



HAL
open science

L'appel en contentieux judiciaire privé

Yves Strickler

► **To cite this version:**

| Yves Strickler. L'appel en contentieux judiciaire privé. 2007. hal-00179174

HAL Id: hal-00179174

<https://hal.science/hal-00179174v1>

Preprint submitted on 13 Oct 2007

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'appel en contentieux judiciaire privé¹

par Yves STRICKLER

Professeur à l'Université de Strasbourg

1. Dans leur lettre d'invitation, les organisateurs de cette journée d'études ont fixé pour objet premier de la manifestation, un anniversaire, et l'ont assorti d'un vœu d'espoir qui est de permettre « à chacun de progresser dans sa connaissance d'une voie de recours parfois négligée par la doctrine universitaire ». Il faut dire, à la décharge de cette doctrine que les réformes successives de l'Université et spécialement la réforme LMD qui a conduit à minorer les volumes d'enseignement dans bien des établissements, n'ont guère facilité les choses : car s'il est bon d'écrire dans les domaines que l'on enseigne et d'enseigner dans les disciplines où l'on développe sa recherche, l'étude normalement chronologique de toute question de procédure, amène à observer, presque en bout de course, les voies de recours parmi lesquelles celle qui exprime le double degré de juridiction, la voie d'appel. Et immédiatement, il me revient de perturber un peu la fête et les 20 ans des CAA, car la question du double degré de juridiction ne se limite pas à l'existence même de cours d'appel, ce qui apparaît à la simple lecture du programme de la journée, qui annonce qu'en contentieux administratif, le Conseil d'Etat peut lui aussi être juge d'appel...² ?

En droit judiciaire privé, l'exercice d'une voie d'appel -d'un recours de second degré-, peut aussi se concevoir (mais ce n'est évidemment pas la norme) en-dehors de la cour d'appel. L'hypothèse se vérifie en droit civil, où l'on remarque par exemple qu'un recours peut, en toutes matières, être formé devant le *tribunal de grande instance* contre les décisions du juge des tutelles et contre celles du conseil de famille (art. R. 311-3 COJ) ; mieux encore, l'hypothèse se signale à l'article R. 211-2 du Code de l'organisation judiciaire qui permet par décret en Conseil d'Etat pris après avis du conseil de l'organisation judiciaire, de déterminer « les matières ressortissant à la compétence du tribunal d'instance dont le tribunal de grande instance connaît en appel ». L'hypothèse se révèle également en droit pénal, avec notamment le jeu de l'appel circulaire, qui consiste à saisir une autre cour d'assises que celle qui s'est prononcée en un premier temps. L'histoire nous a appris à ce sujet que la multiplication des voies de recours sous l'Ancien Régime avait conduit la Révolution à ramener à deux degrés le nombre des juridictions. Mais en 1789, l'appel circulaire était porté d'un tribunal de district à l'autre. C'est avec Napoléon que des tribunaux spécifiques à l'appel se sont imposés sur le devant de la scène judiciaire. Aujourd'hui et s'agissant de l'appel criminel, on se souviendra que, même circulaire, le double degré ne se conçoit qu'avec l'idée d'une juridiction

¹ Texte de la conférence prononcée le vendredi 12 octobre 2007 à Nancy, à l'occasion du XX^e anniversaire des Cours administratives d'appel.

² Intervention suivante, de Mme M. Ubaud-Bergeron.

hiérarchiquement supérieure à celle qui s'est prononcée la première, en se souvenant aussi qu'en l'occurrence, la supériorité de la cour de second degré ne tient qu'au nombre plus important de jurés tirés au sort pour composer la cour d'assises... Enfin et parfois, ce n'est pas la cour mais son premier président qui est érigé en juridiction d'appel, comme par exemple s'agissant des contestations concernant le montant et le recouvrement des honoraires des avocats³.

2. En 1828, Bentham faisait l'éloge des cours d'appel et il tenait pour acquis leur haute mission : « Réformer des décisions injustes, soit que l'injustice ait été involontaire, soit qu'elle ait eu pour cause l'ignorance ou l'erreur ; prévenir des jugements volontairement iniques, en ôtant l'espérance de les voir jamais exécutés. Considérer une cour d'appel comme simplement utile, ce n'est point s'en faire une assez haute idée, elle est d'une nécessité absolue »⁴.

L'idée dominante dans la perception des cours d'appel telle qu'ici exprimée, est le souci de maintenir un équilibre dans la chaîne des instances, du premier degré jusqu'au plus élevé, en passant par cette voie de recours du second degré. Avec une juridiction hiérarchiquement supérieure, composée selon un principe de collégialité alors que le premier juge statue souvent dans sa souveraine solitude, avec des magistrats plus expérimentés et après un temps qui a nécessairement permis aux éléments du litige de reposer, l'appel apparaît comme un moyen privilégié d'assurer tant une bonne administration de la justice que la sauvegarde des libertés publiques, puisque tout porte à penser que les éventuelles erreurs commises en première instance seront alors corrigées. En écho, l'article 543 du nouveau Code de procédure civile dispose de manière générale que : « 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 ».

3. « L'appel [dit l'article 561 du nouveau Code] remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit ». L'effet dévolutif de l'appel ainsi affirmé apparaît comme l'expression même du double degré de juridiction. Cette expression vise la possible réformation de la décision de premier degré ; mais, dans un souci de limiter les pertes de temps et d'énergie, la voie d'appel est aussi devenue une voie d'achèvement. Conservons ce premier temps de l'étude : l'expression de la voie d'appel en droit judiciaire privé matérialise une voie de réformation mais aussi une voie d'achèvement.

³ Décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 *organisant la profession d'avocat*, art. 174 et s.

⁴ J. Bentham, *Organisation judiciaire*, 1828, chap. 26, p. 135.

Une fois le principe du double degré affirmé, il se manifeste, en droit privé⁵, par l'effet suspensif normalement attaché à la voie d'appel et à son exercice (art. 539). Cet effet suspensif vise à éviter que ne soit créée une situation sur laquelle il faudrait revenir en cas de succès de l'appel. L'objectif poursuivi est alors d'éviter que tout soit d'ores et déjà réalisé dès le stade de la première instance. Cet effet suspensif et ses évolutions formeront le second temps de la présentation de l'appel en droit judiciaire privé.

I. L'expression de la voie d'appel en droit judiciaire privé : une voie de réformation mais aussi une voie d'achèvement

4. De nos jours, l'accélération du jugement des affaires est l'une des attentes prioritaires des justiciables et l'idée s'est imposée que différer la justice, c'est au minimum donner le sentiment de la méconnaître, voire de commettre un déni de justice. D'où la possibilité offerte au plaideur de renoncer (mais seulement une fois le litige né) à la voie d'appel, l'instauration d'un recours parfois différé⁶, la possibilité -comme nous le verrons- d'étendre le litige devant la cour, et même, l'existence de situations où la voie d'appel est purement et simplement supprimée : il n'existe donc pas de droit absolu à disposer d'une voie de recours et, spécialement, celle du *double degré de juridiction*, qui a toujours été assortie de nombreuses exceptions. On peut évoquer l'hypothèse de la décision sur la seule compétence, qui n'est susceptible que de contredit ; mais la plus célèbre d'entre les exceptions à envisager est marquée par un brocard latin : *de minimis non currat praetor* (« des affaires minimales, le préteur n'a cure »). A cet égard, le choix de réclamer « un euro symbolique », pour marquer le caractère de question de principe que l'on entend donner à l'affaire en cause, n'en est pas moins une demande déterminée et inférieure au taux du ressort : la voie de l'appel est alors fermée⁷.

5. Lorsque, à l'inverse, cette voie est ouverte, l'affaire portée devant la cour d'appel sera rejugé. Elle le sera en fait et en droit. C'est l'effet dévolutif ; c'est l'idée d'un second regard porté sur une affaire, une *même* affaire, déjà jugée en première instance. L'appel est une voie de réformation qui tend, dans cette approche, à revenir sur une décision rendue en première instance. C'est pourquoi, d'une part, l'existence de l'intérêt à interjeter appel est normalement appréciée au jour de l'appel et, d'autre part, que règne -du moins en principe- la règle dite de l'immutabilité du litige. Il n'est dévolu à la cour qu'autant qu'il a été jugé en première instance⁸. Cette solution s'appuie sur une tradition qui

⁵ La solution étant par principe inverse en contentieux administratif.

⁶ Par exemple les ordonnances du juge de la mise en état, art. 776 NCPC.

⁷ Cass. 2^e civ., 24 janvier 1996 (franc symbolique) : « c'est ce montant qui détermine le taux de ressort », *Bull. civ. II*, n^o 8.

⁸ *Tantum devolutum quantum judicatum*.

consiste à réputer que le jugement est rendu au jour de l'introduction de l'instance et qu'il ne convient ni de retarder outre mesure le jugement d'une affaire sous prétexte d'apports d'éléments nouveaux, ni de permettre par ce biais d'échapper à la règle du double degré de juridiction et de méconnaître, par ces apports nouveaux, le respect dû aux droits de la défense⁹.

Néanmoins, comme un temps s'est nécessairement écoulé entre le moment de la décision en première instance et celle à intervenir de la cour, il se peut qu'une évolution ait marqué le litige tel qu'il était apparu au premier regard. Des changements ont effectivement pu se manifester : les titulaires de droit peuvent ne plus être les mêmes ; des pièces nouvelles peuvent apparaître ou être produites dans l'intervalle ; des circonstances nouvelles peuvent aller jusqu'à rendre l'appel sans objet. Si le principe de l'immutabilité du litige est souvent énoncé, il ne peut être entendu de manière stricte. Il le peut d'autant moins depuis que l'appel est devenu, outre une voie de réformation des décisions des premiers juges, une voie d'achèvement des litiges.

6. Une voie d'achèvement des litiges : le débat qui a été engagé en première instance n'est pas simplement porté devant les juges d'appel ; l'appel est aussi l'occasion de le poursuivre, de le compléter et de permettre par ce mouvement de regrouper en un procès unique l'ensemble des éléments portés au débat d'un même litige. Ce qui peut changer ? D'abord, ce sont les éléments objectifs de la matière litigieuse, qui peuvent évoluer au travers tout particulièrement de moyens nouveaux proposés à la cour (mais non les demandes nouvelles¹⁰) ; la différence entre moyen et demande peut être illustrée : la demande fondée sur l'article 1382 du Code civil (la faute intentionnelle) et la demande fondée sur l'article 1384, alinéa 1^{er} (la responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde) tendent à une même fin, l'indemnisation. La seconde peut donc n'apparaître que comme un *moyen* nouveau, recevable pour la première fois en appel¹¹. En revanche, une action en nullité d'une vente et une action en réduction du prix ne poursuivent pas une même fin et l'on serait en l'occurrence en présence d'une véritable *demande* nouvelle et non d'un *moyen* nouveau¹². Ensuite, ce sont les éléments subjectifs de la matière litigieuse qui peuvent évoluer, avec l'arrivée de personnes nouvelles à hauteur d'appel. C'est l'intervention volontaire (art. 554 NCPC) voire forcée (art. 555) d'un tiers en

⁹ H. Croze, Ch. Morel et O. Fradin, *Procédure civile*, Litec, 3^e éd., n° 448.

¹⁰ Il existe cependant des exceptions prévues par le nouveau Code lui-même, parmi lesquelles les demandes en compensation, ou encore, les prétentions qui sont l'accessoire, la conséquence ou le complément » des demandes et défenses soumises au premier juge, pour peu qu'elles présentent un lien suffisant avec les prétentions originaires (art. 564 NCPC).

¹¹ V. cep. et comp., s'agissant de l'autorité de la chose jugée et non du jeu de la voie d'appel (mais à rapp. : Cass. Ass. plén. 7 juillet 2006: le demandeur doit présenter, dès la première demande, l'ensemble des moyens qui fondent sa prétention (forme de concentration des moyens dès la première demande). *Adde* Y. Strickler, *Procédure civile*, éd. Paradigme, 2007, n° 462, p. 239 à 241.

¹² H. Croze, Ch. Morel et O. Fradin, *op. cit.*, n° 1230 et 1231.

appel ; si la première hypothèse suppose simplement un intérêt pour le tiers et un lien suffisant avec le premier procès, la seconde, plus énergique à l'égard du tiers, impose le constat d'une évolution du litige¹³. La Cour de cassation a considéré que la mise en redressement judiciaire d'un entrepreneur, postérieurement au jugement de première instance, constitue un fait de nature à caractériser une évolution du litige. Dans cette espèce, un syndicat de copropriétaires avait assigné un entrepreneur pour des désordres qui étaient apparus dans des travaux immobiliers, mais non son assureur alors même que le syndicat connaissait l'existence du contrat d'assurance ; en appel, l'entreprise est tombée sous le coup d'une procédure collective et le demandeur songe à l'assureur qu'il *invite* (mais à fins de condamnation) à l'instance. Cette évolution du litige est prise en compte –et c'est de bon sens- par la jurisprudence¹⁴. Enfin, la cour d'appel saisie d'un jugement ayant ordonné des mesures d'instruction ou d'un jugement ayant statué sur une exception de procédure qui a mis fin à l'instance, peut évoquer l'affaire (art. 568) et par suite traiter les points non jugés au premier degré lorsqu'elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive. Il faut encore ajouter que l'irrecevabilité d'une demande nouvelle en appel n'est pas d'ordre public et que, par conséquent, sa sanction suppose une réaction des parties.

Au final, on constate que le procès soumis à la cour d'appel n'est plus tout à fait le même. Certes, les demandes tendent aux mêmes fins, mais l'objectif est bien de mettre plus complètement un terme au litige.

7. Ceci étant, en droit judiciaire privé, moins que la discussion sur le double degré de juridiction lui-même, c'est souvent davantage la question de la réglementation de l'exécution provisoire qui se trouve constamment renouvelée.

II. La matérialisation du double degré de juridiction en droit judiciaire privé : l'effet suspensif attaché à la voie d'appel

8. En retardant l'exécution, l'effet suspensif attaché à la voie d'appel de droit judiciaire privé empêche le gagnant de tirer profit immédiat d'une décision souvent obtenue après écoulement d'une première période de temps. L'effet suspensif peut alors entraîner des retards particulièrement injustifiés, lorsque l'appel poursuit des fins purement dilatoires ou encore, lorsque la situation du demandeur est telle qu'elle ne saurait souffrir de délais supplémentaires (on pense aux créanciers d'aliments, aux victimes, ou aux titulaires d'un droit évident).

¹³ Cass. 3^e civ., 22 juin 1994, n° 92-11655 (www.legifrance.gouv.fr), cité in *Dalloz Action* 2006/2007.

¹⁴ Cf. *Dalloz Action* 2006/2007, S. Guinchard *et alii*, n° 541.178 : la survenance de la procédure collective « justifiait que le demandeur fasse en appel ce qui ne lui avait pas paru indispensable en première instance ».

Pour éviter de telles conséquences, le nouveau Code comporte des mesures répressives, comme celles qui apparaissent avec l'amende civile et la condamnation au versement de dommages et intérêts, qui sanctionnent l'appel dilatoire ou abusif (art. 559). Dans une perspective équivalente et donc curative, l'appel est radié du rôle et privé de tout effet suspensif lorsque l'appelant n'a pas conclu dans les quatre mois de la déclaration d'appel (art. 915) et l'on remarque par ailleurs que l'obligation d'exécuter sous peine de radiation, qui existait pour la Cour de cassation (art. 1009-1 NCPC) a été étendue à la procédure d'appel lorsque le jugement de première instance est exécutoire (art. 526¹⁵).

Le nouveau Code prévoit en effet et en amont, des possibilités d'exécution provisoire, cette dernière conduisant à rompre directement l'effet suspensif du recours porté devant les juges d'appel. Il faut toutefois se souvenir qu'en ce cas, l'exécution du jugement de première instance, précisément en raison du jeu du double degré, n'est que provisoire : son sort est lié à la décision que rendra la cour. Ceci doit être rappelé, même si l'on sait qu'une exécution menée à son terme peut être de nature à retenir l'appelant d'exercer son recours¹⁶ ; et même si, alors que l'exécution a lieu aux risques et péril du créancier qui exécute, l'exécution provisoire peut parfois produire des conséquences irréversibles.

9. Certainement faut-il trouver là l'explication à l'attitude qu'avaient adopté certains premiers présidents de cour d'appel, qui s'étaient reconnus le pouvoir d'arrêter l'exécution provisoire attaché de plein droit à diverses décisions de première instance (et il faut préciser ici que si l'exécution provisoire *ordonnée* peut être arrêtée par le premier président lorsqu'elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives, la solution était totalement contraire en présence d'une exécution provisoire *de droit*, attachée de manière automatique à la décision de premier degré). Certains premiers présidents s'étaient néanmoins octroyés ce pouvoir lorsqu'ils étaient en présence d'une violation flagrante de la loi et, plus particulièrement, d'une règle fondamentale de procédure. Le plus souvent d'ailleurs, il s'était agi de la violation des droits de la défense. Cette solution prônée par les chefs de Cour portait le sceau du bon sens, car comment ne pas tenir pour excessif la poursuite de l'exécution immédiate de tels jugements ?¹⁷ Mais le bon sens ou les bons sentiments ne suffisent pas. Il a fallu attendre le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 pour trouver à cette extension de l'intervention possible du premier président une assise juridique certaine (art. 524, dern. al.).

¹⁵ Le premier président ou, dès qu'il est saisi, le conseiller de la mise en état, peut radier l'affaire du rôle lorsque l'appelant ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée d'appel ou avoir procédé à une consignation. Il est cependant réservé le cas où l'exécution serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives et celui où l'appelant est dans l'impossibilité d'exécuter la décision.

¹⁶ V. aussi Ph. Théry, *L'après-jugement, aspects sociologiques*, in Archives phil. droit, t. 39, p. 259, n° 20.

¹⁷ V. *RTD civ.* 1987.152, obs. R. Perrot.

10. La loi elle-même est venue, parfois, inverser la règle de droit commun de l'effet suspensif de l'appel. C'est ainsi que, s'agissant du juge de l'exécution, l'ouverture de la voie d'appel et l'effet habituellement attaché à ce recours sont dissociés : sa décision peut toujours être frappée d'appel, mais le recours n'a pas d'effet suspensif¹⁸. L'explication de cette inversion réside dans la mission attribuée au juge de l'exécution : comme il connaît d'une difficulté d'exécution, on ne veut pas retarder l'exécution à l'excès¹⁹.

Concernant les jugements rendus en matière de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires, le Code de commerce prévoit à l'article R. 661-1 qu'ils sont, sauf exception, exécutoires de plein droit à titre provisoire, sous réserve de l'appel interjeté par le Ministère public qui est suspensif d'exécution (dern. al. ; on estime que le Ministère public ne va pas faire appel pour le seul plaisir de retarder le cours de la justice !). Le texte poursuit en affirmant la possibilité de restaurer l'effet suspensif de l'appel malgré le caractère automatique attaché par la loi à l'exécution provisoire, le critère étant ici tiré des « moyens invoqués à l'appui de l'appel [qui doivent paraître] sérieux ». La solution retenue a-t-elle vocation à être généralisée ? On peut en douter car, même ici, il n'est pas possible d'arrêter l'exécution provisoire de droit dans tous les cas. L'article R. 661-1 qui pose la règle ne vise que certains textes (et donc certains cas seulement) et la faculté d'arrêter l'exécution légale ne touche que des décisions particulièrement graves de conséquences : ainsi par exemple, le jugement qui prononce la liquidation judiciaire.

11. Une fois l'arrêt d'appel rendu –et nous arrivons ainsi tant vers la fin chronologique de la procédure que de celle de mon intervention–, un équilibre doit être trouvé entre les intérêts des diverses parties à l'instance. Lorsque le jugement est confirmé, les droits de l'intimé sont rétroactivement acquis²⁰ ; mais inversement, lorsque le jugement est infirmé, celui qui a été créancier en première instance doit « restituer le débiteur dans ses droits en nature ou par équivalent »²¹. Cette restitution est la conséquence directe de la règle de principe selon laquelle celui qui exécute le fait toujours à ses risques et périls. L'exécution entreprise sur le fondement de la décision de première instance s'appuie sur un titre fragilisé par le jeu du double degré ; en tant que telle, elle constitue un risque²². Celui qui se décide à le courir (en exécutant) doit en assumer les conséquences. On remarque cependant/ que s'agissant de la condamnation au versement d'une somme d'argent, la jurisprudence qui faisait

¹⁸ Art. 28 et 30 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992.

¹⁹ Cf. N. Catala, *JO AN*, CR 3 avril 1990, p. 40.

²⁰ Cass. 2° civ., 5 avril 1994, *Bull. civ. II*, n° 114, *RTD civ.* 1995.190, obs. R. Perrot ; Cass. 2° civ., 20 juin 1996, *D.* 1996. Inf. rap. 179.

²¹ Art. 31 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991.

²² ex. Cass. 3° civ., 31 mai 1978, *Bull. civ. III*, n° 236 Cass. 1^{re} civ., 6 juin 1990, *ibid.* I, n° 140.

courir les intérêts légaux du jour du versement a été renversée : depuis 1987 et un arrêt d'Assemblée plénière, ces intérêts ne courent, sauf décision contraire du juge d'appel, qu'à « compter de la notification, valant mise en demeure, de la décision ouvrant droit à restitution »²³. La Haute juridiction marque ainsi qu'un titre provisoire n'est pas de pure apparence. Dans le même temps, on constate qu'indépendamment du sentiment que peut éprouver l'appelant (qui n'obtient restitution intégrale qu'à compter de la notification de la décision d'appel), la logique actuelle est dans la valorisation du titre exécutoire fut-il provisoire, fut-il sous l'effet d'une voie de recours suspensive d'exécution ! Avantage au gagnant en première instance, même si, pour ménager l'effet utile de l'arrêt à intervenir, il est envisageable -par des mesures de sauvegarde, par des mesures de précaution²⁴- de protéger le plaideur malheureux en première instance. Le double degré de juridiction n'est plus tout à fait aujourd'hui ce qu'il était jadis.

* * *

²³ Cass. Ass. plén., 3 mars 1995, *Gaz. Pal.* 1995.1.258, concl. Jéol.

²⁴ Celles prévues aux articles 517 à 522, par exemple, la constitution d'une garantie réelle ou personnelle par le créancier de l'obligation (art. 517 à 520) ou encore, la suspension de l'exécution provisoire contre consignation.