », note sous Douai, 17 novembre 2008, n° 07-08458, Dr. fam. 2008, repères 7
- V. Norguin, « Nature et régime de la radiation du rôle en appel », note sous Cass. civ. 2, 18 juin 2009, D. 2009, p. 2532
- R. Perrot, note sous Cass. civ. 2, 18 février 1981, n° 78-10.799, RTD civ. 1981, p. 703
- R. Perrot, « Appel. Intervention volontaire : conditions de recevabilité » obs. sous Cass. civ. 1, 11 janvier 1983, *SNCF c/. Fevret*, RTD civ. 1983, p. 392
- R. Perrot, obs. sous Cass. civ. 3, 15 juin 1982, n° 81-10.509, RTD civ. 1983, p. 394
- R. Perrot, RTD civ., 1987, obs., p. 598
- R. Perrot, « Voies de recours. Délai : point de départ en cas de notifications successives. », obs. sous Cass. civ. 2, 27 janvier 1993, RTD civ. 1993, p. 651
- R. Perrot, obs. sous Cass. civ. 3, 25 janvier 1995, n° 93-12.815, RTD civ. 1995, p. 962
- R. Perrot, obs. sous Cass. soc., 10 juillet 1996, RTD civ. 1996, p. 981
- R. Perrot, « Astreinte : son point de départ en cas d'arrêt confirmatif », note sous Cass. civ. 2, 20 juin 1996, RTD civ. 1997, p. 509
- R. Perrot, « Astreinte. Son point de départ. », note sous Cass. civ. 2, 20 juin 1996 et Cass. civ. 2, 18 décembre 1996, Procédures 1997, n° 51
- R. Perrot, « Astreinte. Point de départ : jugement confirmé en appel », note sous Cass. civ. 2, 22 mars 2001, RTD civ. 2001, p. 661
- R. Perrot, obs. sous Cass. civ. 1, 18 mars 2003, RTD civ. 2003, p. 355
- R. Perrot, note sous Cass. civ., 2, 10 juillet 2003, Procédures 2003, n° 233
- R. Perrot, « Appel : les virtuosités de l'appel "voie d'achèvement" », note sous Cass. civ. 2, 20 novembre 2003, RTD civ. 2004, p. 141
- R. Perrot, « Appel. Intervention volontaire : l'évolution du litige n'est pas une condition de recevabilité », note sous Cass. civ. 2, 15 janvier 2004, RTD civ. 2004, p. 350
- R. Perrot, « Exécution provisoire de droit : l'interdiction faite au premier président de suspendre l'exécution », note sous Cass. soc., 18 mai 2004, RTD civ. 2004, p. 556
- R. Perrot, « Appel : intervention forcée d'un tiers et la notion d'évolution du litige », note sous Cass. plén., 11 mars 2005, RTD civ. 2005, p. 455

- R. Perrot, note sous Cass. plén., 24 février 2006, Procédures 2006, comm. 96
- R. Perrot, « À quel moment apprécier l'intérêt ? », note sous Cass. civ. 2, 6 avril 2006, n° 04-12.803, Procédures n° 7, juillet 2006, n° 149
- R. Perrot, « Régime juridique », note sous Cass. civ. 2, 7 juin 2006, Procédures 2006, n° 152
- R. Perrot, « Appel incident en matière prud'homale : en cas de désistement écrit de l'appelant », obs. sous Cass. soc., 14 mars 2007, Bull. civ. V, n° 49, RTD civ. 2007, p. 642
- R. Perrot, « La portée d'un subsidiaire », note sous Cass. civ. 2, 21 décembre 2006, Procédures 2007, comm. 57
- R. Perrot, « Exécution d'un jugement non assorti de l'exécution provisoire », obs. sous Cass. civ. 2, 5 avril 2007, n° 06-12.216, Procédures 2007, comm. 125
- R. Perrot, « Appréciation souveraine de l'intérêt à agir et du lien suffisant », obs. sous Cass. mixte, 9 novembre 2007, Procédures 2008, comm. 5
- R. Perrot, « Intervention forcée : l'invitation d'un juge n'est qu'une simple faculté », note sous Cass. com., 11 décembre 2007, n° 06-18.618, RTD civ. 2008, p. 154
- R. Perrot, « Appel : intervention forcée en cause d'appel », obs. sous Cass. civ. 3, 28 janvier 2009, n° 07-19.240, RTD civ. 2009, p. 368
- R. Perrot, « Exécution provisoire : radiation du rôle de la juridiction d'appel pour défaut d'exécution du jugement », note sous Cass. civ. 2, 18 juin 2009, RTD civ. 2009, p. 574
- R. Perrot, « Exécution provisoire : compétence du premier président après radiation de l'appel », note sous Cass. civ. 2, 17 février 2011, n° 10-15.115, RTD civ. 2011, p. 389
- R. Perrot, « Exécution provisoire : exécution aux risques et périls du gagnant, même en cas d'exécution volontaire », note sous Cass. civ. 2, 8 septembre 2011, RTD civ. 2012, p. 149
- R. Perrot, « Expertise : la place de la contradiction ? », obs. sous Cass. civ. 2, 8 septembre 2011, n° 10-19.919 et Cass. civ. 1, 1^{er} février 2012, n° 10-18.853, RTD civ. 2012, p. 374
- R. Perrot, note sous Cass. civ. 2, 10 janvier 2013, n° 12-11.667, Procédures 2013, comm. 62
- R. Perrot, « Appel : qui peut-on intimer ? », note sous Cass. civ. 2, 14 novembre 2013, n° 12-23.910 et Cass. com., 19 novembre 2013, n° 12-26.660, RTD civ. 2014, p. 163
- J. Prévault, note sous Cass. civ. 1, 3 octobre 1984, n° 83-11.373, JCP 1985, II, 20475
- E. Putman, note sous Cas. civ. 2, 9 septembre 2010, Rev. dr. et proc. 2010, p. 329
- G.-P. Quetant, obs. sous Cass. soc., 24 janvier 1996, Defrénois, 1997, p. 599.
- P. Raynaud, note sous Cass. plén., 3 avril 1962, JCP 1962, II, 12744
- P. Raynaud, note sous Cass. civ. 2, 3 mars 1967, RTD civ. 1967, p. 704
- P. Raynaud, note sous Cass. civ. 2, 3 décembre 1969, RTD civ. 1970, p. 415
- R. L., note sous Cass. civ. 1, 28 avril 1970, JCP 1970, II, 16418

- F. Rome, « La mariée avait un vice caché... », note sous TGI Lille, 1^{er} avril 2008, n° 07-08458, D. 2008, p. 1465
- E. du Rusquec, note sous Rennes, ord. prem. prés., 21 mars 1980, Gaz. Pal. 9-10 mai 1980, I, p. 303
- O. Salati, « Cassation de l'ordonnance du premier président arrêtant l'exécution provisoire de droit d'une ordonnance d'un juge de la mise en état ayant liquidé une astreinte », note sous Cass. civ. 2, 21 février 2008, n° 07-17.160, JCP 2008, II, 10075
- M. Saulier, « Mariage fictif et contrôle de proportionnalité », obs. sous Cass. civ. 1, 1^{er} juin 2017, n° 16-13.441, AJ Fam. 2017, p. 420
- J. Savatier, note JCP 1953, II, 7601
- R. Savatier, note D. 1928, I, 153
- R. Savatier, note sous Cass. civ. 1, 10 mars 1953, JCP 1953, II, 7601
- Y.-M. Serinet, « La recevabilité de l'intervention volontaire en cause d'appel relève de l'appréciation souveraine des juges du fond », note sous Cass. mixte, 9 novembre 2007, JCP G 2008, II, 10070
- Y.-M. Serinet, « Les demandes nouvelles dérivant du contrat en appel », note sous Cass. civ. 3, 20 janvier 2010, RDC 2010, n° 3, p. 935
- E. Serverin, « Propos sur la recevabilité des demandes nouvelles devant la juridiction de renvoi après cassation », note sous Cass. soc., 5 décembre 2006, Rev. trav. 2007, p. 51
- F. Terré, « Le libre choix du conjoint », note sous Douai, 17 novembre 2008, n° 07-08458, JCP 2008, p. 439
- Ph. Théry, « Concentration des demandes et concentration des moyens : le test des demandes incidentes ? », obs. sous Cass. civ. 1, 1^{er} juillet 2010, Bull. civ. I, n° 150, RTD civ. 2011, p. 586
- H. Thuillier, note sous Cass. civ. 3, 15 mai 1974, JCP 1975, II, 18156
- A. Tissier, note sous Cass. civ., 12 mars 1889, S. 1891, I, 513
- A. Tissier, note sous Alger, 18 décembre 1906, S. 1908, II, 57
- A. Tissier, note sous Cass. req., 2 juin 1908, S. 1909, I, 30
- A. Tissier, note sous Cass. ch. réunies, 12 juin 1909, S. 1890, I, 545
- J.-M. Turlan, concl. sous Paris, 19 février 1960, Gaz. Pal. 1960, I, 194
- T. Verheyde, « Appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille. – À propos du décret du 23 décembre 2009. », JCP G 2010, n° 39
- J. Viatte, note sous Cass. civ. 2, 15 avril 1970, JCP G 1970, II, 16487
- H. Vizioz, note sous Bourges, 16 mars 1948, JCP 1948, II, 4277
- L. Weiller, « Immutabilité ou évolution du litige en appel », note sous Aix-en-Provence, 16 mai 2002, Bull. Aix 2002-2, note 11, p. 151

- L. Weiller, « Renouveau des critères de l'autorité de la chose jugée : l'Assemblée plénière invite à relire Motulsky », note sous Cass. plén., 7 juillet 2006, *Cesareo*, D. 2006, p. 2135
- G. Wiederkehr, « Étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile : notion d'identité de cause », note sous Cass. plén., 7 juillet 2006, JCP G 2007, II, 10070
- G. Wiederkehr, obs. sous Cass. civ. 3, 20 janvier 2010, RGDP 1999, n° 4, p. 627

INDEX

Les numéros renvoient aux paragraphes et non aux pages.

- A -

Action en justice

- action à fins de subsides, 344 et s.
- action attitrée, 91 et s., 123, 382
- action banale, 91 et s.
- action en recherché de paternité, 52, 111, 118, 344 et s.
- action fondamentale, 349, 389
- actions édiliciennes, 331 et s.

Appel

- abusif, 77 et s.
- appel-nullité, 41, 47, 397, 408, 422
- dilatoire, 77 et s., 153 et s., 194, 381
- incident, 202 et s., 374, 377, 419
- principal, 202 et s.
- provoqué, 208 et s.
- ministère public, 117 et s.
- voie d'achèvement, 11 et s., 87, 128, 140, 153, 216, 218, 225, 226, 229, 234, 251, 255, 269, 295, 300, 312, 360, 383, 398, 401 et s., 422
- voie de réformation, 11 et s., 17, 59, 68, 86, 128, 134, 140, 141, 153, 226, 229, 245, 255, 264, 276, 397 et s., 422, 425

Astreinte

55, 141 et s., 173, 184 et s., 318 et s.

- C -

Cause

108, 281, 312, 314, 333, 346, 347, 349, 351, 360 et s., 387, 388

Chose jugée

25, 32, 33, 44, 46, 49, 50, 55, 57, 59, 66, 106, 130 et s., 140, 153, 154, 160,

165, 178, 182, 189, 194, 197, 200, 206, 215, 218, 240, 246, 254, 271, 281, 283, 304, 309, 319, 330, 333, 351, 353, 359 et s., 381 et s., 420

Concours d'actions, 289 et s.

- option matérielle, 291 et s.
- option formelle, 308 et s.

- D -

Demande

- incidente, 205, 210, 217, 219, 224, 271, 374
- nouvelle, 67, 69, 107, 108, 110, 111, 114, 143, 211, 218, 219, 222, 223, 229, 234, 246, 255, 264, 265, 266 et s., 292 et s., 314 et s., 334 et s., 360 et s., 372 et s., 378 et s., 388, 389, 402, 404, 408, 409, 418, 420
- prétention, 255 et s.
- reconventionnelle, 180, 217, 221, 276, 301, 303, 369, 378

Droit romain

3, 25, 35, 46, 58, 78, 81, 363, 387 et s., 428

- E -

Effets

- effet dévolutif, 3, 51, 56 et s., 134, 200 et s., 362, 398
- effet suspensif, 58, 128 et s., 150 et s., 184, 187, 206

Évocation

51, 242 et s., 408, 226, 227

Exécution provisoire

86, 122, 131, 140, 146, 150 et s., 324, 381

Exécution forcée

178 et s., 282, 288 et s., 309 et s., 367, 383, 393

- F -**Fins**

112, 222, 278 et s., 293 et s., 336 et s., 344 et s., 370, 384

Force exécutoire

130 et s.

- I -**Instance**

- analyse contractuelle, 25 et s., 261, 270
- cassation, 413 et s.
- première instance, 38 et s., 56 et s.
- renvoi après cassation, 417 et s.

Intérêt

- pour agir, 72 et s., 93 et s., 104 et s., 121 et s., 212 et s., 217, 219, 224, 378 et s.
- procédural, 70 et s.
- substantiel, 66 et s.
- succombance, 42, 67 et s., 104, 121 et s., 212 et s., 378, 381, 406, 435

- J -**Juge**

- mise en cause d'office, 240
- premier président, 145, 156 et s., 187, 195 et s., 324,

- L -**Litige**

- évolution, 13, 27, 31, 71, 74, 75, 112, 114, 116, 215, 218, 225 et s., 246, 261, 262, 263 et s., 269, 354, 341 et s., 389, 390, 399, 400, 406, 409, 419
- immutabilité, 257 et s., 267, 269, 276, 303, 335, 343, 406

- M -**Mesure d'administration judiciaire**

46 et s., 189, 198

Moyens

- concentration, 33, 235, 360, 366, 383, 385, 388, 438, 440, 441,
- invocation, 34, 84, 85, 97, 111 et s., 159 et s., 163, 168, 170, 179, 204, 211, 260, 262, 268 et s., 306, 337, 349, 360, et s., 364 et s., 366 et s., 382, 385, 388, 405 et s.

- N -**Nullité**

36, 61, 109, 118, 122, 168, 203, 206, 244, 245, 282, 288, 289, 292 et s., 305, 307, 309, 315, 318, 336, 339, 355, 367, 369, 382, 383, 393, 418, 422

- O -**Objet**

69, 113, 210, 255, 287, 288, 299, 312, 313, 315, 327, 329, 334 et s., 358, 368, 385, 390, 391, 393, 397

Ordre public

7, 8, 49, 118 et s., 169, 229, 267 et s., 312, 345, 372

- P -

Parties

97 et s., 201 et s., 252 et s.

Principe de proportionnalité

414 et s.

Principes directeurs

- contradictoire, 25, 169, 170, 174, 175, 189, 235, 262, 275
- dispositif, 59, 60, 241, 252, 259, 264, 270, 275, 324

- Q -

Qualité

88 et s. 99 et s., 117 et s., 209 et s., 217, 219, 223, 351, 382

- R -

Radiation de l'instance

47, 187 et s.,

Rescision pour lésion

52, 53, 289, 292 et s., 301, 303, 309, 315, 318, 355, 367, 383, 393

Résolution

282, 287 et s., 301, 303, 304, 307, 309 et s., 355, 362, 366, 367, 369, 383, 393

- S -

Subsidiarité

366 et s.

- U -

Unicité de l'instance

- droit du travail, 372 et s.
- divorce, 378 et s.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	13
PARTIE I : L'INSTANCE D'APPEL, RÉPÉTITION DU PROCÈS	29
Titre I : L'identification de l'instance d'appel	31
Chapitre I : L'intégration au procès civil	33
Section I : L'existence d'une instance	33
§ 1. La définition de la notion d'instance	33
A. Hésitations jurisprudentielles	34
B. Tâtonnements doctrinaux	37
§ 2. La distinction de l'instance et d'autres notions processuelles	43
Section II : L'existence d'une première instance	50
§ 1. L'existence d'un jugement susceptible d'appel	51
A. L'ouverture d'une voie de recours par la loi	51
B. La fermeture de l'appel résultant de la volonté des parties	53
§ 2. L'existence d'un jugement au fond	55
A. Les mesures d'administration judiciaire	55
B. Les mesures concourant à la solution du litige	58
Section III : La dévolution, passage de la première instance à l'instance d'appel	64
§ 1. L'effet négatif de la dévolution	64
§ 2. L'effet positif de la dévolution	66
Chapitre II : L'exercice d'une nouvelle action en justice	71
Section I : L'intérêt	72
§ 1. Les caractéristiques de l'intérêt pour interjeter appel	72
A. L'intérêt substantiel	73
B. L'intérêt procédural	77
C. La détermination de l'intérêt dans le temps du procès	78
§ 2. L'abus du droit d'appel	83
A. L'élément matériel de l'abus du droit d'appel	83
B. L'élément intentionnel de l'abus du droit d'appel	87
Section II : La qualité	93

§ 1. Les caractéristiques de la qualité pour agir	93
A. La notion de qualité pour agir	93
B. La qualité pour interjeter appel	99
§ 2. Les évolutions de la qualité dans l'instance d'appel	103
A. Les liens unissant la qualité substantielle à la qualité procédurale	103
B. Le changement de qualité	113
Section III : L'appel du ministère public	121
Titre II : Les effets de l'instance d'appel	133
Chapitre I : L'effet suspensif, garantie de la répétition	135
Section I : Les conséquences de l'effet suspensif sur l'efficacité du jugement	135
§ 1. Le maintien de l'autorité de la chose jugée	136
§ 2. La confirmation rétroactive du jugement	139
A. La confirmation rétroactive des droits de l'intimé	139
B. La rétroactivité de l'astreinte et des intérêts moratoires	148
Section II : L'exécution provisoire	158
§ 1. La tentative d'une généralisation de l'exécution provisoire	158
§ 2. L'arrêt de l'exécution provisoire	166
A. Le caractère sérieux de l'appel, critère juridique	166
B. Les conséquences manifestement excessives, critère économique	170
C. La violation de l'article 12 du C.P.C., critère processuel	178
§ 3. Les conséquences de l'exécution provisoire	186
A. L'exécution aux risques et périls du créancier	187
B. La radiation de l'instance d'appel	201
Chapitre II : L'effet dévolutif, assouplissement de la répétition	215
Section I : L'élargissement de l'effet dévolutif par les parties au procès	215
§ 1. L'appel principal et l'appel incident	216
§ 2. L'appel provoqué	222
A. La nature juridique de l'appel provoqué	223
B. L'intérêt pour former un appel provoqué	226
C. Les liens unissant l'appel provoqué et l'intervention	228
Section II : L'élargissement de l'effet dévolutif par les tiers au procès	231
§ 1. L'intervention volontaire	232

§ 2. L'intervention forcée	242
Section III : L'élargissement de l'effet dévolutif par le juge	260
§ 1. La mise en cause ordonnée par le juge	260
§ 2. L'évocation	263
PARTIE II : L'INSTANCE D'APPEL, RENOUVELLEMENT DU PROCÈS	273
Titre I : Le comportement procédural des parties	275
<i>Chapitre I : La liberté encadrée de la demande</i>	<i>277</i>
Section I : La formulation des demandes	277
§ 1. Distinction de la demande et de la prétention	277
§ 2. Immutabilité et évolution du litige au regard de l'instance d'appel	280
A. L'immutabilité du litige	281
B. L'évolution du litige	285
Section II : La prohibition des demandes nouvelles	288
§ 1. Le régime procédural des demandes nouvelles	288
§ 2. La prohibition des demandes nouvelles au regard du fond	297
A. La détermination difficile des fins de la prétention	298
B. Les critères proposés par la doctrine	301
C. La liberté d'invocation des règles de droit	303
<i>Chapitre II : La mise en œuvre des concours d'actions</i>	<i>311</i>
Section I : L'option matérielle	312
§ 1. La rescision pour lésion et la nullité	313
§ 2. Les divergences d'interprétation de l'identité des fins	320
§ 3. La négligence du fondement factuel	327
Section II : L'option formelle	329
§ 1. L'exécution forcée et la résolution	329
§ 2. Les actions édiliciennes	350
Section III : Le renouvellement de l'objet	352
§ 1. L'élargissement de l'objet	352
§ 2. L'évolution de l'objet	357
§ 3. Le remplacement de l'objet	360

Titre II : La rationalisation par le droit	373
Chapitre I : Les outils juridiques de la régulation	375
Section I : Les possibilités de variation de la demande	375
§ 1. Le renouvellement de la cause de la demande	376
§ 2. L’invocation de moyens nouveaux	383
§ 3. La hiérarchisation des demandes par la subsidiarité	384
Section II : La règle de l’unicité de l’instance	391
§ 1. L’unicité de l’instance dans le contentieux prud’homal	392
§ 2. L’unicité de l’instance dans le contentieux du divorce	401
§ 3. L’adaptation de l’unicité de l’instance au droit commun du procès	407
Section III : Les systèmes d’unification de la demande	411
§ 1. L’identité de question litigieuse	411
§ 2. L’identité d’action fondamentale	413
Chapitre II : La physionomie nouvelle de la voie d’appel	419
Section I : Les enjeux du rôle de l’appel	419
§ 1. La conception traditionnelle de l’appel	419
§ 2. Les propositions récentes	426
§ 3. Le souci d’une politique judiciaire efficace	430
Section II : L’appel dans la chaîne des instances	433
§ 1. L’instance d’appel au regard de l’instance de cassation	434
A. L’office renouvelé de la Cour de cassation	434
B. L’instance sur renvoi après cassation	439
§ 2. L’instance d’appel au regard des nouvelles exigences du procès civil	442
A. L’office renouvelé de la cour d’appel	442
B. Une conception binaire du procès	445
CONCLUSION GÉNÉRALE	451
BIBLIOGRAPHIE	457
INDEX	491