

713

## Et si l'on toilettaient le décret Magendie ?

Le décret de procédure du 9 décembre 2009, dit décret *Magendie*, a profondément modifié les règles pour les procédures d'appel avec représentation obligatoire, avec une rigueur accrue et des sanctions extrêmement sévères. Depuis l'entrée en vigueur de ce texte, il y a bientôt cinq années, la Cour de cassation a eu l'occasion de rendre de nombreuses décisions et des avis sur son application, et les auteurs ont pu s'exprimer sur cette nouvelle procédure d'appel. Désormais, les problèmes les plus importants posés par ce texte sont connus. Un toilettage s'impose donc pour améliorer un texte dont l'objectif de célérité doit être salué.

Si certaines modifications suggérées sont mineures, tels les problèmes de formulation ou des oublis que la Cour de cassation a pu du reste réparer, d'autres sont plus critiques, car elles concernent directement les droits de la défense, ou la cohérence des dispositions au regard de l'objectif recherché.



**Christophe Lhermitte**, ancien avoué, avocat associé du cabinet Gautier & Lhermitte, spécialiste en procédure d'appel

Le décret du 9 décembre 2009<sup>1</sup> dit *Magendie* a profondément modifié les règles de procédure pour les appels avec représentation obligatoire. Se rapprochant des règles en vigueur de longue date devant la Cour de cassation, où l'erreur n'est pas permise, le décret de procédure de 2009, très fortement inspiré du rapport de la Commission *Magendie* 2 du 24 mai 2008<sup>2</sup>, a introduit une plus grande rigueur, assortie de sanctions très sévères.

L'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions, en janvier 2011, s'est faite dans un contexte un peu particulier, qui n'a certainement pas facilité sa mise en place.

En effet, en janvier 2012, les avoués, qui étaient jusqu'alors les spécialistes de la procédure d'appel, ont disparu. En outre, la communication électronique, qui s'est imposée progressivement, a quelque peu compliqué la mise en place du décret, le Réseau privé virtuel des avocats (RPVA) n'ayant pas toujours pris en considération les dispositions du Code de procédure civile.

Hélas, ce texte, qui a le mérite de renforcer

une procédure d'appel qui pouvait manquer de rigueur, et dont l'objectif de célérité doit être salué<sup>3</sup>, comportait des imperfections que la pratique a révélées.

Pourtant, alors que ces dispositions sont entrées dans leur cinquième année d'application, et les problèmes désormais connus, les articles du code n'ont pas été modifiés, laissant même à la jurisprudence le soin d'apporter des réponses qui devraient relever du législateur. L'occasion, selon nous, d'ouvrir quelques pistes de réflexions et de propositions pour un toilettage attendu.

### 1. La signification de l'acte d'appel par l'appelant (CPC, art. 902)

#### A. - La signification de la déclaration d'appel à l'intimé et l'indication du délai pour conclure

2 - L'article 902 du Code de procédure civile oblige l'appelant à signifier son acte

d'appel à la partie défaillante, et à lui rappeler le délai pour conclure de l'article 909. L'opportunité de cette disposition est manifeste<sup>4</sup>, même si les praticiens ont pu aussi y voir une obligation de devoir procéder à un acte d'huissier supplémentaire augmentant les frais de justice.

3 - Cette disposition mérite d'être modifiée de telle sorte que les droits de la défense soient respectés, ce que ne garantit pas nécessairement la rédaction actuelle<sup>5</sup>.

Le délai d'un mois court à compter de l'avis du greffe. Par conséquent, le point de départ peut varier très fortement d'une juridiction à l'autre. Mieux, si l'avis n'est jamais adressé par le greffe, alors l'appelant n'aura aucune obligation de signifier l'acte d'appel<sup>6</sup>. Et si l'avis tarde à être remis, l'appelant pourrait disposer d'un délai dépassant son délai pour conclure.

Ainsi, l'appelant - et ce sera le cas de l'appelant qui conclut sitôt l'appel inscrit - pourrait signifier des conclusions d'appel, sans pour autant avoir à satisfaire aux exigences de l'article 902. Cette signification des conclusions pourrait donc se dispenser de rappeler à l'intimé qu'il dispose d'un délai de deux mois pour conclure<sup>7</sup>.

Même si la pratique ne semble pas avoir cours, rien n'exclurait que l'appelant décide de conclure dès l'appel inscrit, et de signifier immédiatement ses conclusions à l'intimé, tout en différant la signification de l'acte d'appel. Le délai pour conclure de

1 D. n° 2009-1524, 9 déc. 2009 : JCP G 2009, act. 3, Aperçu rapide H. Croze.

2 Rapp. *Magendie* au garde des Sceaux, 24 mai 2008, *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*.

3 Même si les moyens n'ont pas été mis en œuvre pour raccourcir véritablement la longueur des procès en appel.

4 C. Brenner et N. Fricero, *La nouvelle procédure d'appel* : Lamy, 2011, 2<sup>e</sup> éd., n° 71.

5 Ph. Gerbay et N. Gerbay, *Guide du procès civil en appel* : LexisNexis, 2013, 2<sup>e</sup> éd., n° 695 ; Ch. Lhermitte, *Où est passée l'assignation dans la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile ?* : D. Avocats avr. 2014, p. 117.

6 Ph. Gerbay et N. Gerbay, *préc. note (5)* ; Rép. proc. civ. Dalloz, V° *Procédure devant la cour*

d'appel, 54, par B. Travier, F. Wattremet, R. Laffly.

7 Ph. Gerbay et N. Gerbay, *préc. note (5)*, n° 626 : « la simple dénonciation de conclusions est suffisante, sans qu'il soit nécessaire d'indiquer à l'intimé que faute de constituer un avocat, un arrêt pourra être rendu sur les seuls éléments fournis par son adversaire ».

l'article 909 aura commencé à courir, sans que l'intimé en ait été informé. Dans un tel cas, les droits de la défense ne sont pas préservés, sans que le moindre reproche puisse être fait à un appelant qui a respecté les règles de procédure.

4 - D'autre part, si l'intimé constitue avocat dans le délai d'un mois de l'avis du greffe, il n'existe pas de dispense à la signification. L'appelant a intérêt, par précaution, à signifier la déclaration d'appel à la partie qui a pourtant constitué avocat entre temps<sup>8</sup>. La dispense prévue à l'article 911 pour la signification des conclusions doit être reprise à l'article 902.

5 - Ainsi, il devrait être prévu que « la signification doit être effectuée dans le mois de l'avis adressé par le greffe, **et au plus tard concomitamment à la signification des conclusions à l'intimé défaillant** ».

Un dernier alinéa pourrait prévoir que « si, entre-temps, la partie a constitué avocat avant la signification de la déclaration d'appel et dans le délai requis pour signifier l'acte d'appel, l'absence de signification de la déclaration d'appel ne sera pas sanctionnée ».

## B. - La caducité pour défaut de signification de la déclaration d'appel

6 - Les praticiens et la doctrine se sont interrogés sur la possibilité de relever d'office la caducité de l'article 902<sup>9</sup>. La Cour de cassation a admis ce relevé d'office<sup>10</sup>.

7 - Cette position de la Cour de cassation, quoique discutée, nous paraît logique et conforme, et devrait être intégrée en précisant que « À peine de caducité de la déclaration d'appel, **relevée d'office**, la signification doit être effectuée dans le mois de l'avis adressé par le greffe ».

8 - D'autre part, les praticiens s'interrogent

quant à l'application, et à la sanction, de cette disposition dans les procédures de l'article 905<sup>11</sup>.

Rien ne s'oppose *a priori* à ce que cette obligation de signifier la déclaration d'appel existe dans toutes les procédures avec représentation obligatoire, y compris celles relevant de la procédure accélérée. Aucun argument ne justifierait qu'une partie, dans ce type de procédure, puisse être jugée sans qu'elle ait été informée de son obligation de constituer avocat dans le délai de quinze jours, et des risques pris à défaut de faire diligence. Rappelons à cet égard que l'assignation a disparu en appel<sup>12</sup>, les conclusions devant seulement être signifiées à la partie défaillante. L'article 56, 3<sup>o</sup>, faisant obligation de préciser à la partie qu'elle s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre elle sur les seuls éléments fournis par son adversaire, ne s'applique donc pas.

9 - Pour cette raison, serait ajoutée à l'article 902 la mention selon laquelle « dans les procédures relevant de l'article 905, l'appelant, sous les mêmes sanctions, relevées d'office par la cour, devra signifier la déclaration à l'intimé défaillant en indiquant à celui-ci que, faute pour lui de constituer avocat dans un délai de quinze jours à compter de la signification, ou avant l'audience si l'affaire est fixée, il s'expose à ce qu'un arrêt soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire ».

## 2. La procédure accélérée (CPC, art. 905 et 907)

10 - L'ancien article 910 précisait que l'affaire était instruite sous le contrôle d'un magistrat de la mise en état, sauf lorsqu'elle revêt un caractère d'urgence ou concerne l'appel de certaines décisions. Cet article 910 a été scindé dans les actuels articles 905 et 907.

Pour autant, cette rédaction, qui n'est pourtant pas nouvelle, a posé et pose encore quelques difficultés d'interprétation, notwithstanding un avis<sup>13</sup> et un arrêt<sup>14</sup> de la Cour de cassation pour qui « les dispositions de l'article 908 du code de procédure civile n'ont pas vocation à s'appliquer aux procédures fixées en application de l'article 905 s'agissant de l'appel d'une ordonnance de référé ».

Certains auteurs<sup>15</sup> et cours d'appel<sup>16</sup> ont fait une interprétation assez littérale de la position de la Cour de cassation, considérant que la procédure échappait aux règles habituelles seulement lorsque l'affaire était fixée. Si cela ne fait pas de doute pour les procédures fixées au regard d'une urgence<sup>17</sup>, cela est beaucoup plus discutable concernant l'appel des décisions qui relèvent nécessairement de l'article 905, à savoir les ordonnances de référé et les ordonnances de mise en état. Ces décisions sont instruites selon la procédure accélérée sans avoir à justifier de l'urgence.

11 - Les appels des ordonnances de référé et de mise en état ne suivent pas les règles habituelles à l'inscription de l'appel, pour ensuite en sortir, avec par conséquent dessaisissement du conseiller de la mise en état dès la fixation de l'affaire. Les articles 908 et 909 ne trouvent pas à s'appliquer dans les procédures relevant de l'article 905 parce que l'instruction de ces procédures d'appel ne se fait pas sous le contrôle du conseiller de la mise en état<sup>18</sup>. Cela était déjà vrai sous l'ancien article 910, et l'entrée en vigueur du décret Magendie n'y a rien changé. Les appels relevant de la procédure dite d'urgence de l'article 905, ou de l'ancien article 910, excluent en tout état de cause l'instruction par un conseiller de la mise en état, dès l'introduction de l'appel. Il ne s'agit pas d'un dessaisissement, en cours d'instruction, du conseiller de la mise en état, mais bien d'une absence de désignation d'un tel magistrat dans ce type de procédure dite d'urgence<sup>19</sup>. En renvoyant

8 Rép. proc. civ. Dalloz, op. et loc. cit., préc. note (6); Ph. Gerbay et N. Gerbay, préc. note (5), n° 626.

9 C. Brenner et N. Fricero, préc. note (4), n° 72; J. Pellerin, Droit et pratique de la procédure civile : Dalloz Action, 2014, n° 544.165.

10 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 26 juin 2014, n° 13-17.574 : JurisData n° 2014-014415; Bull. civ. 2014, II, n° 159; JCP G 2014, doct. 1232, n° 8 et n° 10, obs. S. Amrani-Mekki; D. 2014, p. 1456; Gaz. Pal. 25-26 juill. 2014, p. 17, note Ch. Lhermitte; D. Avocats 2014, p. 254.

11 Ph. Gerbay et N. Gerbay, préc. note (5), n° 696 et s.; D. d'Ambra, Droit et pratique de l'appel 2013/2014 : Dalloz, coll. Dalloz Référence, n° 212.16; Ph. Gerbay, La fixation de l'affaire devant la Cour en matière civile : Procédures 2013, dossier 3, n° 10; J. Pellerin, La procédure

d'appel en question : Gaz. Pal. 7-8 sept. 2012, p. 11; Rép. proc. civ. Dalloz, V<sup>o</sup> Procédure devant la cour d'appel, préc. note (6), n° 194.

12 D. Avocats, préc. note (5).

13 Cass., avis, 3 juin 2013, n° 15011P : JurisData n° 2013-012430; JCP G 2013, 758, Ph. Gerbay; JCP G 2013, doct. 1225, n° 9, obs. Y.-M. Serinet; D. 2013, p. 1631; Dr. et proc. 2013, p. 169, note F. Vinckel.

14 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 mai 2013, n° 12-19.119 : JurisData n° 2013-009395; Bull. civ. 2013, I, n° 90; JCP G 2013, doct. 1225, n° 9, obs. Y.-M. Serinet; Dr. et proc. 2013, préc. note (13); Gaz. Pal. 9 juill. 2013, p. 18, note D. Piau; Gaz. Pal. 3 sept. 2013, p. 43, note S. Amrani-Mekki.

15 R. Laffly, Décret Magendie : premier bilan après l'apocalypse : JCP G 2014, doct. 1293, n° 10.

16 CA Lyon, 1<sup>er</sup> avr. 2014, n° 13/10145. - CA Bordeaux, 16 mai 2014, n° 14/01489. - CA Lyon, 22 oct. 2014, n° 14/05241.

17 Le dossier sort alors du circuit classique pour entrer dans le circuit court après que le président ait estimé que l'affaire présentait un caractère d'urgence ou était en état d'être jugée.

18 Rapp. M. Pimouille ss Cass., avis, 3 juin 2013, préc. note (13). - V. aussi CA Grenoble, 13 sept. 2012, n° 12/02750. - CA Fort-de-France, 4 mai 2012, n° 11/00380. - CA Fort-de-France, 6 juill. 2012, n° 11/00294.

19 De sorte d'ailleurs que, par exemple, la radiation de l'article 526 est de la compétence du premier président, non du conseiller de la mise en état.

expressément aux articles 760 à 762, sont nécessairement exclus les articles du code régissant l'instruction devant le magistrat de la mise en état. D'ailleurs, cela est assez compréhensible dès lors que ces ordonnances interviennent par définition en cours de litige. Leur appel peut donc retarder l'issue de l'affaire au fond, ce qui explique que leur soit réservé un traitement particulier : il est urgent de statuer sur l'appel de ces décisions pour ne pas paralyser le fond du dossier, et éviter tout appel dilatoire.

Cette urgence existe dès l'inscription de l'appel, ce qui exige que les dispositions dérogatoires s'appliquent dès la déclaration d'appel. Pour cette raison, l'article 905 pourrait opportunément être étendu aux ordonnances de non-conciliation. C'est d'ailleurs la pratique devant certaines cours<sup>20</sup>.

12 - Une réécriture de l'article 907 permettrait de lever toute ambiguïté, en précisant que « À moins qu'il ne soit fait application de l'article 905, **ou lorsque l'appel est relatif à une ordonnance de référé ou à une des ordonnances du juge de la mise en état énumérées aux 1° à 4° de l'article 776 ou à une ordonnance de non-conciliation**, l'affaire est instruite sous le contrôle d'un magistrat de la chambre à laquelle elle est distribuée, dans les conditions prévues par les articles 763 à 787 et sous réserve des dispositions qui suivent ».

13 - La question se pose aussi de l'opportunité d'insérer davantage de rigueur pour les appels relevant du circuit accéléré. En effet, il peut être discutable que ce type de procédure ne soit assorti d'aucune sanction. Ainsi, il pourrait être prévu que le président arrête un calendrier pour la remise et la notification des conclusions des parties, avec comme sanction l'irrecevabilité des conclusions relevée d'office. En l'absence de désignation d'un magistrat de la mise en état, cette irrecevabilité serait alors de la compétence de la cour. Dans cette optique l'article 905 pourrait être complété d'un second alinéa précisant que « Le président fixe la date à laquelle les parties doivent conclure, et le cas échéant former appel incident ou appel provoqué, à peine d'irrecevabilité relevée d'office par la cour ».

20 Not. à Paris.

21 Ph. Gerbay et N. Gerbay, *préc. note* (5), n° 642.

22 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 29 janv. 2015, n° 13-28.019 et n° 13-28.020, inédit ; V. aussi Ch. Lhermitte, *Négligence de l'intimé et nouvelles conclusions de l'appelant : quelle rigueur dans la nouvelle procé-*

### 3. Les conclusions de l'intimé (CPC, art. 909)

#### A. - Le délai pour conclure de l'intimé

14 - L'appelant et l'intervenant forcé disposent d'un délai de trois mois pour conclure. Mais l'intimé ne dispose quant à lui que d'un délai de deux mois.

Au surplus, ce délai de deux mois est particulièrement court lorsque l'appelant - stratégiquement ? - notifie ses conclusions en période estivale, laissant de fait moins de temps encore à l'intimé pour préparer sa défense<sup>21</sup>.

15 - Les délais laissés à l'intimé et à l'appelant pourraient être alignés. Un délai de trois mois serait donc préférable, sauf à réduire à deux mois celui laissé à l'appelant.

Il n'est pas inutile de rappeler que la Commission Magendie 2 avait proposé que l'intimé et l'appelant disposent d'un délai de deux mois, précisant à cet égard que l'appelant dispose en outre d'un délai de réflexion d'au moins un mois pour faire appel, ce qui allonge d'autant le temps dont il dispose pour élaborer son argumentation en appel. Si une des parties devait disposer d'un temps plus court, ce devrait donc être l'appelant, non l'intimé qui subit une procédure qu'il n'aurait peut-être pas engagée.

#### B. - La compétence du conseiller de la mise en état lorsqu'une partie est irrecevable à conclure au fond

16 - Il est jugé que la partie qui n'a pas conclu dans son délai n'est plus recevable à conclure ultérieurement, même si son adversaire communique des pièces ou conclut à nouveau<sup>22</sup>.

Mais cette même partie est-elle recevable à conclure devant le magistrat de la mise en état ? Un intimé ne pouvant plus conclure au fond, pour avoir loupé le délai de l'article 909, peut-il faire radier l'affaire sur le fondement de l'article 526 ? Les juridictions du fond sont divisées sur ce point<sup>23</sup>.

17 - La Cour de cassation n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur ce point de pro-

cedure, même si l'arrêt du 5 décembre 2014<sup>24</sup> suscite l'interrogation.

En effet, s'il doit être considéré que les pièces sont indissociables des conclusions au fond, ce qu'a retenu la Cour, il pourrait en aller de même des conclusions d'incident. En faveur de cette thèse, il apparaît assez conforme qu'un intimé, qui ne peut plus conclure au fond, ne puisse initier un incident ne concernant pas un problème de procédure, mais qui est lié au fond. Ainsi, la partie irrecevable à conclure au fond pour demander le transfert de résidence ne pourrait former cette demande à titre provisoire, en invoquant un fait nouveau, comme le permet l'article 1119 du Code de procédure civile.

D'un autre côté, alimentant la thèse contraire, il peut être souligné que ce même intimé devrait néanmoins pouvoir se prévaloir d'une péremption, dont il est rappelé qu'elle ne peut être relevée d'office<sup>25</sup>, sauf à admettre que la péremption ne pourrait plus être sanctionnée dès lors que l'intimé est irrecevable à conclure au fond.

18 - Entre ces deux thèses opposées, il pourrait être admis que la partie irrecevable sur le fondement des articles 909 et 910 ne serait plus recevable à saisir le conseiller de la mise en état, hormis dans le cadre des articles 914, 915 et 771, 1<sup>o</sup><sup>26</sup>.

Cette proposition semble répondre à une certaine logique, de sorte qu'il n'y ait pas une immunité de l'appelant qui manquerait à une obligation d'ordre procédural que le juge ne relèverait pas d'office.

#### C. - Appel incident et appel incident provoqué

19 - L'article 909 laisse un délai de deux mois pour « former (...) appel incident ». Quant à l'article 910, il laisse un délai de deux mois à « l'intimé à un appel incident ou à un appel provoqué » pour conclure.

20 - La rédaction peut laisser penser que l'article 909 du Code de procédure civile ne concernerait pas l'appel provoqué. Or, l'appel provoqué est une forme d'appel incident.

21 - Pour éviter toute interprétation, et même si le doute est levé quant à l'application du délai de deux mois de l'article 909

*dure d'appel ? Faut-il sanctionner l'appelant diligent ?* : Gaz. Pal. 11 juin 2013, p. 11.

23 CA Saint-Denis, 5 déc. 2014, n° 13/00937. - CA Aix-en-Provence, 23 févr. 2015, n° 13/01417. - CA Rennes, 28 janv. 2015, n° 14/01679.

24 Cass. ass. plén., 5 déc. 2014, 13-19.674 : JurisData n° 2014-029571 ; JCP G 2014, act. 1300, obs. Ph.

Gerbay ; JCP G 2015, 10, N. Fricero ; *Procédures 2015, comm. 28, note H. Croze ; D. Avocats mars 2015, p. 80, Ch. Lhermitte.*

25 CPC, art. 388, al. 2.

26 Voir des articles 771, 2° et 3°, 525 à 526 du Code de procédure civile.

à l'appel provoqué<sup>27</sup>, il pourrait être opportun de compléter l'article 909 pour préciser le délai « pour conclure et former, le cas échéant, appel incident ou provoqué ».

#### 4. L'intervenant volontaire (CPC, art. 910)

22 - Si l'intervenant forcé se voit contraint de conclure dans un délai<sup>28</sup>, il n'est rien prévu pour l'intervenant volontaire.

23 - Même si en pratique, cela ne pose pas de difficulté, peut-être serait-il opportun, dans le souci de célérité préconisé par le rapport Magendie, de prévoir à l'article 910 un délai de trois mois des conclusions des parties, sauf à prévoir que le délai court à compter de son intervention volontaire.

#### 5. Le dépôt des dossiers quinze jours avant l'audience (CPC, art. 912)

24 - L'article 912, alinéa 3 prévoit le dépôt des dossiers comprenant les copies des pièces, quinze jours avant l'audience de plaidoiries.

A priori, cette disposition est pertinente en ce qu'elle permet au magistrat de prendre connaissance de l'entier dossier, contenant les pièces de fond, avant l'audience, et donc de préparer le rapport oral de l'affaire<sup>29</sup>.

25 - Cependant, en pratique, ce dépôt automatique est une fausse bonne idée<sup>30</sup>. Cela oblige à une inflation des impressions papier, l'avocat remettant à la cour un dossier papier, tout en se constituant un deuxième dossier papier pour lui-même. À l'heure de la dématérialisation, cette disposition est discutable. D'autre part, ces envois nombreux obligent les greffes à stocker les dossiers jusqu'à l'audience. De plus, il peut arriver que l'instruction ne soit pas close dans ce délai de quinze jours. Cette obligation n'étant assortie d'aucune sanction, il est compréhensible que certains avocats s'en affranchissent.

26 - La suppression de cette disposition est à envisager, sauf à admettre que ce dépôt

puisse être effectué par voie électronique, ce qui laisserait toute latitude à la juridiction pour éditer ou non les pièces. Il convient de rappeler que l'article 779 prévoyait déjà la possibilité pour le magistrat de demander le dépôt du dossier s'il l'estime nécessaire. Cette disposition, précédemment applicable devant la juridiction d'appel par renvoi de l'article 907, semblait suffisante sans l'ériger en obligation automatique.

#### 6. La compétence du conseiller de la mise en état pour statuer sur certaines fins de non-recevoir (CPC, art. 914)

27 - L'article 960 du Code de procédure civile prévoit l'irrecevabilité des conclusions, c'est-à-dire une fin de non-recevoir. C'est aussi une irrecevabilité qui est encourue pour absence de remise des conclusions dans les conditions de l'article 930-1 du code et de l'arrêt du 30 mars 2011<sup>31</sup>.

Or, la Cour de cassation a précisé que le magistrat de la mise en état, sauf dispositions spécifiques, n'a pas compétence pour statuer sur une fin de non-recevoir<sup>32</sup>. En appel, il a une compétence limitée pour statuer sur une fin de non-recevoir : recevabilité de l'appel, irrecevabilité des conclusions sur le fondement de l'article 909 ou 910.

28 - Obtenir une irrecevabilité des conclusions de l'appelant permet de soutenir que n'ont pas été respectés les délais des articles 908, 909 ou 910, selon que la partie est appelante, intimée ou intervenant forcé. Certes, il a été dit que l'irrégularité des articles 960 et 961 pouvait être réparée jusqu'à ce que le juge statue<sup>33</sup>. Mais, si la partie appelante ne met pas ses conclusions en conformité avec les dispositions de l'article 960 avant que le juge statue, la sanction doit tomber.

Le problème est que le décret n'a pas prévu ce cas de figure, et les textes semblent inconciliables dès lors que le conseiller de la mise en état n'aurait pas

compétence pour se prononcer sur l'irrecevabilité des conclusions qui conditionne pourtant la régularité de la déclaration d'appel au regard de la caducité.

Considérer que le conseiller de la mise en état ne peut en aucune façon se prononcer sur une fin de non-recevoir, hormis pour statuer sur la recevabilité de l'appel et l'irrecevabilité des conclusions sur le fondement de l'article 909, revient à estimer que c'est la formation collégiale de la cour d'appel qui a cette compétence. Ainsi, c'est la cour qui devrait prononcer l'irrecevabilité des conclusions.

Mais, considérer que l'appelant ne justifie pas de conclusions recevables dans son délai pour conclure, revient à dire que l'événement attendu à l'article 908 du Code de procédure civile n'est pas intervenu<sup>34</sup>. L'appelant n'ayant pas régulièrement conclu dans son délai, la déclaration d'appel est caduque. La sanction définitive recherchée, à l'encontre de l'appelant, est la caducité de son acte d'appel, l'irrecevabilité des conclusions n'étant que le moyen pour parvenir à cette fin procédurale. Le raisonnement est le même à l'égard de l'intimé. Si les conclusions régularisées dans le délai de l'article 909 ne sont pas recevables, alors l'intimé deviendra irrecevable à conclure<sup>35</sup>. Or, cette caducité de la déclaration d'appel, et l'irrecevabilité des conclusions des articles 909 et 910, est de la compétence exclusive du conseiller de la mise en état, conformément aux dispositions de l'article 914.

En déplaçant la compétence vers la cour pour statuer sur toute fin de non-recevoir, on enlève une compétence exclusive du magistrat de la mise en état au profit de la cour. Ce n'est certainement pas l'esprit du texte qui a voulu purger toutes les difficultés de procédure avant que le juge du fond statue, et au stade de la mise en état. Le conseiller de la mise en état a été doté de pouvoirs étendus et exclusifs pour prononcer des sanctions, ses ordonnances ayant autorité de la chose jugée. La cour doit être saisie du seul fond de l'affaire. Donner à la cour compétence pour prononcer une caducité de la déclaration d'appel ou une irrecevabilité des conclusions ne répond certainement pas aux intentions du législateur.

27 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 9 janv. 2014, n° 12-27.043 : *JurisData* n° 2014-000054 ; *Bull. civ.* 2014, II, n° 1 ; *D.* 2014, p. 1722, obs. T. Vasseur, H. Adida-Canac et a. ; *Gaz. Pal.* 11 mars 2014, p. 46, note E. Jullien ; *Gaz. Pal.* 1<sup>er</sup> mars 2014, p. 21, note Ch. Lhermitte ; *Gaz. Pal.* 12 avr. 2014, p. 8, note J. Pellerin.

28 CPC, art. 910, al. 2.

29 CPC, art. 785.

30 Ph. Gerbay et N. Gerbay, *préc. note* (5), n° 771.

31 A. 30 mars 2011, *relatif à la communication par voie électronique dans les procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel* : *JO* 31 mars 2011, p. 5600.

32 Cass., avis, 13 févr. 2012, n° 11-00.008 : *JurisData* n° 2012-006549 ; *Bull. civ.* 2012, avis, n° 1.

33 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 29 janv. 2015, n° 13-23.546, *inédit* : *JurisData* n° 2015-001472.

34 Auparavant, il était considéré que l'appel n'était pas soutenu. Mais depuis, la sanction de conclusions irrégulières est la caducité de l'acte d'appel.

35 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 29 janv. 2015, n° 13-28.019 et n° 13-28.020, *inédit* ; V. aussi Ch. Lhermitte, *préc. note* (22).

Obliger les parties à conclure au fond, à plaider sur le tout devant la cour qui renverrait devant le magistrat de la mise en état pour constater une caducité, après qu'elle ait prononcé l'irrecevabilité des conclusions, n'aurait pas vraiment de sens, et ne correspond manifestement pas à l'esprit de la réforme, et notamment à l'objectif de célérité.

Il doit aussi être gardé à l'esprit qu'à terme, les conclusions devront probablement être notifiées par voie électronique devant la cour d'appel, à peine d'irrecevabilité, comme cela est déjà exigé pour la remise de cet acte de procédure.

29 - Par conséquent, il faudrait considérer que le conseiller de la mise en état doit avoir compétence pour trancher toute fin de non-recevoir, à l'occasion de tout incident de caducité de l'acte d'appel, et d'une manière générale pour se prononcer sur les sanctions des articles 908, 909 et 910. Cela renforce le rôle du conseiller de la mise en état dans la purge de tout incident de procédure.

Le texte doit permettre au conseiller de la mise en état de se prononcer sur toute question ayant trait à la recevabilité des conclusions, sans autres précisions. Devrait donc être supprimée de l'article la référence « en application des articles 909 et 910 », de telle sorte que le conseiller de la mise en état aurait toute compétence « pour trancher (...) toute question ayant trait à la recevabilité de l'appel ou pour déclarer les conclusions irrecevables ».

## 7. Le déféré (CPC, art. 916)

30 - Le principe, édicté à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 916, est que les ordonnances prononcées par le conseiller de la mise en état ne sont susceptibles d'aucun recours. L'exception est le déféré - si tant est que le déféré puisse être considéré comme un recours -, pour certaines décisions.

31 - Il est impératif de vider tout problème de procédure au stade de l'instruction, de sorte que le dossier arrive devant la cour purgé de toute irrégularité procédurale<sup>36</sup>. Cependant il existe un type d'ordonnance, ayant autorité de la chose jugée, qui n'est pourtant pas susceptible d'être déféré. En

effet, si les ordonnances qui « prononcent l'irrecevabilité des conclusions en application des articles 909 et 910 » peuvent être déferées, il n'est pas prévu que le soient celles qui déclarent recevables ces conclusions.

Cela n'est pas sans conséquence dès lors que l'appelant peut ainsi, lorsque le magistrat de la mise en état s'est manifestement fourvoyé dans sa décision, différer son recours, ce qu'il fera si le jugement rendu sur le fond lui est défavorable. L'appelant dispose donc d'un moyen de cassation à retardement si la décision au fond lui est défavorable.

32 - Ce même article 916 comporte en outre une erreur de rédaction. La mouture initiale du décret parlait de la caducité de l'appel, terme d'ailleurs parfois utilisé. Or, ce n'est pas l'appel qui est caduc, mais l'acte d'appel<sup>37</sup>.

L'article 916, par sa formulation, renvoie à la caducité de l'appel. Un toilettage permettrait une rédaction plus conforme... Sauf à prévoir une véritable déchéance de l'appel, privant l'appelant de la possibilité de refaire un acte d'appel en cas de caducité, à l'instar de l'intimé appelant incident qui est désormais irrecevable à former un appel principal s'il a loupé le délai de deux mois de l'article 909<sup>38</sup>.

33 - L'article 916, alinéa 2 préciserait donc que les ordonnances de mise en état « peuvent être déferées par simple requête à la cour dans les quinze jours de leur date lorsqu'elles ont pour effet de mettre fin à l'instance, lorsqu'elles constatent son extinction, lorsqu'elles ont trait à des mesures provisoires en matière de divorce ou de séparation de corps, lorsqu'elles statuent sur une exception de procédure, un incident mettant fin à l'instance, la fin de non-recevoir tirée de l'irrecevabilité de l'appel ou la caducité de la déclaration d'appel ou lorsqu'elles se prononcent sur l'irrecevabilité des conclusions ».

## 8. La recevabilité de la constitution (CPC, art. 961)

34 - L'arrêté du 30 mars 2011 a prévu la voie électronique pour la notification de l'acte de constitution entre avocats, et sa remise

au greffe de la juridiction. La sanction pour la remise au greffe est l'irrecevabilité<sup>39</sup>. En revanche, la sanction n'est pas précisée concernant la notification entre avocats, alors même que le texte fait obligation de procéder de cette manière. Un arrêt de la Cour de cassation du 16 octobre 2014 oblige à s'interroger sur la nature de la sanction, et si l'irrégularité relèverait du vice de forme<sup>40</sup>.

35 - Cependant, l'irrecevabilité est à retenir dès lors qu'il s'agit d'imposer ce mode de communication entre les parties, et qu'elle régit déjà la remise au greffe. Il peut être curieux de prévoir la nullité pour la notification, et l'irrecevabilité pour la remise au greffe.

36 - Il pourrait être précisé que la constitution doit être notifiée entre auxiliaires de justice par voie électronique sous peine d'irrecevabilité.

C'est l'article 961 qui pourrait contenir cette précision, en indiquant que « Les conclusions des avocats sont signées par leur avocat et notifiées à peine d'irrecevabilité dans la forme des notifications entre avocats ». La forme des notifications au sens de l'article 961 renvoie alors à l'arrêté du 30 mars 2011<sup>41</sup>.

La sanction serait uniformisée pour la notification des actes de procédure entre auxiliaires de justice et leur remise au greffe.

## 9. La procédure d'appel après contredit (CPC, art. 91)

37 - La pratique a permis de constater qu'il existait une incohérence dans les règles procédurales lorsque l'appel est poursuivi sans déclaration d'appel. C'est le cas lorsque la juridiction a été saisie par un contredit alors que c'est la voie de l'appel qui est ouverte.

Dans ces conditions, au regard de la rédaction de l'article 908, le demandeur au contredit, qui devient appelant, n'a aucun délai contraignant pour conclure. En effet, l'article 908 fait courir le délai de trois mois « à compter de la déclaration d'appel », laquelle n'existe pas. En revanche, le défendeur au

et la juridiction, les envois et remises des déclarations d'appel et des actes de constitution (...) ainsi que les pièces qui leur sont associées », art. 3 : « Pour les appels formés à compter du 1er septembre 2011, les envois et remises des actes prévus à l'article 2 ainsi que des pièces qui leur sont associées doivent être effectués par voie électronique ».

36 J. Pellerin, préc. note (9), n° 544.182.

37 C. Brenner et N. Fricero, préc. note (4), n° 72 : « un défaut de formalité postérieur à l'acte ne peut que rendre caduc l'acte et non la voie de recours mise en œuvre par cet acte » ; Ph. Gerbay et N. Gerbay, préc. note (5), n° 636.

38 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 déc. 2014, n° 13-25.684, inédit.

39 CPC, art. 930-1.

40 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 oct. 2014, n° 13-17.999 : JurisData n° 2014-024134 : JCP G 2014, 1331, C. Bléry et J.-P. Teboul ; Gaz. Pal. 10 janv. 2015, p. 17, note Ch. Lhermitte.

41 A. 30 mars 2011, art. 2 : « Peuvent être effectués par voie électronique, entre auxiliaires de justice représentant une partie ou entre un tel auxiliaire

contredit, qui est alors intimé, devra conclure dans le délai de deux mois des conclusions de l'appelant, l'article 909 prévoyant « un délai de deux mois à compter de la notification des conclusions de l'appelant ».

38 - Il n'est pas logique que l'appelant n'en-courte aucune sanction, au rebours de l'intimé, alors qu'au surplus, c'est l'appelant qui imposera à l'intimé le point de départ de son délai pour conclure. La difficulté est qu'il n'est pas envisageable de prévoir une caducité, car se poserait alors la question de l'acte de procédure concerné par cette sanction.

39 - L'article 91 pourrait être complété comme suit : « Par dérogation à l'article 908, la partie défenderesse au contredit devra conclure dans le délai de trois mois de l'avis sous peine d'irrecevabilité des conclusions relevée d'office ». Mais alors, il faudra aussi modifier les articles 914 et 916 du code, pour

permettre au conseiller de la mise en état de statuer sur cette irrecevabilité de conclusions de l'article 91, et pour ouvrir le déferé.

## 10. Un délai pour conclure ou un délai pour présenter ses prétentions ?

40 - Il existe une grande différence entre ce qui avait été préconisé dans le rapport Magendie et ce qui a été retenu dans le décret de 2009.

La Commission Magendie 2 avait prévu que « l'appelant comme l'intimé seraient tenus d'exposer leurs prétentions dans un temps raisonnable »<sup>42</sup>, lequel délai était en l'occurrence de deux mois. Il s'agissait, pour la commission, de « concentrer les prétentions, moyens de fait et de droit ainsi que la critique du jugement rendu »<sup>43</sup>. Manifestement, il s'agissait d'une réelle concession faite à l'appel voie de réformation, en

figeant l'appel aux premières conclusions des parties. Le décret de procédure n'a pas repris cette formulation.

41 - Cela étant, cette rédaction est opportune, l'appel étant une voie d'achèvement. Le procès ne saurait être figé à l'expiration des délais pour conclure.

Elle va aussi dans le sens de l'avis selon lequel « dans la procédure ordinaire avec représentation obligatoire en appel, les parties peuvent, jusqu'à la clôture de l'instruction, invoquer de nouveaux moyens »<sup>44</sup>. Si le délai laissé aux parties pour conclure leur impose de formuler leurs prétentions, cela doit être précisé, en remplaçant les termes « pour conclure » par « présenter leurs prétentions ». Cela ne paraît cependant pas opportun, l'instance d'appel étant une voie d'achèvement et non de réformation, et l'affaire devant vivre jusqu'à son terme, c'est-à-dire jusqu'à ce que le juge ait statué sur le fond<sup>45</sup>.

**SERVICE INCLUS**  
dans votre abonnement papier



## Lexis® Kiosque

Consultez vos revues au format numérique

14REYAC0882

**→ Vos avantages :**

- Accédez à votre bibliothèque de revues **en un clic** ;
- Consultez votre revue à tout moment, même **sans accès internet**, une fois téléchargée ;
- Bénéficiez d'un **confort de lecture** et d'un accès optimisé pour chaque support de consultation (tablette, smartphone) ;
- Stockez et retrouvez **très simplement** vos anciens numéros ;
- Feuilletez **librement** votre revue, ou sélectionnez un article précis.

**GUIDE D'ACCÈS À LEXIS® KIOSQUE**  
depuis mon smartphone ou ma tablette



- ① Je m'identifie sur [www.lexisnexis.fr/lexiskiosque](http://www.lexisnexis.fr/lexiskiosque) avec mon numéro client\*
- ② Je reçois par email sécurisé mon **login** et mon **mot de passe**
- ③ Je **télécharge gratuitement** sur **App Store** ou **Google Play** l'appli **Lexis® Kiosque**
- ④ Je me **connecte** à **Lexis® Kiosque** grâce à mon **login** et mon **mot de passe**
- ⑤ Je **télécharge ma revue** dans ma bibliothèque virtuelle (Inclus dans mon abonnement papier)

Disponible sur  

(\*Retrouvez votre numéro client sur le « blister » de votre revue)





**LexisNexis®**  
Informations **0821 200 700**  
0,112€ puis 0,09€/min à partir d'un poste fixe

42 Rapp. Magendie 2, 24 mai 2008, p. 50.

43 Rapp. Magendie 2, préc. note (42), p. 57 ; Ph. Gerbay et N. Gerbay, préc. note (5), n° 631.

44 Cass., avis, 21 janv. 2013, n° 1200018 : Bull. inf. C. cass. 1<sup>er</sup> avr. 2013, p. 41, Rapp. M. de Leiris, obs. M. Mucchielli.

45 V. Ch. Lhermitte, En appel, la partie doit-elle formuler l'ensemble de ses prétentions dans son

délai pour conclure ? : Gaz. Pal. 19-20 sept. 2014, p. 13.