



HAL
open science

Réflexions sur la caducité de la déclaration d'appel

Maxime Barba

► **To cite this version:**

| Maxime Barba. Réflexions sur la caducité de la déclaration d'appel. 2019. hal-02414249

HAL Id: hal-02414249

<https://hal.science/hal-02414249v1>

Preprint submitted on 16 Dec 2019

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.

Réflexions sur la caducité de la déclaration d'appel

(à propos de Civ. 2^e, 5 sept. 2019, n° 18-21.717, *Dalloz Actualité* 8 oct. 2019, obs. R. Laffly, *JCP G* 2019.1216 note H. Herman, *Procédures* nov. 2019, comm. 278 H. Croze, *Gaz. Pal.* 17 sept. 2019, p. 30 obs. C. Berlaud ; CE, 13 nov. 2019, n° 412255, *Dalloz Actualité* 29 nov. 2019, obs. R. Laffly)

Par Maxime Barba, docteur en droit

La caducité de la déclaration d'appel constitue un incident d'instance ; le prononcé automatique et d'office de cette caducité est conforme au droit au procès équitable : tels sont, à l'endroit de la caducité de la déclaration d'appel, les deux enseignements techniques et fondamentaux à retirer de l'étude comparative de la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État en cette fin d'année 2019. Une critique constructive peut néanmoins être fournie sur chacun de ces enseignements.

1. Rapport « Nallet » sur la réforme du pourvoi en cassation en matière civile, report partiel de l'entrée en vigueur de la réforme de la procédure civile (au niveau de l'assignation à date), réforme de l'exécution provisoire : le droit judiciaire privé fait, en cette fin d'année 2019, l'objet d'une actualité brûlante, qui intéresse la pratique autant que la doctrine. La procédure d'appel n'échappe pas à ce constat, à raison d'une importante actualité jurisprudentielle¹. Le 5 septembre 2019, la Cour de cassation a livré un arrêt essentiel, relatif à la procédure d'appel en général et à la notification des conclusions de l'appelant en particulier. Dans la foulée, le 13 novembre 2019 précisément, le Conseil d'État s'est prononcé sur le recours pour excès de pouvoir dirigé à l'encontre du décret du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile. Qu'il nous soit permis à titre liminaire de dire séparément quelques mots de ces décisions, avant de nous pencher plus avant sur leur confluence, qui intéresse particulièrement la nature et le régime de la caducité de la déclaration d'appel.

2. L'arrêt compact de la Cour de cassation est riche de deux enseignements, l'un relativement technique, l'autre plus fondamental : la caducité de la déclaration d'appel n'est pas une exception de procédure mais un incident d'instance ; le prononcé automatique de la caducité de la déclaration d'appel sanctionnant la notification irrégulière des conclusions de l'appelant à l'intimé est conforme au droit au procès équitable². La Haute cour ne cède ainsi pas à la qualification d'exception de procédure suggérée par le requérant à l'endroit de la caducité de la déclaration d'appel, avec le régime associé (invocation *in limine litis*, v. art. 74 du CPC). Elle ne cède pas plus devant l'argument-massue du procès équitable formulé par le requérant, lequel espérait en substance échapper au rigoureux régime de sanctions prévu par l'article 911 du CPC.

3. La récente décision du Conseil d'État ne se laisse quant à elle pas aussi simplement synthétiser, même en mettant de côté les apports particuliers relatifs au contredit de compétence, à la saisine de la juridiction de renvoi après cassation et à l'application dans le temps du décret du 6 mai 2017, ainsi que les questions de légalité externe. Pour cause, les critiques formulées par les requérants, adossées pour l'essentiel à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et à l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, portaient sur de nombreux points : sur la consécration de l'appel « voie d'achèvement »³, sur l'obligation de mentionner dans la déclaration d'appel les

¹ V. outre la jurisprudence visée ci-dessus : Civ. 2^e, 14 nov. 2019, n° 18-22.167 ; Civ. 2^e, 14 nov. 2019, n° 18-17.839.

² V. *infra* pour le détail de l'irrégularité en cause.

³ V. n° 12 et s. de la décision en question.

chefs du jugement critiqué⁴, sur la signification obligatoire de la déclaration d'appel à l'intimé non constitué à peine de caducité relevée d'office⁵, sur les brefs délais imposés dans le circuit court à peine de caducité de la déclaration d'appel (côté appelant) ou d'irrecevabilité des conclusions (côté intimé)⁶, sur la définition de la nature des conclusions produites par les parties⁷, sur l'instauration d'une exception de force majeure⁸, sur le principe de « concentration des prétentions »⁹, sur l'interdiction faite à l'appelant dont la déclaration d'appel a été frappée d'appel ou dont l'appel a été déclaré irrecevable de réitérer l'appel¹⁰, sur le principe de concentration des moyens tendant à l'irrecevabilité de l'appel¹¹ et sur la formalisation imposée des conclusions d'appel¹². Si les angles d'attaques sont nombreux (répétitifs à certains égards, contradictoires par endroits), la réponse du Conseil d'État, en forme de rejet, est néanmoins simple : la procédure d'appel telle que réformée par le décret du 6 mai 2017 est conforme au droit au procès équitable. Plus spécifiquement, la sévérité des différents régimes de sanction est justifiée par la recherche de la célérité et de l'efficacité de la procédure d'appel avec représentation obligatoire¹³ ; étant d'ailleurs relevé que l'instauration d'une exception de force majeure par le décret critiqué « est de nature à atténuer le caractère automatique des conséquences procédurales attachées à la méconnaissance de délais impartis » aux parties¹⁴. La sévérité affichée procèderait d'ailleurs plus généralement de l'impératif de bonne administration de la justice – dont l'invocation semble au demeurant quantitativement excessive, la force de l'argument perdant en conviction à mesure de sa répétition¹⁵.

4. Deux constats peuvent être immédiatement formulés à l'aune du rapprochement du succinct arrêt de la Cour de cassation et de la plus conséquente décision du Conseil d'État. Le premier, quasiment un truisme à ce stade : la procédure d'appel résiste aux critiques inspirées du droit au procès équitable. Tel est l'état du droit positif, quoiqu'il soit regrettable à notre estime¹⁶. Le second : le Conseil d'État paraît en substance avaliser la jurisprudence de la Cour de cassation en ce domaine¹⁷, donnant l'image d'une belle harmonie jurisprudentielle, opportune en soi. Au-delà, deux réflexions peuvent être proposées à l'endroit de la caducité de la déclaration d'appel, partant du rapprochement de ces deux décisions : la caducité de la déclaration d'appel s'analyse-t-elle exclusivement en incident d'instance (et dans l'affirmative, quel régime suivre) ? Ce régime de sanction est-il véritablement conforme au droit au procès équitable (et dans la négative, que proposer) ? La position conjointe des juridictions suprêmes françaises sur ces interrogations n'emporte pas totalement la conviction ; c'est pourquoi il faut revenir sur la nature de la caducité de la déclaration d'appel (I) et sa conventionnalité (II), plus postulée que démontrée.

⁴ V. n° 16 et s.

⁵ V. n° 20 et s.

⁶ V. n° 24 et s.

⁷ V. n° 30 et s.

⁸ V. n° 32 et s.

⁹ V. n° 35 et s.

¹⁰ V. n° 39 et s.

¹¹ V. n° 43 et s.

¹² V. n° 45 et s.

¹³ V. n° 21 et s. pour le circuit normal, n° 26 et s. pour le circuit court.

¹⁴ V. n° 33.

¹⁵ V. n° 15, 17, 37 et 46.

¹⁶ V. *infra*.

¹⁷ V. *infra*.

D) La qualification de la caducité de la déclaration d'appel

5. La qualification en exception de procédure du moyen tendant à faire constater la caducité de la déclaration d'appel a été suggérée, avec l'application du régime associé (A). La Cour de cassation et le Conseil d'État ont rejeté cette analyse et opté pour la qualification d'incident d'instance (B). Ces deux qualifications, non exclusives l'une de l'autre, méritent pourtant d'être cumulées : alors que le moyen tendant à faire constater la caducité de la déclaration d'appel devrait être qualifié d'exception de procédure, le prononcé de cette caducité devrait quant à lui correspondre à un incident d'instance conduisant à l'extinction de cette dernière. Qu'on en juge.

A) La qualification d'exception de procédure

6. L'article 73 du CPC définit une exception de procédure comme « tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours ». Les exceptions de procédure forment le deuxième chapitre du titre consacré aux moyens de défense, chapitre dont les sections laissent apparaître les différentes exceptions envisageables : il peut s'agir d'une exception d'incompétence¹⁸, de litispendance ou de connexité¹⁹, d'exceptions dilatoires²⁰ ou des courantes nullités pour vice de forme ou de fond²¹. D'emblée, deux arguments permettent de conforter l'analyse voyant dans le moyen tendant à faire constater la caducité de la déclaration d'appel une exception de procédure. D'une part, pareil moyen tend incontestablement « à faire déclarer la procédure irrégulière », voire « éteinte », puisqu'en l'absence d'appel incident ou provoqué, l'instance d'appel s'éteint en cas de caducité de la déclaration d'appel principal. D'autre part, rien n'indique que les différentes exceptions nommées et réglementées constituent l'*alpha* et l'*omega* des exceptions de procédure. La liste livrée par le code de procédure civile pourrait n'être qu'exemplative, selon une analyse partagée par une partie de la doctrine²². La jurisprudence semble d'ailleurs avoir fait sienne cette analyse, en découvrant des exceptions de procédure n'entrant dans aucune des catégories visées par le code²³.

Plus spécifiquement, la deuxième chambre civile a considéré que « l'incident tendant à faire constater la caducité du jugement par application de l'article 478 du nouveau Code de procédure civile était irrecevable dès lors que l'appelante l'avait fait précéder de conclusions au fond »²⁴. C'est dire que la Cour de cassation n'est pas rétive à voir dans le moyen tendant à faire constater la caducité une exception de procédure, comme une partie de la doctrine d'ailleurs²⁵. Enfin, on signalera que l'analyse selon laquelle le moyen tendant à faire constater la caducité de la déclaration d'appel constitue une exception de procédure est directement partagée par certaines juridictions du fond²⁶. Cette qualification est donc pertinente²⁷. Ce

¹⁸ Art. 75 et s. CPC.

¹⁹ Art. 100 et s. CPC.

²⁰ Art. 108 et s. CPC.

²¹ Art. 112 et s. CPC.

²² V. not. : S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais et L. Mayer, *Procédure civile*, Hypercours Dalloz, 2019, p. 89, n° 160.

²³ Sur la règle « le criminel tient le civil en l'état », v. : Com., 28 juin 2005, n° 03-13.112 ; sur la question préjudicielle administrative : Civ. 1^e, 16 oct. 1985, n° 84-12.323, *Bull. civ.* I, n° 264.

²⁴ V. : Civ. 2^e, 22 nov. 2001, n° 99-17.875 ; *adde* CA Bastia, 18 janv. 2017, RG n° 15/00452 ; CA Besançon, 5 avril 2006, RG n° 04/00049.

²⁵ V. par ex. : Y. Strickler, V° Délai, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, fév. 2019, spéc. n° 110.

²⁶ V. réc. : CA Lyon, 29 nov. 2018, RG n° 18/04.881 ; v. ant. : CA Rennes, 4 sept. 2013, RG n° 12/06502.

²⁷ V. *contra* : Ch. Lhermitte, « La caducité de la déclaration d'appel doit-elle être soulevée in limine litis par la partie qui l'invoque ? », obs. ss CA Rennes préc., *Gaz. Pal.* 12 oct. 2013, n° 285.

d'autant qu'il paraît aussi opportun en soi d'exiger de l'intimé qu'il soulève la caducité de la déclaration d'appel *in limine litis*.

7. À deux précisions près. La première, générale : le principe d'invocation liminaire est loin d'être absolu puisque certaines exceptions de procédure peuvent être invoquées à toute hauteur et qu'il n'est donc pas impossible que l'exception de caducité soit de celles-ci²⁸. La seconde, spécifique à la procédure d'appel : certes, l'intimé qui invoquerait tardivement la caducité de la déclaration d'appel, en particulier pour notification irrégulière des conclusions de l'appelant, serait irrecevable ; néanmoins, en théorie, la caducité de la déclaration d'appel serait alors relevée d'office par ordonnance du président de chambre dans le circuit court²⁹ ou du conseiller de la mise en état dans le circuit classique³⁰. Si l'un ou l'autre manquait à ce devoir, la formation de jugement de la Cour d'appel y procéderait en lieu et place³¹. Et si, par extraordinaire, la caducité de la déclaration d'appel n'était pas d'office prononcée par les juridictions du fond, resterait la voie de la cassation disciplinaire³². Aussi, pour les appelants en difficulté, serait-ce une maigre consolation que d'obtenir la qualification d'exception de procédure à l'endroit de la caducité de la déclaration d'appel. Le faible enjeu pratique de la qualification d'exception de procédure : c'est peut-être pourquoi cette analyse n'a été retenue ni par la Cour de cassation, ni par le Conseil d'État.

B) La qualification d'incident d'instance

8. « La caducité est un incident d'instance, qui n'est pas assujéti à l'application de l'article 74 du code de procédure civile ». La formule, employée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 5 septembre 2019, sonne comme le rappel d'une évidence. Pour cause : le code de procédure civile appréhende sans ambiguïté la « caducité de la citation »³³ au titre des incidents d'instance. Plus précisément, la caducité de la citation est appréhendée au chapitre relatif à l'extinction de l'instance³⁴. On trouve en effet, aux côtés de la péremption d'instance³⁵, du désistement d'instance³⁶ et de l'acquiescement³⁷, une section concernant « la caducité de la citation ». Celle-ci est formée de deux articles laconiques, lesquels se contentent, pour l'un, de poser un principe de caducité textuelle³⁸ et, pour l'autre, d'apporter une précision sur les voies de recours intéressant les décisions associées³⁹. Au-delà, si l'on accepte par hypothèse de faire entrer la déclaration d'appel dans la catégorie souple et large de citation, le doute n'est guère permis : la caducité de la déclaration d'appel constitue un incident d'instance.

Cette analyse est d'ailleurs partagée par le Conseil d'État dans sa récente décision⁴⁰. Les requérants critiquaient sur le fondement de l'article 385 du CPC l'article 24 du décret du 6 mai

²⁸ Art. 74, al. 3 CPC.

²⁹ Ou le magistrat désigné par le Premier Président à cet effet, art. 905-1 et s.

³⁰ Art. 902, 909, 911 et 911-1 al. 2 CPC.

³¹ V. Civ. 2^e, 11 mai 2017, n° 16-14.868, *Daloz Actualité* 6 juin 2017 obs. R. Laffly, *Gaz. Pal.* 25 juill. 2017, p. 49 note C. Bléry, *Procédures* 2017, n° 179 note H. Croze ; Civ. 2^e, 11 mai 2017, n° 15-27.467, *Daloz Actualité* 2 juin 2017 obs. R. Laffly, *Procédures* 2017, n° 177 note H. Croze, *Gaz. Pal.* 25 juill. 2017, p. 49 note C. Bléry.

³² V. néanmoins : Civ. 2^e, 17 oct. 2013, n° 12-21.242, *D.* 2014.795 obs. N. Fricero ; *Procédures* 2013, n° 330, note R. Perrot.

³³ Art. 406 et s. CPC.

³⁴ Art. 384 et s. CPC.

³⁵ Art. 386 et s. CPC.

³⁶ Art. 384 et s. CPC.

³⁷ Art. 408 et s. CPC.

³⁸ Art. 406 CPC.

³⁹ Art. 407 CPC.

⁴⁰ V. n° 39 et s.

2017, lequel a créé les deux derniers alinéas de l'article 911-1 du CPC⁴¹. Il y aurait, selon les requérants, au pire une méconnaissance formelle de l'article 385 du CPC par l'article 911-1 rénové, au mieux une incohérence blâmable entre les deux. Le Conseil d'État rejettera la critique. Mais voici l'important pour ce qui nous intéresse : en considérant que les dispositions de l'article 911-1 du CPC portant sur la caducité de la déclaration d'appel ont précisément pour objet de déroger à celles de l'article 385 qui porte sur l'extinction de l'instance, le Conseil d'État estime implicitement mais nécessairement que la caducité de la déclaration d'appel relève des incidents d'instance en général et des incidents conduisant à l'extinction de l'instance en particulier. La caducité de la déclaration d'appel est donc aussi, aux yeux du juge administratif, un incident d'instance.

9. Cette position aurait pourtant dû être nuancée, en particulier par la Cour de cassation, car la question qui lui était posée était moins celle de la qualification du prononcé de la caducité de la déclaration d'appel que celle de la qualification du moyen articulé par l'intimé en ce sens. Après tout, il est en effet possible que le moyen tendant à faire constater la caducité prenne la forme d'une exception de procédure mais que le prononcé de la caducité constitue un incident d'instance. Cette analyse duale ne suscite aucune incompatibilité de régime. La caducité devrait alors être invoquée *in limine litis* conformément au régime des exceptions de procédure⁴². Admise, la caducité de la déclaration d'appel suivrait le régime dessiné aux articles 406 et s. du CPC et aurait pour conséquence l'extinction à titre principal de l'instance⁴³, ne mettant pas obstacle à l'introduction d'une nouvelle instance, si l'action n'est pas éteinte par ailleurs⁴⁴, sous la réserve fondamentale de l'article 911-1, al. 3 du CPC, conformément en cela à la décision du Conseil d'État. Il n'est au demeurant pas inhabituel qu'une exception de procédure conduise à un incident d'instance : lorsqu'une partie invoque une exception dilatoire, qui s'analyse en exception de procédure, le juge doit « suspendre l'instance »⁴⁵ ; or la suspension d'instance s'analyse en incident d'instance⁴⁶. Une exception de procédure conduit directement à un incident d'instance : il suffit de distinguer la demande initiale de l'une des parties tendant à la suspension d'instance (exception dilatoire) de l'accueil du juge admettant la suspension d'instance (incident d'instance). Les deux qualifications s'articulent ; les régimes s'emboîtent.

10. Force est néanmoins d'admettre que la Cour de cassation et le Conseil d'État ne partagent pas cette analyse : les juridictions suprêmes semblent privilégier une analyse moniste, aux termes de laquelle la caducité est uniquement un incident d'instance. Quel est alors concrètement le régime de la caducité de la déclaration d'appel ? Les articles 406 et s. du CPC, dont la teneur a été rappelée, ne sont pas d'un grand secours. Il faut donc s'en remettre au droit « commun » des incidents d'instance. Mais ceux-ci n'obéissent à aucun régime commun, ce qui s'explique par leurs différences de nature (péremption d'instance, désistement, acquiescement, etc.). C'est pourquoi il est fort délicat de déterminer le régime procédural de l'invocation de la caducité de la déclaration d'appel par l'intimé, lorsqu'on conçoit uniquement la question sous le rapport des incidents d'instance. La péremption d'instance, qui « doit, à

⁴¹ Disposant que « La partie dont la déclaration d'appel a été frappée de caducité en application des articles 902, 905-1, 905-2 ou 908 ou dont l'appel a été déclaré irrecevable n'est plus recevable à former un appel principal contre le même jugement et à l'égard de la même partie. / De même, n'est plus recevable à former appel principal l'intimé auquel ont été régulièrement notifiées les conclusions de l'appelant et qui n'a pas formé un appel incident ou provoqué contre le jugement attaqué dans les délais impartis aux articles 905-2 et 909 ou dont l'appel incident ou provoqué a été déclaré irrecevable. »

⁴² Art. 74 CPC.

⁴³ Art. 385 CPC.

⁴⁴ *Ibid.*, al. 2.

⁴⁵ Art. 108 CPC.

⁴⁶ Art. 377 et s. CPC.

peine d'irrecevabilité, être demandée ou opposée avant tout moyen »⁴⁷, c'est-à-dire *in limine litis*, finit d'ailleurs de jeter le trouble...

Le Conseil d'État ne contribue pas par sa décision à clarifier les choses, ce qui est en accord avec la logique de sa saisine (contentieux objectif dirigé contre le décret du 6 mai 2017). La Cour de cassation indique-t-elle de son côté le régime à observer ? Pas vraiment. Elle se contente, conformément à la politique des « petits pas », d'indiquer que la caducité comme incident d'instance « n'est pas assujetti(e) à l'application de l'article 74 du code de procédure civile ». Littéralement, cela ne signifie cependant pas que la caducité de la déclaration d'appel ne doive pas être invoquée *in limine litis* – comme c'est le cas s'agissant de la péremption d'instance –, sauf à considérer que le silence de la Cour sur ce point emporte condamnation d'une telle exigence, ce qui n'a rien d'évident, la Cour n'ayant pas été saisie d'un tel moyen. L'on objectera qu'à ce compte, la Cour de cassation aurait sauvé l'arrêt par substitution de motifs ; mais il s'agit là d'une simple faculté, dont la Haute cour fait un emploi modéré. La politique jurisprudentielle de cette dernière aura pu la conduire à préférer une cassation remarquée.

11. Les décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État ne sont donc pas entièrement convaincantes s'agissant de la qualification de la caducité de la déclaration d'appel. Elles encourent d'autant plus la critique qu'elles laissent sans réponse claire un certain nombre d'interrogations concrètes s'agissant du régime à observer. Par prudence et sécurité, les praticiens veilleront en conséquence, envers l'esprit premier de l'arrêt du 5 septembre 2019, à invoquer la caducité de la déclaration d'appel *in limine litis*. Le tout en gardant à l'esprit que l'enjeu pratique et théorique de ce débat demeure cantonné, dans la mesure où le juge devrait relever d'office cette caducité. Au-delà de ces interrogations techniques, reste à savoir si l'automatisme et l'ampleur de la sanction sont conformes aux exigences du procès équitable.

II) La conventionnalité de la caducité de la déclaration d'appel

12. Avec l'arrêt du 5 septembre 2019 de la Cour de cassation, l'article 911 du CPC et le rigoureux régime de sanctions qu'il édicte résistent à la critique inspirée du droit au procès équitable ; avec la décision du 13 novembre 2019 du Conseil d'État, c'est quasiment l'intégralité de la nouvelle procédure d'appel qui obtient un brevet de conventionnalité (A). Pourtant, la caducité automatique de la déclaration d'appel, notamment en cas de notification irrégulière des conclusions de l'appelant, procède à notre estime d'un formalisme excessif, justifiant la recherche de solutions alternatives (B).

A) Un régime de sanction jugé conforme au droit du procès équitable

13. Dans l'affaire tranchée par la Cour de cassation, le requérant se plaignait moins du dispositif prévu à l'article 911 du CPC (notification des conclusions de l'appelant à l'avocat de l'intimé, y compris lorsque ce dernier est « tardivement » constitué) que de l'automatisme et de la gravité de la sanction attachée, encourue alors même que l'intimé avait en personne reçu les conclusions de l'appelant par voie de signification et avait pu conclure au fond sans difficulté apparente, n'invoquant la caducité que postérieurement⁴⁸. Le fondement de cette critique était tout trouvé : l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, c'est-à-dire le droit au procès équitable, et la prohibition du formalisme excessif qu'il renferme⁴⁹. Ce n'est pas

⁴⁷ Art. 388 CPC.

⁴⁸ V. *supra*.

⁴⁹ V. not. : CEDH, 31 mai 2007, *Miholapa c/ Lettonie*, req. n° 61655/00, pt. 24.

la première fois que la procédure d'appel ordinaire avec représentation obligatoire est mise en regard du droit au procès équitable. À ce jour, elle a systématiquement résisté⁵⁰.

En particulier, il a été considéré que l'automaticité des sanctions étant la condition nécessaire de l'effectivité de la réforme, la caducité de l'appel, qui résulte de ce que les conclusions n'ont pas été notifiées dans le délai imparti par la loi aux représentants des intimés dans la procédure d'appel, peu important que les intimés aient conclu au fond dans les deux mois suivant la notification des conclusions d'appel à leurs avocats non constitués, ne constitue pas une sanction disproportionnée au but poursuivi qui est d'obliger l'appelant à faire connaître rapidement et efficacement ses moyens à l'avocat constitué par l'intimé⁵¹. La conventionnalité de l'article 911 du CPC a de surcroît été reconnue, quand bien même la caducité y prévue ne nécessite pas la démonstration d'un grief côté intimé⁵². Autrement exprimé, le moyen pointant l'excès de formalisme sur le fondement du droit au procès équitable ne pouvait sérieusement prospérer, sauf à voir la Cour de cassation revirer soudainement de jurisprudence.

Pourtant, loin de réitérer tout simplement cette jurisprudence désormais classique, la Cour de cassation prendra un soin particulier à réexpliquer d'abord la mécanique de l'article 911 du CPC et à en exposer ensuite la rationalité propre, le tout en en soulignant à suffisance la clarté. Le propos n'est en soi pas inintéressant et il répond d'ailleurs aux exigences d'intelligibilité posées par la Cour européenne des droits de l'Homme ; c'est juste qu'il ne répond formellement pas au moyen qui avait été formulé par le requérant, axé sur la sévérité et l'automaticité de la sanction, et non sur la pertinence de l'obligation posée par l'article 911 du CPC. Simplement dit, l'appelant espérait échapper à une sanction « brutale, voire pathologique »⁵³, sans juste proportion avec la gravité de son erreur, qui avait consisté à signifier ses conclusions à l'intimé directement au lieu de les notifier par RPVA à l'avocat fraîchement constitué de ce dernier. La réponse de la Cour de cassation a alors quelque chose de frustrant : on s'attendait à une explication sur la proportionnalité de la sanction ; non sur la raison d'être de l'obligation. L'on comprend en tout cas que la clémence réclamée n'a pas lieu d'être : certes, l'intimé avait reçu en personne les conclusions de l'appelant dans le délai ; certes encore, il avait pu y répondre et conclure lui-même au fond. Il n'empêche : l'avocat de l'intimé n'a de fait pas disposé pour conclure de la totalité du temps accordé par l'article 909 du CPC. La caducité de la déclaration d'appel, à relever d'office, était donc automatiquement encourue, avec les conséquences qu'on connaît, sans qu'en résulte une quelconque atteinte au droit au procès équitable. À ce compte, la solution eût été parfaitement identique si la signification des conclusions de l'appelant était intervenue le lendemain même de la constitution d'avocat par l'intimé. Cette sévérité n'emporte pas d'évidence l'adhésion.

14. Le Conseil d'État fait néanmoins sienne cette analyse en la généralisant, donnant l'impression d'absorber, voire d'amplifier la jurisprudence judiciaire. Il considère d'abord dans sa décision du 13 novembre 2019 que la caducité affectée à la signification de la déclaration d'appel à l'intimé non constitué, prévue à l'article 902 du CPC, « tend à assurer la célérité et l'efficacité de la procédure d'appel avec représentation obligatoire »⁵⁴ ; il estime encore que « la caducité de la déclaration d'appel et l'irrecevabilité des conclusions de l'intimé ou de

⁵⁰ V. Civ. 2^e, 26 juin 2014, n° 13-22.011 : *Gaz. Pal.* 25-26 juill. 2014, p. 17, note Ch. Lhermitte ; *JCP G* 2014.1105 note O. Cachard ; *ibid.* 1232, n° 8 obs. S. Amrani-Mekki ; Civ. 2^e, 1^{er} juin 2017, n° 16-18.212 : *D.* 2017.2192 note G. Bolard ; *Dr. et pr.* 2017.167 note O. Salati ; Civ. 2^e, 24 sept. 2015, n° 13-28.017, *JCP G* 2015.1278 note N. Fricero ; *adde* Soc., 15 avril 2015, n° 13-27.759.

⁵¹ V. Civ. 2^e, 4 sept. 2014, n° 13-22.654, *RTD Civ.* 2015.195 obs. N. Cayrol ; *Procédures* 2014, n° 287 note H. Croze.

⁵² V. Civ. 2^e, 18 fév. 2016, n° 15-12.200.

⁵³ G. Bolard, « Du formalisme pathologique au "contrôle de proportionnalité" », *D.* 2017.2192.

⁵⁴ V. n° 21.

l'intervenant, prévues aux articles 905-1 et 905-2 [c'est-à-dire dans le cadre du « circuit court »], ne sont pas disproportionnées au but poursuivi, qui est d'assurer la célérité et l'efficacité de la procédure d'appel avec représentation obligatoire »⁵⁵ ; il ajoute enfin qu'« en prévoyant qu'est irrecevable à former un nouvel appel, à supposer qu'elle ne soit pas forclosée, la partie à une instance d'appel qui a méconnu les diligences procédurales qui lui incombent, l'article 911-1 du code de procédure civile concourt, avec les autres dispositions du décret attaqué, à assurer l'efficacité de la procédure d'appel »⁵⁶. Comprendre : le formalisme imposé par le décret du 6 mai 2017 est justifié et la sévérité des sanctions qui l'assortissent légitime. La caducité de la déclaration d'appel prononcée d'office et sans nuance peu ou prou à la moindre irrégularité étant apparemment une condition *sine qua non* du succès de la réforme de la procédure d'appel⁵⁷, poursuivant les objectifs spéciaux de célérité et d'efficacité et l'objectif général de bonne administration de la justice, elle ne peut être que conventionnelle.

Si, comme on l'a déjà dit, la convergence des jurisprudences administrative et judiciaire est opportune en soi, du point de vue de la sécurité juridique en général, il est en revanche plus regrettable de constater qu'en s'alignant sur la jurisprudence de la Cour de cassation, le Conseil d'État paraît en avoir adopté le travers principal : l'affirmation d'autorité en lieu et place d'une justification en bonne forme. La déception est grande sous ce rapport ; c'est pourquoi il est d'autant plus difficile d'admettre en l'état ce brevet de conventionnalité, délivré au fil des affaires par la Cour de cassation et d'un bloc par le Conseil d'État comme un bégaiement. À l'évidence de la proportionnalité des mesures adoptées par le pouvoir réglementaire en vue d'assurer la célérité et l'efficacité de la procédure d'appel pourrait tout bonnement être opposée l'évidence de leur disproportion, le régime de sanctions associé à la procédure d'appel, spécialement du point de vue de l'appelant, procédant manifestement d'un formalisme excessif – l'automatisme et la gravité de la sanction de la caducité de la déclaration d'appel le démontrant à suffisance. Des pistes de résolution doivent alors être dessinées, en particulier à l'attention des magistrats demeurés non convaincus par la jurisprudence des cours suprêmes et en conséquence désireux de réinjecter une dose de souplesse au cœur de la procédure d'appel.

B) Pistes de résolution

15. En l'état des textes, les conseillers d'appel ne disposent pas d'une grande marge de manœuvre. Seul l'article 910-3 du CPC permet d'écarter le régime de sanctions affecté à la procédure d'appel avec représentation obligatoire. Mais il ne s'applique qu'en cas de « force majeure ». Or, à ce jour, la jurisprudence du fond a retenu une conception logiquement restrictive de cette notion – suivant la lettre et l'esprit du texte. Par exemple, ne caractérise pas la force majeure l'appelant qui invoque des difficultés liées à l'âge, à sa résidence à l'étranger et à sa compréhension du français⁵⁸. Constitue en revanche un cas de force majeure une panne temporaire des réseaux de communication du cabinet de l'avocat de l'intimé, en ce qu'elle constitue un événement échappant au contrôle de l'avocat de l'intimé et ne pouvait être raisonnablement prévu⁵⁹, de même que le décès du conseil de l'intimé⁶⁰. La Cour de cassation

⁵⁵ V. n° 28.

⁵⁶ V. n° 42.

⁵⁷ V. néanmoins pour une exception notable et surprenante : Civ. 1^e, 15 mai 2019, n° 17-20.072 : l'appelant a dans les trois mois de sa déclaration d'appel notifié ses conclusions à l'avocat de son adversaire, sans emprunter le RPVA ; la Cour d'appel de Paris a considéré sur déféré que cette irrégularité n'avait pas causé de grief à l'adversaire et en a déduit que la caducité de la déclaration d'appel n'était pas encourue ; la Cour de cassation approuve, ce qui ne peut que surprendre au regard de la sévérité de sa jurisprudence ambiante...

⁵⁸ CA Aix-en-Provence, 27 mars 2018, RG n° 17/16.003.

⁵⁹ CA Aix-en-Provence, 27 mars 2018, RG n° 17/12.516 ; CA Aix-en-Provence, 27 mars 2018, RG n° 17/08.040.

⁶⁰ CA Rennes, 27 mars 2018, RG n° 17/07.084.

a tout récemment confirmé de façon implicite qu'une interprétation stricte s'imposait⁶¹. Poussant le parallèle avec le droit des obligations, il est loisible de penser que la force majeure au sens de l'article 910-3 du CPC devra répondre aux conditions d'extériorité, d'imprévisibilité et d'irrésistibilité (au sens d'inévitabilité des causes et d'insurmontabilité des conséquences). N'en déplaise au Conseil d'État⁶², l'article 910-3 du CPC, quoiqu'il constitue un début de solution, ne saurait donc suffire à adoucir généralement le système actuel – sauf à déformer consciencieusement et durablement la notion, ce qui n'est pas souhaitable en soi. La solution ne se loge pas là.

16. Une autre solution technique est-elle envisageable ? Peut-être faut-il exploiter l'incohérence apparente de la jurisprudence des cours suprêmes. En effet, un récent avis de la Cour de cassation, relatif à la notification de la déclaration d'appel dans le circuit court, pourrait de prime abord permettre d'écarter la caducité de la déclaration d'appel lorsque celle-ci s'avère excessive⁶³. L'article 905-1 du CPC, au cœur de cette dernière affaire, est ainsi rédigé : « Lorsque l'affaire est fixée à bref délai par le président de la chambre, l'appelant signifie la déclaration d'appel dans les dix jours de la réception de l'avis de fixation qui lui est adressé par le greffe à peine de caducité de la déclaration d'appel relevée d'office [...] ; cependant, si, entre-temps, l'intimé a constitué avocat avant signification de la déclaration d'appel, il est procédé par voie de notification à son avocat. »

Or, dans cet avis, la deuxième chambre civile a considéré que « sanctionner l'absence de notification entre avocats de la déclaration d'appel, dans le délai de l'article 905-1, d'une caducité de celle-ci, qui priverait définitivement l'appelant de son droit de former un appel principal en mettant fin à l'instance d'appel à l'égard de l'intimé et en rendant irrecevable tout nouvel appel principal de la part de l'appelant contre le même jugement à l'égard de la même partie (article 911-1, alinéa 3, du code de procédure civile), constituerait une atteinte disproportionnée au droit d'accès au juge consacré par l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Autrement dit, c'est l'exigence même du droit au procès équitable qui conduit à écarter la sanction de caducité de la déclaration d'appel lorsqu'elle s'avère excessive. Le Conseil d'État, dans sa décision du 13 novembre 2019, a d'ailleurs absorbé cet autre aspect de la jurisprudence judiciaire⁶⁴, en le prolongeant opportunément au circuit classique⁶⁵, ce que la Cour de cassation a au demeurant confirmé le lendemain même⁶⁶, alimentant une fois encore l'image d'une belle harmonie jurisprudentielle entre les deux ordres de juridiction. Cette jurisprudence est-elle susceptible de généralisation, ce qui pourrait en substance conduire à une neutralisation pure et simple de la caducité de la déclaration d'appel lorsqu'elle s'avère excessive ?

Malheureusement, tel n'est pas le cas car cette jurisprudence s'explique par la spécificité de la notification de la déclaration d'appel et plus particulièrement par l'inutilité patente de la notification de la déclaration d'appel à l'avocat de l'intimé. En effet, la notification de la déclaration d'appel a pour objectif, rappellent la Haute cour dans son avis et le Conseil d'État dans sa décision, d'inciter l'intimé à constituer avocat (en témoigne le formalisme imposé par

⁶¹ Civ. 2^e, 14 nov. 2019, n° 18-17.839.

⁶² V. n° 33 de la décision du 13 nov. 2019.

⁶³ Civ. 2^e, avis, 12 juill. 2018, n° 18-70.008 : *Dalloz Actualité* 12 sept. 2018 obs. R. Laffly ; *Gaz. Pal.* 31 juill. 2018 obs. S. Amrani-Mekki.

⁶⁴ V. n° 28.

⁶⁵ V. n° 23.

⁶⁶ Civ. 2^e, 14 nov. 2019, n° 18-22.167 : « Vu l'article 902, alinéa 3, du code de procédure civile, ensemble l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; attendu que l'obligation faite à l'appelant de notifier la déclaration d'appel à l'avocat que l'intimé a préalablement constitué dans le délai d'un mois suivant la réception de l'avis que le greffe adresse à l'avocat de l'appelant, n'est pas prescrite à peine de caducité de cette déclaration d'appel ».

l'article 902, al. 4 CPC). Or, s'il a constitué avocat, l'objectif est atteint ; ce qui est une façon détournée de dire que la notification de la déclaration d'appel par l'avocat de l'appelant à l'avocat de l'intimé par RPVA est une formalité inutile⁶⁷. C'est uniquement pourquoi l'absence de notification de la déclaration d'appel par l'avocat de l'appelant à l'avocat de l'intimé ne doit pas être sanctionnée par une caducité de celle-ci, avec les conséquences qu'on connaît. L'analyse ne peut donc être généralisée et en particulier transposée au cas de la notification diligente des conclusions de l'appelant à l'avocat de l'intimé, qui n'est pas qu'une simple précaution procédurale et qui occupe au contraire une véritable fonction – celle d'avertir au plus tôt l'avocat de l'intimé de la teneur des demandes et des moyens. Cet avis de la Cour de cassation, ensemble la jurisprudence du Conseil d'État, ne peuvent donc pas être invoqués pour neutraliser généralement les excès de la sanction de caducité de la déclaration d'appel.

17. En l'état des textes et de la jurisprudence, aucune solution inspirée de la seule technique procédurale ne permet donc d'adoucir ou, du moins, de moduler le prononcé de la caducité de la déclaration d'appel dans les différentes hypothèses envisageables, en dehors des cas très particuliers de « force majeure » (couverts par l'article 910-3 CPC) ou de formalisme inutile (couverts par la jurisprudence des cours suprêmes examinée ci-dessus). De là, de deux choses l'une. Soit l'on prône une réécriture ambitieuse des textes, qui redonnerait aux conseillers d'appel un vrai pouvoir d'appréciation et les sortirait de leur rôle contemporain d'« horodateur » avec l'automatisme qu'il suppose⁶⁸. Il faut alors en appeler au législateur ou, plus justement, au pouvoir réglementaire. Soit l'autorité judiciaire pourrait, de sa propre initiative, laisser inappliqués les textes problématiques procédant d'un formalisme excessif prohibé par Strasbourg, au demeurant portés par un objectif de célérité largement entravé par les délais d'audiencement. On l'aura compris : pareille évolution ne viendra ni de la Cour de cassation, ni du Conseil d'État, qui ont érigé autour de la nouvelle procédure d'appel un véritable « bouclier de conventionnalité ». Elle pourrait en revanche venir des juridictions du fond entrant de concert en résistance : l'essentiel gît, non dans la légitimité des justifications, mais dans la proportionnalité des mesures adoptées, qui reste, quoi qu'en disent les juridictions suprêmes françaises, discutable en présence de sanctions aussi drastiques qu'automatiques.

⁶⁷ R. Laffly, « Sanction en l'absence de notification de la déclaration d'appel entre avocats », *Dalloz Actualité* 12 sept. 2018.

⁶⁸ V. la thèse à paraître : J. Lhady, *L'influence des normes européennes sur la procédure civile d'appel avec représentation obligatoire*, Univ. Lyon III, 2019, dir. C. Nourissat.