

LES RÉCENTES RÉFORMES DE LA PROCÉDURE CIVILE, FACTEUR D'INAPPLICATION DU DROIT ?

Marcel ALINE¹

Résumé

Le procès est peut-être la forme la plus visible de l'application du droit, bien qu'elle en soit un mécanisme subsidiaire qui n'intervient qu'en cas d'échec de l'application « amiable ». Ce dernier recours contre l'inapplication du droit devrait donc la combattre. Cependant, les nombreuses réformes qui ont affecté la procédure civile française au cours des quinze dernières années ouvrent des hypothèses de plus en plus nombreuses d'inapplication du droit. Cette inapplication est ainsi favorisée par les obstacles posés à l'accès au juge, tels que les modes alternatifs de règlement des conflits, ou les limites imposées à son office.

Abstract

Trials may be the most prominent form of law application, even though it is merely a subsidiary mechanism since it comes into play only when the "amicable" application fails. This last resort should fight the non-application of the law. Although, French civil procedure is currently evolving significantly and, among the numerous reforms that occurred in the past fifteen years, one can only observe that some of them open more and more possibilities for a non-application of the law. Non-application of the law is thus stimulated by barriers that make it more difficult to access to a judge, we especially think about alternative dispute resolution, but also about those that affect the decision process that limits the judge's role.

Henri Motulsky affirmait en 1948, dans sa thèse consacrée aux principes d'une réalisation méthodique du droit privé², que « la lutte judiciaire » est « l'hypothèse la plus fréquente et la plus pratique de la réalisation du Droit³ ». Plus tard, il précisera que « L'essence du droit se révèle dans sa réalisation ; et s'il est exact que le droit en litige est loin de constituer *tout* le droit, il est tout

1 Docteur en droit de l'Université de Strasbourg.

2 H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Thèse Paris, 1948, Réed. Dalloz, 2002.

3 *Ibid.*, spec. n° 80.

aussi vrai que c'est dans le litige que le droit se concrétise de la manière la plus efficace et la plus aisément saisissable⁴ ». De sorte que « la fonction juridictionnelle est la plus haute expression de l'application de la loi⁵ ».

Si la première affirmation mérite d'être nuancée, car dans la majorité des cas le droit s'applique et se réalise hors de tout contentieux et par là même hors des tribunaux, il n'en reste pas moins que le procès en est la forme la plus visible. Plus fondamentalement, dès lors que l'appel au juge marque le dernier recours pour obtenir le respect des règles de droit, la procédure – entendue comme l'« [e]nsemble des règles gouvernant un type de procès⁶ », ici le procès civil – devrait tendre vers la plus grande garantie possible de l'application du droit substantiel⁷ et le juge être l'agent de cette application⁸. Bien évidemment, les règles de procédure ne peuvent poursuivre cette seule finalité dans l'absolu. En effet, celle-ci ne saurait être détachée des contraintes matérielles de l'activité de juger et, notamment, de l'exigence du respect d'un délai raisonnable de jugement afin d'en garantir l'effectivité. Un certain équilibre doit donc être trouvé entre ces différentes aspirations parfois contradictoires.

Actuellement, les règles applicables au procès civil se trouvent dans leur immense majorité dans le code de procédure civile adopté en 1975. Cette « œuvre législative majeure⁹ » fut l'objet d'un long travail de réflexion débuté dès la fin des années 1960 et qui trouva son terme au début des années 1980¹⁰. De l'achèvement du code jusqu'aux dernières années du xx^e siècle, la procédure civile resta une matière relativement stable, car détachée des passions de l'opinion (contrairement à son homologue pénale). Mais depuis l'entrée dans le nouveau millénaire, cette œuvre d'une grande cohérence subit d'importants bouleversements¹¹, notamment sous l'influence des contraintes économiques de plus en plus prégnantes pesant sur la justice.

Il ne saurait être question, dans les limites de cette étude, de recenser l'ensemble des modifications intervenues pour en mesurer l'impact sur l'objectif de l'application du droit par le procès. Cependant, deux tendances ressortent plus généralement de ces réformes. Parmi elles, certaines ouvrent des interstices d'inapplication du droit par leur action sur le processus de décision proprement dit (II), tandis que d'autres, plus en amont, développent les mêmes conséquences, par les obstacles qu'elles mettent à l'accès même à ce processus (I).

4 H. MOTULSKY, « L'office du juge et la loi étrangère » in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, 1960, T. 1, p. 337, spec. n° 1.

5 *Ibid.*, spec. n° 2.

6 V° « Procédure » in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, sous la dir. de G. CORNU, 12^e éd. mise à jour, 2017, p. 812.

7 Nous nous intéresserons donc ici à l'(in)application du droit « par le procès » et non à l'(in)application des règles de droit « du procès » c'est-à-dire celle des règles de procédure et des obstacles qu'elle peut rencontrer.

8 C'est ce qu'exprime l'article 12 al. 1^{er} CPC : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ».

9 Selon les termes de J. HÉRON, Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, Lextenso éditions, Domat droit privé, 6^e éd., 2015, spec. n° 16.

10 Sur le processus d'élaboration du code, on se reportera avec profit aux écrits de ceux qui ont participé à sa rédaction, entre autres, Cl. PARODI, *L'esprit général et les innovations du nouveau code de procédure civile*, Répertoire du notariat Defrénois, 1976, spec. n° 5-11 ; G. CORNU, « L'élaboration du code de procédure civile », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique* n° 16, 1995, p. 241 ; « L'avènement du nouveau code de procédure civile. La codification » in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après : actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997*, La Documentation française, 1998, p. 19 ; J. FOYER, « Préface » in J. FOYER, C. PUIGELIER (dir.), *Le nouveau code de procédure civile (1975-2005)*, Economica, 2006, p. XII.

11 À titre d'illustration, on consultera pour le droit écrit le recensement des réformes couvrant la période 2010-2017 effectué par les auteurs du rapport « Amélioration et simplification de la procédure civile » (sous la dir. F. AGOSTINI et N. MOLFESSIS, spec. p. 6, notes 3 et 4 in *Chantiers de la Justice*, Ministère de la Justice, 2018) rendu public le 15 janvier 2018 dans le cadre des « Chantiers de la Justice » lancés fin 2017 par le garde des Sceaux.

I. L'inapplication du droit favorisée par les obstacles posés à l'accès au processus de décision en droit

Les obstacles à l'accès au juge peuvent être multiples, qu'ils soient juridiques ou matériels¹². Sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la jurisprudence de sa Cour, le législateur¹³ français s'est engagé, globalement, dans un processus de réduction de ces obstacles. Cependant, la faveur qu'il manifeste pour les modes alternatifs de règlement des conflits¹⁴ semble, au rebours, tendre aujourd'hui à éloigner le justiciable de son juge.

À ce développement de la « justice amiable » concourent plusieurs facteurs¹⁵. Le premier est bien évidemment l'encombrement de la justice civile par l'augmentation du contentieux. Dans cette optique, « [l]es solutions alternatives apparaissent alors comme autant de circuits de dérivation [...]»¹⁶ de ce contentieux offrant aux justiciables une solution plus rapide à leurs différends et à l'État un vecteur d'économie budgétaire. Le deuxième tient, plus profondément, à l'évolution de la société, car « l'État n'est plus ce qu'il était et, par conséquent, la loi non plus [...] ». Ce déclin du légicentrisme est de nature à favoriser la contractualisation des rapports sociaux, en général, et la contractualisation du procès en particulier¹⁷. Enfin, de manière plus générale, le recours aux modes amiables de règlement des différends peut se réclamer du sentiment de justice, qui ne coïncide pas toujours avec l'application du droit¹⁸, tandis que, l'amiable sied davantage à certains types de litiges dans lesquels les parties seront amenées par la suite à rester en contact et où l'acceptation de la solution est un important moteur de son exécution.

Mais alors que la mise en œuvre d'une tentative de règlement amiable du litige tend à devenir une condition d'accès au juge et donc au processus de décision en droit (A), le développement des modes alternatifs de règlement des conflits menace de devenir un important facteur d'inapplication du droit (B).

A. Le développement de restrictions à l'accès au juge en l'absence de tentative de règlement amiable

Dans certains domaines, les bénéfices du recours aux modes alternatifs de règlement des conflits pour trancher le litige opposant deux ou plusieurs personnes sont particulièrement évidents. Il en est ainsi de la matière familiale où les parties en opposition seront souvent amenées à conserver des

12 Voir S. GUINCHARD et al., *Droit processuel : Droits fondamentaux du procès*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2016, spec. n° 300305 pour les obstacles juridiques et n° 306307 pour les obstacles matériels, ici surtout sous l'angle financier.

13 Depuis 1958, la procédure civile ressort, en principe, des attributions du pouvoir réglementaire par application des articles 34 et 37 de la Constitution. Il faut donc comprendre ici législateur au sens matériel et non au sens formel du terme.

14 Que l'on peut définir de façon générale comme « l'ensemble des procédés conduisant à une solution amiable des conflits » (L. CADIET, Th. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Dalloz, Connaissance du droit, 2^e éd., 2017, spec. p. 30).

Témoigne très symboliquement de cette faveur du législateur, la création par le décret n° 201266 du 20 janvier 2012 *relatif à la résolution amiable des différends* d'un Livre V dans le code de procédure civile consacré à « La résolution amiable des différends ».

15 L. CADIET, Th. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op. cit., spec. p. 34.

16 *Ibid.*, spec. p. 3.

17 *Ibid.*, spec. p. 4.

18 Voir en ce sens, *ibid.*, spec. p. 9.

liens dans le futur. Cela explique et justifie que l'article 15 de la loi n° 20111862 du 13 décembre 2011 *relative à la répartition des contentieux et à l'allégement de certaines procédures juridictionnelles* ait imposé à titre expérimental dans certains tribunaux de grande instance jusqu'au 31 décembre 2014 que les demandes formées en vue de modifier ou compléter les modalités d'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant soient précédées d'une tentative de médiation familiale à peine d'irrecevabilité de la demande¹⁹. Le mécanisme était cependant sécurisé en ce que cette tentative obligatoire était exclue « 1° Si la demande émane conjointement des deux parents afin de solliciter l'homologation d'une convention selon les modalités fixées à l'article 373-2-7 du code civil; 2° Si l'absence de recours à la médiation est justifiée par un motif légitime », mais surtout « 3° Si cette tentative de médiation préalable risque, compte tenu des délais dans lesquels elle est susceptible d'intervenir, de porter atteinte au droit des intéressés d'avoir accès au juge dans un délai raisonnable ». Devant son succès²⁰, l'article 7 de loi n° 20161547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXI^e siècle* a reconduit le dispositif. Ainsi, toujours à titre expérimental, devant certains tribunaux de grande instance jusqu'au 31 décembre 2019, les parties devront recourir à une telle médiation sous peine de voir leur demande de modification ou de complément des modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant déclarée irrecevable d'office par le juge²¹. Il est toutefois notable que la dernière cause d'exemption a été modifiée puisqu'il s'agit désormais de l'hypothèse dans laquelle « des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou l'enfant ». A donc disparu des textes, la réserve tenant à l'accès au juge dans un délai raisonnable, même s'il est possible de la rattacher à l'existence d'un motif légitime d'absence de recours à la médiation.

Si cette nouvelle expérimentation rencontre le même succès que la précédente, il n'est pas exclu que le dispositif soit à court terme généralisé. Néanmoins, la spécificité de la matière le justifie et son champ d'application n'en fait pas une menace sérieuse quant à l'accès à une décision en droit des litiges. Pourtant, de telles exigences ont également essaimé dans des domaines et dans des conditions où leur pertinence peut être remise en cause.

Le décret n° 2015282 du 11 mars 2015 *relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends*²² marque, en droit commun, la première étape, certes timide, vers une restriction de l'accès au juge en l'absence de tentative de règlement amiable.

19 Celle-ci peut être déclarée irrecevable d'office par le juge mais il ne s'agit pas d'une obligation pour ce dernier, ce qui ajoute de la souplesse au dispositif. Cependant, la pression statistique pesant sur les juges serait plutôt de nature à les encourager à la prononcer.

20 Voir en ce sens, Th. CLAY, « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi "Justice du XXI^e siècle" », *op. cit.*, spec. n° 38 qui fait état d'un taux de succès de la médiation de 77 % dans les tribunaux de grand instance concernés (soit celui d'Arras et celui de Bordeaux).

21 Il ne s'agit toujours ici que d'une simple faculté.

22 Pour un commentaire, voir Y. STRICKLER, « Le décret n° 2015282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends », *Procédures* n° 6, juin 2015, étude 6 et plus particulièrement tourné vers ce dernier aspect du décret, C. BLÉRY, J.P. TEBOUL, « Une nouvelle ère pour la procédure civile (suite, mais sans doute pas fin) », *Gaz. Pal.* n° 108, 18 avril 2015, p. 7.

En effet, l'article 18 de ce décret modifie l'article 56 du code de procédure civile relatif à l'assignation qui est le mode principal d'introduction de l'instance en matière contentieuse. Dorénavant, aux termes du nouvel alinéa 3 de l'article, celle-ci devra préciser « les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige » sauf à justifier « d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public ». L'article 19 du décret étend, dans les mêmes termes, ce dispositif à l'article 58 du code relatif à la requête et à la déclaration au greffe, modes secondaires d'introduction de l'instance²³. Ainsi, cette exigence est généralisée à l'exception de l'introduction de l'instance par présentation volontaire des parties devant le juge ou par requête conjointe. Il faut cependant reconnaître que ces deux modes de saisine du juge sont peu utilisés et qu'ils supposent surtout que les parties se soient déjà rapprochées. Ils requièrent, en effet, qu'elles soient d'accord pour soumettre leur différend au juge et, pour la requête conjointe, qu'elles aient déterminé ensemble les points litigieux qu'elles entendent lui soumettre.

Le texte est relativement compréhensif en ce qu'il ne précise pas la nature des diligences entreprises qui peuvent donc être très peu formalistes²⁴. Mais c'est surtout par la sanction posée à la méconnaissance de cette obligation que la réforme révèle, *a priori*, sa souplesse, puisque l'article 127 du code de procédure civile précise que « [s]'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions des articles 56 et 58, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation ». Le juge ne peut donc contraindre les parties à tenter une conciliation ou une médiation puisqu'il ne s'agit que d'une proposition. En outre, ce pouvoir lui appartenait déjà aux termes de l'article 128 du code²⁵. Néanmoins, les articles 23 à 26²⁶ du décret suppriment la possibilité pour les parties de s'opposer devant le tribunal d'instance, le tribunal de commerce et le tribunal paritaire des baux ruraux à la désignation d'un conciliateur de justice. Il semble donc que cette conciliation puisse être, au moins devant ces juridictions, imposée par le juge²⁷.

Il ne fait pas de doute que, pour reprendre les mots du professeur Strickler, ce texte « s'inscrit dans la logique selon laquelle le juge ne doit pas être le *seul* recours en cas de différend, mais *l'ultime* recours²⁸ ». S'il possède avant tout une vertu incitative en obligeant les parties à s'interroger sur la possibilité de la mise en œuvre d'un règlement amiable²⁹, il semblait déjà, lors de son entrée en vigueur, faire figure d'étape. Certains auteurs se demandaient en effet si le législateur n'allait pas,

23 Il précise, en outre, que cette obligation ne concerne que l'acte qui saisit la juridiction de première instance, ce qui n'est pas négligeable puisque, par exemple, la déclaration au greffe est un des modes de saisine de la cour d'appel dans la procédure ordinaire avec représentation obligatoire (art. 900 CPC).

24 Voir en ce sens, Y. STRICKLER, « Le décret n° 2015282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends », *op. cit.*, spec. n° 11 qui met cependant l'accent sur les questions de preuve de la démarche entreprise en ce cas.

25 Qui était l'article 127 avant la réforme opérée par le décret du 11 mars 2015. Voir faisant ce constat, Y. STRICKLER, « Le décret n° 2015282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends », *op. cit.*, spec. n° 13.

26 En modifiant respectivement les articles 830, 831, 832, 8602 et 887 du code.

27 Voir en ce sens, C. BLÉRY, J.P. TEBOUL, « Une nouvelle ère pour la procédure civile (suite, mais sans doute pas fin) », *op. cit.*, spec. n° 12.

28 Y. STRICKLER, « Le décret n° 2015282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends », *op. cit.*, spec. n° 10.

29 Voir en ce sens, J. HÉRON, Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, spec. n° 462.

« avec l'imposition d'une recherche préalable de résolution non juridictionnelle du différend, vers une sorte de condition nécessaire à la présentation de la demande³⁰ ».

N'échappant pas au mouvement législatif de promotion des règlements amiables, le grand texte du dernier quinquennat consacré à la justice, la loi n° 20161547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, allait apporter des éléments de réponse. Parmi les nombreuses dispositions en ce sens³¹, l'article 4 de la loi³² impose dorénavant que la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe soit précédée d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, à peine d'irrecevabilité de la demande que le juge peut soulever d'office. Ce principe admet cependant trois exceptions, dont une seule mérite réellement ce qualificatif. Ainsi, le recours à la tentative de conciliation avant de saisir le juge n'est pas nécessaire « [s]i l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord » ou encore « [s]i les parties justifient d'autres diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige ». Dans ces deux hypothèses, une tentative de règlement amiable aura donc déjà abouti ou échoué et l'on comprendrait mal que les plaideurs soient astreints à réitérer celle-ci devant un conciliateur avant de pouvoir présenter leur litige au juge. En revanche, si les parties n'ont pas mis en œuvre un tel mécanisme, seul « un motif légitime » est de nature à justifier l'absence de recours à la conciliation et par conséquent à permettre de saisir le juge d'instance par cette voie hors de toute tentative de règlement amiable. À défaut d'un tel motif, le juge pourra prononcer d'office l'irrecevabilité de la demande et mettre fin à l'instance³³. La plus grande sévérité par rapport au décret de 2015 réside également dans la nature de la tentative de règlement amiable dont il faut justifier : une conciliation devant un conciliateur de justice. Il n'est plus ici question d'un processus informel, éventuellement très léger³⁴. Ainsi, pour les litiges inférieurs à 4 000 euros³⁵, si les parties décident d'introduire l'instance par déclaration au greffe, ce qui est un choix naturel pour échapper aux coûts de l'assignation, elles devront, sauf motif légitime dont on ne connaît pas encore les contours mais qui devrait varier en fonction de la sensibilité du juge choisi aux modes amiables de règlement des conflits, tenter de s'accorder amiablement devant un conciliateur de justice. Ce n'est qu'à cette condition qu'elles pourront, en cas d'échec, accéder au juge qui tranchera en droit leur litige. Ce mécanisme d'irrecevabilité est donc assez contraignant pour les justiciables. Son élargissement est pourtant actuellement en discussion.

30 C. BLÉRY, J.P. TBOUL, « Une nouvelle ère pour la procédure civile (suite, mais sans doute pas fin) », *op. cit.*, spec. n° 14.

31 Pour un commentaire de ces dispositions, voir Th. CLAY, « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi "Justice du XXI^e siècle" », *JCP éd. G.* n° 48, 28 novembre 2016, 1295 ; Y. STRICKLER, « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi n° 20161547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *Procédures* n° 2, février 2017, étude 7.

Parmi les réformes réalisées, on peut citer la mesure phare de cette loi, du moins pour le grand public, la création d'un divorce extrajudiciaire. Il a pu être considéré par la doctrine « comme une forme extrême de règlement alternatif des conflits » (L. CADIET, Th. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, *op. cit.*, spec. p. 9).

32 Ce texte n'est malheureusement pas codifié.

33 On reconnaît là le mécanisme déjà mis en place pour sanctionner le non-respect des clauses de conciliation préalable obligatoire. Voir l'arrêt fondateur : Cass. Mixte, 14 février 2003, n° 0019423 et 0019424, *Bull.* n° 1 : « licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent ». Cependant, la clause a ici été conclue librement par les parties, elles ont donc fait le choix de recourir aux modes alternatifs de règlement des conflits. Ce n'est évidemment pas le cas lorsque s'applique l'irrecevabilité mise en place par la loi de 2016 en matière de saisine du juge d'instance.

34 En revanche, une interprétation jurisprudentielle souple du critère de la justification « d'autres diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable » pourrait permettre, dans le cadre d'une des exceptions au principe, le recours à un mécanisme plus léger que la conciliation devant un conciliateur de justice.

35 C'est en effet à cette condition que le tribunal d'instance peut être saisi par ce mode d'introduction de l'instance (art. 843 CPC).

Le projet de loi *de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, déposé au Sénat le 20 avril 2018, se propose de renforcer largement le dispositif existant en droit commun. Si le texte était adopté, son article 2-II modifierait l'article 4 de la loi n° 20161547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXI^e siècle* en son premier alinéa³⁶ en le remplaçant par le texte suivant : « Lorsque la demande tend au paiement d'une somme n'excédant pas un certain montant ou est relative à un conflit de voisinage, la saisine du tribunal de grande instance³⁷ doit, à peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, être précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou de procédure participative, sauf : 1° Si l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord ; 2° Lorsque l'exercice d'un recours préalable est imposé auprès de l'auteur de la décision ; 3° Si l'absence de recours à l'un des modes de résolution amiable mentionnés au premier alinéa est justifiée par un motif légitime ; 4° Si le juge doit, en vertu d'une disposition particulière, procéder à une tentative préalable de conciliation »³⁸. La transformation serait de taille et son introduction dans le projet de loi a de quoi surprendre alors que les travaux menés dans le cadre des « Chantiers de la Justice » invitaient au rejet d'une telle réforme³⁹.

Le projet, qui est encore en discussion à l'heure où nous écrivons ces lignes, prévoit certes des exceptions. Les limites de l'obligation imposée aux parties ne sont d'ailleurs pas encore exactement définies, notamment le montant en deçà duquel celle-ci s'appliquera. Le garde des Sceaux se prononce en faveur de la somme de 5 000 euros⁴⁰. Force est cependant de constater que le recours à une tentative de règlement amiable tend à devenir un préalable obligatoire à la saisine du juge civil. Or, il s'agit là d'un obstacle certain au traitement des litiges par application du droit.

36 Qui contient les dispositions relatives à l'irrecevabilité de la demande formée par déclaration au greffe devant tribunal d'instance en cas d'absence de recours à une conciliation devant un conciliateur de justice.

37 Le projet de loi de programmation tend au regroupement des tribunaux de grande instance et des tribunaux d'instance en une juridiction unique, le tribunal de grande instance. Cela explique que le projet de texte fasse désormais référence à cette juridiction.

38 Le texte précise également qu'un décret en Conseil d'État définira « les matières entrant dans le champ des conflits de voisinage ainsi que le montant en-deçà duquel les litiges » seront soumis à telle obligation. Le projet de loi exclut également du champ de la négociation préalable les litiges relatifs au crédit à la consommation et au crédit immobilier, plus précisément les « litiges relatifs à l'application des dispositions mentionnées à l'article L.31426 du code de la consommation ».

39 Les auteurs du rapport « Amélioration et simplification de la procédure civile » (sous la dir. F. AGOSTINI et N. MOLFESSIS, *op. cit.*, spec. p. 25) notaient : « Un tel contexte rend séduisante l'instauration de l'obligation préalable de recourir à un mode amiable de règlement des litiges avant toute saisine du juge civil. En outre, un tel dispositif s'inscrirait dans la suite logique des réformes législatives et réglementaires intervenues en 2015, 2016 et 2017 qui, aujourd'hui, imposent une tentative de conciliation préalable dans les litiges de moins de 4000 euros et exigent des autres demandeurs qu'ils indiquent, dans leurs actes de saisine du juge, les diligences amiables qu'ils ont effectuées préalablement. Toutefois, le Groupe est sensible à certaines réserves exprimées. Il est nécessaire d'éviter que le caractère préalable obligatoire du recours à un mode amiable ne se transforme en une simple formalité, dont les parties justifieraient par une attestation. Le Groupe prend en outre en considération l'absence d'évaluation des dispositifs en vigueur, et l'incertitude quant à la capacité des médiateurs, conciliateurs et avocats à prendre en charge un volume considérable d'affaires, bien qu'il pourrait être envisagé de confier aux greffiers d'accomplir, sur délégation, des missions de conciliation judiciaire dévolues au juge mais très peu exercées aujourd'hui. Enfin, le Groupe de travail est convaincu, à la suite des auditions effectuées, que le juge doit conserver un rôle actif pour consolider l'émergence du recours aux modes alternatifs. Il considère en conséquence que la généralisation d'une obligation préalable de recourir à un mode amiable à peine d'irrecevabilité de la demande est prématurée ».

Pour un commentaire du rapport, voir J. THÉRON, « Améliorer et simplifier la procédure civile – Comment regagner la confiance des justiciables ? », *JCP éd. G.* n° 910, 26 février 2018, 237.

40 Voir, en dernier lieu, l'entretien publié au *Dalloz Actualité* du 15 novembre 2018.

B. Des restrictions de nature à faire obstacle au traitement des litiges par application du droit

Comme le procès civil, les modes alternatifs de règlement des conflits ont pour visée de mettre fin aux litiges. Néanmoins, à l'exception notable de l'arbitrage⁴¹, ils ne font pas de l'application du droit le moyen de cet apaisement. Ainsi, le développement judiciaire comme extrajudiciaire du phénomène tend à faire, au moins en théorie, de l'application du droit un mode secondaire de la résolution des contestations juridiques. En pratique, il est certainement de nature à multiplier les litiges qui ne seront pas tranchés par application du droit.

Certes, certaines tentatives de règlement amiable sont mises en œuvre librement par des personnes qui, en l'absence de recours à un mode alternatif de règlement des conflits, n'auraient pas forcément saisi la justice, et ce pour diverses raisons, notamment financières. En ce cas, le droit serait resté également inappliqué et le développement des modes alternatifs de règlement des conflits est, de ce point de vue, neutre. Toutefois, les dernières réformes en la matière tendent à proposer, voire imposer, hors de toute volonté des parties en ce sens, la mise en œuvre d'une tentative de règlement amiable qui conditionne l'obtention d'une décision judiciaire sur le fond du litige. Contraints ou encouragés par le juge, certains plaideurs vont alors, conformément à l'objet de ces mesures, s'accorder pour mettre fin au litige. Cette part des litiges échappera donc à l'application du droit. En effet, en l'absence de proposition du juge voire d'obligation de recourir à une tentative de règlement amiable, les parties auraient mené la procédure judiciaire à son terme et obtenu une décision du juge en application du droit. Il est certes possible que la procédure ne débouche pas sur une décision sur le fond. Ainsi, une scorie procédurale ou la lassitude des parties peuvent empêcher que le procès arrive à son terme naturel. Mais il s'agit alors d'un « accident » et si ces hypothèses ne sont pas négligeables, elles restent minoritaires⁴².

Évidemment, même imposés à des parties ayant d'ores et déjà saisi le juge, les avantages de ces modes alternatifs peuvent justifier que leur développement soit jugé positivement. L'application du droit, nous l'avons évoqué, n'est pas toujours la panacée en vue de l'apaisement du conflit opposant les sujets de droit. L'impact de ces réformes ne peut cependant être négligé. En effet, le recours au juge est en principe une voie assurant au plaideur que son litige sera « immédiatement » tranché en application du droit. Or, force est de constater qu'une des parties a souvent à gagner à retarder la solution du litige, notamment lorsque les adversaires ne disposent pas de la même puissance financière. L'exigence d'une tentative de règlement amiable peut ainsi devenir une arme destinée à provoquer la lassitude du justiciable en situation de faiblesse amené à abandonner certains de ses

41 En effet, dans l'arbitrage interne, aux termes de l'article 1478 al. 1^{er} CPC, « Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition ». Dans l'arbitrage international, l'article 1511 al. 1^{er} CPC dispose que « Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées » et l'article 1512 lui ouvre la voie de l'amiable composition « si les parties lui ont confié cette mission ».

42 Ainsi, à titre d'illustration, en 2017 les tribunaux de grande instance ont rendu 804 856 décisions. 619 525 étaient des décisions au fond, soit presque 77 % des décisions rendues. Ces chiffres sont disponibles sur le site du ministère de la justice : <http://www.justice.gouv.fr/statistiques.html#statistique-judiciaire>

droits pour arriver plus rapidement à un accord qui ne lui en octroiera qu'une part. Le risque de renonciation « contrainte » à l'application du droit n'est donc pas à négliger.

Enfin, la sanction d'irrecevabilité de la demande, qui tend à devenir le principe en cas d'absence de tentative de règlement amiable, risque tout simplement d'interdire définitivement aux parties l'accès au juge. En effet, si la demande en justice interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion et cela même si elle est portée devant une juridiction incompétente ou que l'acte de saisine est annulé par l'effet d'un vice de procédure⁴³, cette interruption est non avenue si la demande est définitivement rejetée⁴⁴. Or, la Cour de cassation juge que l'article 2243 du code civil « ne distinguant pas selon que la demande est définitivement rejetée par un moyen de fond ou par une fin de non-recevoir, l'effet interruptif de prescription de la demande en justice est non venu si celle-ci est déclarée irrecevable et que [l'article 2241 alinéa 2] ne s'applique qu'aux deux hypothèses, qu'il énumère, de saisine d'une juridiction incompétente ou d'annulation de l'acte de saisine par l'effet d'un vice de procédure⁴⁵ ». En l'absence d'interruption du délai de prescription, les parties qui n'auraient pas tenté de s'accorder amiablement avant de saisir le juge peuvent donc perdre leur droit d'accès à celui-ci. Ce risque est évidemment inversement proportionnel à la longueur du délai de prescription ainsi qu'à la promptitude avec laquelle le juge avait été saisi initialement⁴⁶. Il n'est cependant pas négligeable. En ce cas, le litige ne pourra plus être tranché par application du droit.

La multiplication des hypothèses où l'accès au juge est conditionné par le recours à une tentative de règlement amiable du litige est ainsi un facteur d'inapplication du droit. Cependant, l'accès au juge lui-même n'est plus pour le justiciable une garantie d'application de la règle de droit. En effet, devant celui-ci, les risques d'inapplication suivent une croissance exponentielle.

II. L'inapplication du droit favorisée par la transformation du processus de décision

Trancher le litige en disant le droit⁴⁷, « tel est [...] l'office principal du juge, et, historiquement, sa fonction première⁴⁸ ». Sa traduction dans les textes est assurée par l'article 12 al. 1^{er} du code de procédure civile⁴⁹ qui dispose que « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». L'utilisation de l'indicatif dans un texte de loi valant en principe impératif⁵⁰, il

43 Art. 2241 C. Civ.

44 Art. 2243 C. Civ.

45 Cass. Com., 26 janvier 2016, n° 1417952, *Bull. Civ. IV* n° 17 : *Gaz. Pal.* n° 14, 12 avril 2016, p. 62, note N. FRICERO. L'arrêt a été rendu après avis de la deuxième chambre civile : Cass. Civ. 2^e, 8 octobre 2015, n° 1417952 : *Procédures* n° 12, décembre 2015, comm. 349, note Y. STRICKLER. Confirmé par Cass. Civ. 2^e, 1^{er} juin 2017, n° 1615568, à paraître : *JCP éd. G.* n° 4445, 30 octobre 2017, 1177, note D. MAS ; *Gaz. Pal.* n° 37, 31 octobre 2017, p. 59, note C. BLÉRY.

46 Si la prescription n'est pas déjà acquise à compter du prononcé de l'irrecevabilité, elle pourra être suspendue « à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation » ou de celui « de la conclusion d'une convention de procédure participative » ou « de l'accord du débiteur constaté par l'huissier de justice pour participer à la procédure [simplifiée de recouvrement des petites créances] ».

47 D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Thèse Strasbourg 1991, LGDJ, Bibliothèque de droit privé t. 236, 1994.

48 J. NORMAND, *Le juge et le litige*, Thèse Lille 1961, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 65, 1965, spec. n° 1.

49 Précité, *supra* note 7.

50 Voir G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, Précis Domat droit privé, 3^e éd., 2005, spec. n° 67.

s'agit bien d'un devoir pour le juge. Ainsi, devant le litige et les demandes qui lui sont présentés par les parties, il devrait, en toute logique, appliquer la ou les règles de droit idoines, qu'elles lui soient proposées par les litigants ou qu'il les recherche de son propre chef en relevant d'office un moyen de droit. Or, la Cour de cassation, dans un arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007⁵¹, a décidé que cette opération n'était, en principe, qu'une simple faculté pour le juge. Ainsi, face à la demande d'un plaideur mal formulée en droit, le juge peut se contenter de la rejeter sans rechercher l'éventuel fondement juridique de nature à permettre de consacrer le droit subjectif dont le plaideur se prétend titulaire.

Face au rejet de sa demande, le plaideur qui, par ignorance ou négligence, n'a pas invoqué la bonne règle de droit, peut, s'il ne renonce pas, songer à un remède : faire rejurer son affaire soit en réintroduisant une demande au niveau de la première instance, soit en exerçant un appel, voie de recours qui « remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel⁵² » qui statuera à nouveau en fait et en droit. Cependant le principe de concentration des moyens, désormais imposé par la Cour de cassation, comme le retour progressif vers un appel voie de réformation, tendent à priver le justiciable de cette seconde chance.

La conception renouvelée de l'office du juge quant au droit (A) voit donc ses effets renforcés par ces deux réformes annexes⁵³ qui tendent à rendre unique le processus de décision en droit auquel le plaideur peut prétendre (B).

A. L'office du juge quant au droit en retrait dans le processus de décision

La question de l'office du juge quant au droit est le « serpent de mer » de la procédure civile. Si son obligation de statuer conformément aux règles de droit applicables telle qu'imposée par l'alinéa 1^{er} de l'article 12 n'est pas contestée, c'est loin d'être le cas de ses modalités de mise en œuvre. Lors de l'entrée en vigueur du code de procédure civile, cet article contenant l'essentiel des principes, mais aussi des difficultés, relatifs à l'application du droit dans le procès civil, se développait sous la forme de cinq alinéas. Le premier énonçait le principe, tandis que les deux alinéas suivants précisaient les « opérations intellectuelles englobées par cette prescription⁵⁴ ». Ainsi, l'alinéa 2 disposait que le juge « doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée » et l'alinéa 3 qu'« [i]l peut relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties »⁵⁵. Ce troisième alinéa,

51 N° 06-11343, *Bull.* n° 10. Parmi les nombreux commentaires : G. BOLARD, « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *JCP éd. G.* n° 26, 25 juin 2008, I 156 ; O. DESHAYES, « L'office du juge à la recherche de sens à propos de l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007 », *D.* 2008, p. 1102 ; L. WEILLER, « L'article 12 NCPC ne fait pas obligation au juge, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique des demandes des parties », *JCP éd. G.* n° 2, janvier 2008, II 10006.

52 Art. 561 al. 1^{er} CPC.

53 Les effets combinés de ces trois réformes ont été mis en exergue par le recteur Guinchard dans son célèbre article aux mélanges Wiederkehr : « L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil et de la simple faculté pour le juge de "changer le fondement juridique des demandes" in *De code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz 2009, p. 379.

54 Selon les termes de MOTULSKY : « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972, chron. XVII, p. 91, spec. n° 44.

55 Les deux alinéas suivants se plaçaient en quelque sorte en opposition aux trois premiers puisque des pouvoirs du juge quant au droit, on se déplaçait vers les prérogatives des parties. Celles-ci peuvent ainsi « lier le juge par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat » ou lui donner pouvoir de statuer comme amiable compositeur. Ces textes sont cependant restés lettre morte en pratique.

très ambigu quant à la nature (comment comprendre l'emploi du verbe pouvoir?) et à l'étendue du pouvoir du juge (qu'est-ce qu'un moyen de pur droit devant le juge du fond?), fut annulé par une décision du Conseil d'État du 12 octobre 1979⁵⁶, car le code permettait alors au juge de ne pas respecter le principe du contradictoire quand il procédait à cette opération. Cependant les motifs de l'annulation amenèrent une grande partie de la doctrine à « rétablir, comme une évidence et un acquis coutumier, la disposition de l'alinéa 3 originaire⁵⁷ ». Mais alors, comment dans ces conditions articuler ces deux alinéas qui semblent soumettre à deux régimes différents la requalification et le relevé d'office d'un moyen de droit? Requalifier, est en effet la première étape vers l'application d'une autre règle de droit et donc vers le relevé d'office d'un moyen de droit⁵⁸.

Ces éléments expliquent que la jurisprudence n'ait, pendant de longues années, jamais réussi à arrêter un principe clair. Seule était réellement fixée la position de la Cour de cassation selon laquelle, lorsque les parties n'invoquaient aucune règle de droit à l'appui de leur demande, le juge devait « faire le tour de la question »⁵⁹. Pour le reste, c'est-à-dire quand les plaideurs invoquaient une règle de droit au soutien de leurs demandes⁶⁰, la jurisprudence était extrêmement divisée. Oscillant entre obligation, faculté, voire interdiction de changer le fondement juridique de la demande lorsqu'il s'avérait mal choisi⁶¹, elle laissait pour le moins circonspect.

Dans ces conditions, la réunion d'une assemblée plénière ne pouvait surprendre. Par son arrêt du 21 décembre 2007, la Cour de cassation précise que « si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du nouveau code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes ». La Cour de cassation revient donc à la lettre de l'article 12 originaire en retenant une opposition entre qualification/requalification et relevé d'office d'un moyen de droit. Le principe est donc désormais que, saisi d'une demande fondée sur une règle particulière, le juge du fond doit vérifier si ce fondement juridique est adéquat. Si c'est le cas, il accordera ce qui a été demandé. En revanche, s'il est erroné, il devra donner leur exacte qualification aux faits et actes litigieux mais ne sera pas contraint d'appliquer la ou les règles dont découlent ces qualifications. Ce système est certes singulier mais il semble être la seule façon raisonnable de concilier les deux affirmations de l'arrêt de 2007.

56 Conseil d'État, Ass., 12 octobre 1979, req. n° 01875, 01905, 01948 à 01951, *Rassemblement des nouveaux avocats de France et autres, Recueil Lebon* 1979, p. 370 ; *JCP éd. G.*, 1980, II 19288, conclusions M. FRANC et note J. BORÉ ; *D.* 1979, jur. p. 606, note A. BÉNABENT ; *Gaz. Pal.* 1980, jur. p. 6, note P. JULIEN ; *RTD Civ.* 1980, p. 145, note J. NORMAND.

57 Selon les termes du doyen Cornu (« Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », *op. cit.*, spec. p. 89).

58 Voir en ce sens, H. MOTULSKY, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile... », *op. cit.*, spec. n° 46.

59 Voir par exemple, Cass. Civ. 2^e, 8 décembre 2005, n° 04-10981 ; Cass. Soc., 20 février 1996, n° 92-45024, *Bull. Civ.* V n° 60 ; Cass. Com., 26 octobre 1993, n° 9119086, *Bull. Civ.* IV, n° 365. Néanmoins la haute juridiction juge que le magistrat ne relève pas alors un moyen de droit (voir en ce sens, Cass. Civ. 3^e, 28 mai 1986, n° 8511402, *Bull. Civ.* III n° 82 ; *Gaz. Pal.* 1987, somm. p. 55, note H. CROZE, C. MOREL ; Cass. Civ. 2^e, 23 octobre 1991, n° 9014583, *Bull. Civ.* II n° 280). Cela explique le régime particulier applicable.

60 Ce qui était l'hypothèse la plus fréquente et tendait à devenir la règle suite à la réforme introduite par le décret n° 981231 du 28 décembre 1998 *modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile* ayant imposé la motivation en droit de l'assignation et les conclusions qualificatives devant le tribunal de grande instance et la cour d'appel.

61 Pour une vue d'ensemble de celle-ci à la veille de l'arrêt du 21 décembre 2007, voir respectivement le rapport du conseiller rapporteur D. Loriferne et l'avis de l'avocat général R. de Gouttes rendus en vue de cet arrêt et publiés au *BICC* n° 680, 15 avril 2008, p. 20 et p. 30.

La seule réserve est celle de l'existence de « règles particulières », critère flou, dont on perçoit mal au premier abord ce qu'il recouvre. Après une dizaine d'années d'application, la lumière est en partie venue d'un arrêt de chambre mixte du 7 juillet 2017⁶² dans lequel la haute juridiction précise que « si le juge n'a pas, sauf règles particulières, l'obligation de changer le fondement juridique des demandes, il est tenu, lorsque les faits dont il est saisi le justifient, de faire application des règles d'ordre public issues du droit de l'Union européenne, telle la responsabilité du fait des produits défectueux, même si le demandeur ne les a pas invoquées ». Ainsi, ces règles revêtent la qualité de « règles particulières » au sens de la jurisprudence de la Cour de cassation⁶³. En outre, bien qu'à notre connaissance la haute juridiction ne l'ait pas directement affirmé, il nous semble que la règle de conflit de lois qui doit être relevée d'office par le juge en matière de droits indisponibles⁶⁴, entre dans cette catégorie des « règles particulières ».

En dehors de ces hypothèses (ou lorsque le plaideur n'aura pas fondé sa demande en droit, car sur ce point la Cour de cassation n'a pas fait évoluer sa position⁶⁵), le juge pourra donc trancher le litige en rejetant la demande sans appliquer la règle de droit appelée par les faits et cela même s'il l'a identifiée lors d'une éventuelle requalification de ces derniers. Or, de plus en plus, cette situation d'inapplication du droit tendra à devenir définitive. En effet, le plaideur ne pourra présenter à nouveau sa demande à un autre juge afin que celui-ci réitère le raisonnement ayant mené à la décision.

B. Vers un unique processus de décision

Le justiciable débouté de sa demande et donc de la reconnaissance de son droit à défaut d'application de la règle par le juge a, nous l'avons évoqué, théoriquement deux manières d'essayer d'obtenir malgré tout satisfaction : soit revenir devant le juge de première instance, soit interjeter appel. L'une de ces voies a cependant été fermée par la Cour de cassation (1), tandis que le pouvoir réglementaire grignote petit à petit la seconde (2).

62 N° 1525651 : voir parmi de nombreux commentaires, *Procédures* n° 10, octobre 2017, comm. 227, note Y. STRICKLER ; *JCP éd. G.* n° 37, 11 septembre 2017, 926, note Ch. QUÉZELAMBRUNAZ ; *RTD Civ.* 2017, p. 829, note L. USUNIER, p. 872, note P. JOURDAIN, p. 882, note P.Y. GAUTIER ; *D.* 2017, p. 1800, note M. BACACHE.

63 La position de la Cour de justice de l'Union européenne n'est cependant pas sans influence sur cette inflexion. Voir, notamment, les arrêts, CJCE, 14 décembre 1995, *van Schijndel et van Veen*, C-430/93 et C-431/93, Rec. p. I4705 dans lesquels la Cour de justice retient que, dans les limites du litige tel qu'il a été circonscrit par les parties, le juge doit appliquer d'office les règles contraignantes du droit de l'Union européenne. Le rapport du conseiller rapporteur Ladant ainsi que l'avis de l'avocat général Grignon Dumoulin révèlent l'influence de cette jurisprudence : *BICC* n° 874, 15 janvier 2018, p. 11, spec. p. 3033 et p. 39, spec. p. 5254.

64 Voir, en ce sens, les deux arrêts à l'origine de cette jurisprudence, Cass. Civ. 1^{re}, 26 mai 1999, n° 9716684, *Bull. Civ. I* n° 274 et n° 9616361, *Bull. Civ. I* n° 172 ; *Revue crit. DIP* 1999, p. 707, note H. MUIR-WATT ; *JCP éd. G.* n° 44, 3 novembre 1999, II 10192, note Fr. MÉLIN.

65 Voir parmi d'assez nombreux arrêts, Cass. Civ. 2^e, 10 décembre 2009, n° 08-21158 ; Cass. Soc., 28 septembre 2010, n° 09-41276 et 09-41512 ; Cass. Civ. 3^e, 13 décembre 2011, n° 1018037 ; Cass. Civ. 1^{re}, 26 juin 2013, n° 1214463 ; *RTD Civ.* 2013, p. 584, note J. HAUSER.

1. *Le principe de concentration des moyens, obstacle à l'accès à un second juge de première instance*

Par son arrêt *Cesareo*⁶⁶ du 7 juillet 2006, la Cour de cassation impose au plaideur qui invoque une règle de droit à l'appui de sa demande, ce qui est une obligation au moins devant le tribunal de grande instance et la cour d'appel depuis le décret du 28 décembre 1998, de présenter dès l'instance relative à la première demande⁶⁷, l'ensemble des moyens susceptibles de fonder sa demande. À défaut, s'il réintroduit une instance pour faire juger une demande identique sur un fondement juridique oublié, il se verra opposer l'autorité de la chose jugée de la première décision. Rapidement adopté par toutes les chambres de la haute juridiction⁶⁸ et « bilatéralisé » en étant déclaré applicable à l'ensemble des parties au procès, demandeur comme défendeur⁶⁹, le principe de concentration des moyens est aujourd'hui installé en procédure civile. Il s'applique d'ailleurs hors du procès civil proprement dit puisqu'il a déjà été opposé à un plaideur qui avait vu sa demande sur l'action civile rejetée par une juridiction pénale⁷⁰ ou encore dans une procédure d'arbitrage interne⁷¹.

Néanmoins, dans cette dernière affaire, la première chambre civile de la Cour de cassation ne faisait pas simplement application du principe de concentration des moyens mais énonçait à l'appui de sa décision « qu'il incombe au demandeur de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur la même cause ». Elle imposait ainsi un véritable principe de concentration des demandes. Cette position fut heureusement vite abandonnée par un arrêt de la deuxième chambre civile du 26 mai 2011⁷² dans lequel la haute juridiction énonce que « s'il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci, il n'est pas tenu de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur les mêmes faits ». Si la première chambre civile a rejoint en 2016⁷³ la position de son homologue, confirmant ainsi l'abandon du principe, certaines décisions, notamment en matière de cautionnement, laissent cependant apparaître une très large conception du principe de concentration

66 Cass. A.P., 7 juillet 2006, n° 04-10672, *Bull.* n° 8. Cet arrêt a été très largement commenté, voir entre autres : *D.* 2006, p. 2135, note L. WEILLER ; *Droit et procédures* n° 6, novembre-décembre 2006, p. 348, note N. FRICERO ; *RTD Civ.* 2006, p. 825, note R. PERROT ; *JCP éd. G.* n° 17, 25 avril 2007, II 10070, note G. WIEDERKEHR.

67 L'emploi du terme instance peut être trompeur. Il doit être compris *lato sensu* comme désignant l'ensemble du procès de l'introduction de la première instance à la décision irrévocable rendue par la dernière des juridictions saisies du litige et non une seule des phases de celui-ci. Ainsi des moyens non invoqués en première instance pourront l'être devant un éventuel juge d'appel, ce qu'autorisent les règles applicables à cette voie de recours.

68 Cass. Civ. 1^{re}, 16 janvier 2007, n° 05-21571, *Bull. Civ. I* n° 18 ; Cass. Com., 20 février 2007, n° 0518322, *Bull. Civ. IV* n° 49 : *Procédures* n° 6, juin 2007, comm. 128 note, R. PERROT ; *JCP éd. G.* n° 43, 24 octobre 2007, I 200, spec. n° 22, note L. CADIEU ; *Droit et Patrimoine* n° 166, janvier 2008, p. 97, note S. AMRANI MEKKI ; Cass. Civ. 2^e, 18 octobre 2007, n° 06-13068 : *Revue de Droit bancaire et financier* n° 6, novembre 2007, comm. 220, note D. LEGEAIS ; *Procédures* n° 12, décembre 2007, comm. 274, note R. PERROT ; *RTD Civ.* 2008, p. 147, note Ph. THÉRY ; Cass. Civ. 3^e, 13 février 2008, n° 0622093, *Bull. Civ. III* n° 28 : *Procédures* n° 4, avril 2008, comm. 104, note R. PERROT ; *D.* 2008, p. 621, obs. G. FOREST ; *Droit et procédures* n° 4, juillet-août 2008, p. 214, obs. M. DOUCHY OUDOT.

69 Par l'arrêt, Cass. Com., 20 février 2007, n° 0518322, précité note précédente.

70 Cass. Civ. 2^e, 25 octobre 2007, n° 06-19524, *Bull. Civ. II* n° 241 : *Procédures* n° 12, décembre 2007, comm. 274, et *RTD Civ.* 2008, p. 159, notes R. PERROT ; *Revue des contrats* n° 4, 1^{er} octobre 2008, p. 1143, note O. DESHAYES.

71 Cass. Civ. 1^{re}, 28 mai 2008, n° 07-13266, *Bull. Civ. I* n° 153 : *JCP éd. G.* n° 39, 24 septembre 2008, II 10157, note G. CHABOT, n° 42, 15 octobre 2008, II 10170, note G. BOLARD ; *D.* 2008, p. 1629, note X. DELPECH et p. 3111, note Th. CLAY ; *RTD Civ.* 2008, p. 551, note R. PERROT ; *Revue de l'arbitrage* 2008, n° 3, p. 461, note L. WEILLER ; *Revue des contrats* n° 4, 1^{er} octobre 2008, p. 1143, *op. cit.*, note O. DESHAYES ; *Petites Affiches* n° 119, 3 octobre 2008, p. 3, note J. MAIRE DU POSET.

72 N° 10-16735, *Bull. Civ. II* n° 117 : *JCP éd. G.* n° 26, 1^{er} juin 2011, 749, note G. DEHARO et n° 29-34, 18 juillet 2011, 861, note Y.M. SERINET ; *RTD Civ.* 2011, p. 593, note R. PERROT ; *D.* 2012, p. 244, note N. FRICERO.

73 Cass. Civ. 1^{re}, 12 mai 2016, n° 15-16743 et n° 15-18595, *Bull. Civ. I* n° 106 : *Procédures* n° 7, juillet 2016, comm. 223, note Y. STRICKLER ; *Gaz. Pal.* n° 29, 30 août 2016, p. 66, note H. HERMAN ; *RTD Civ.* 2016, p. 923, note Ph. THÉRY.

des moyens. Ainsi, en vertu de ce principe, la caution condamnée au paiement en exécution de son engagement lors d'un premier procès ne peut, dans un procès subséquent, demander que soit constatée la nullité dudit engagement et obtenir le paiement de dommages-intérêts en raison de la faute de la banque lors de la souscription des cautionnements, disproportionnés au regard de ses revenus et patrimoine⁷⁴, demander paiement de dommages et intérêts en raison de fautes de la banque dans le non-renouvellement et la réalisation de sûretés⁷⁵, demander paiement de dommages et intérêts en raison du manquement de la banque à son devoir de mise en garde⁷⁶. On pourrait multiplier les exemples.

Au regard d'une volonté d'application du droit, ce mouvement jurisprudentiel est bien évidemment condamnable en empêchant potentiellement le plaideur d'avoir à nouveau accès au juge pour obtenir ce que lui reconnaît pourtant le droit positif. Bien évidemment, le principe de concentration des moyens a certaines vertus qu'on ne peut passer sous silence. Il permet de lutter contre le comportement déloyal qui « consisterait, pour la partie la plus à même de le supporter, à se ménager des arguments pour une instance ultérieure, et à les distiller au fur et à mesure des procès intentés contre son adversaire, en vue de l'épuiser lui plutôt que le contentieux⁷⁷ ». Sans aller jusqu'à de telles extrémités dans la mauvaise foi, l'exigence de concentration des moyens a pour vertu de responsabiliser les parties qui intentent un procès, de les encourager à ne pas faire preuve de négligence ou de légèreté dans la présentation de leur cause devant le juge. Mais, il expose le plaideur négligent à de graves conséquences. Il devra faire le deuil d'un droit dont il était pourtant titulaire. Ce risque est multiplié par la simple faculté pour le juge de relever les moyens de droit puisque, nous l'avons vu plus avant⁷⁸, si le justiciable se trompe de fondement juridique, il ne peut être certain que le juge fera usage de son pouvoir de relever d'office la règle de droit applicable aux faits invoqués au soutien de sa prétention. Reste alors, lors de l'instance initiale, un éventuel recours devant le juge d'appel.

2. *Le retour vers un appel voie de réformation, limite à l'application de règles de droit négligées en première instance*

L'appel, qui vise à faire rejurer l'affaire en fait et en droit par un juge hiérarchiquement supérieur, peut être fondé sur deux conceptions opposées. Dans la première, l'appel est conçu comme un simple contrôle de la décision de première instance. Dans ce cas, le procès doit être identique devant le premier juge et le juge d'appel, ce qui interdit toute évolution et tout élargissement du procès entre les deux instances. C'est ainsi que s'exprime la vision traditionnelle de l'appel, qualifiée d'appel voie de réformation. Dans la seconde conception, l'appel doit également permettre de rendre la meilleure décision possible dans le

74 Cass. Com., 12 novembre 2008, n° 08-10138 : *Gaz. Pal.* n° 22, 22 janvier 2009, p. 43, note R. ROUTIER.

75 Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 2010, n° 09-10364, *Bull. Civ. I* n° 150 : *JCP éd. G.* n° 43, 25 octobre 2010, 1052, note E. JEULAND ; *Droit et procédures* n° 9, octobre 2010, p. 271, note Ch. LEFORT ; *RLDC* n° 76, novembre 2010, n° 4016, p. 60, note L. RASCHEL ; *RTD Civ.* 2011, p. 586, note Ph. THÉRY ; *Gaz. Pal.* n° 81, 22 mars 2011, p. 11, note S. AMRANI MEKKI.

76 Cass. Com., 22 mars 2016, n° 14-23167 : *Gaz. Pal.* n° 23, 21 juin 2016, p. 31, note Ch. ALBIGES.

77 A. POSEZ, « Le principe de concentration des moyens, ou l'autorité retrouvée de la chose jugée », *RTD Civ.* 2015, p. 283, spec. n° 14.

78 Voir *supra* II A.

but « d'achever », de mettre un terme définitif au litige soumis au juge. Pour cela, ce litige devra pouvoir évoluer en cause d'appel, cette voie de recours étant alors qualifiée de voie d'achèvement du litige.

Cette conception moderne de l'appel⁷⁹ a été adoptée par les auteurs du code de procédure civile. Ainsi, l'article 563 permet aux parties, « pour justifier en appel les prétentions qu'elles avaient soumises au premier juge », d'« invoquer des moyens nouveaux, produire de nouvelles pièces ou proposer de nouvelles preuves ». Si les demandes nouvelles sont irrecevables, celles-ci sont très strictement entendues, car l'article 565 précise que « Les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, même si leur fondement juridique est différent ».

Mais alors que le code 1975 tendait à permettre au litige de s'épanouir en appel, les dernières réformes prennent un chemin tout à fait opposé. La raison principale du changement de paradigme tient au coût en temps et en moyens d'un appel voie d'achèvement. Ainsi, le décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009 *relatif à la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile*, complété et modifié par le décret n° 2010-1647 du 28 décembre 2010 *modifiant la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile*⁸⁰, a d'une part, largement transformé la procédure de droit commun devant la cour sur le modèle de la procédure suivie de la Cour de cassation. Elle est désormais un chemin semé d'embûches et de chausse-trappes⁸¹. Mais, plus fondamentalement, cette réforme inspirée des propositions du Rapport Magendie II⁸² avait pour objet de faire de l'appel une « voie d'achèvement maîtrisée ». Le choix du vocabulaire n'était pas anodin : en sous-entendant ainsi que l'appel était sous l'empire des dispositions originelles du nouveau code de procédure civile une voie d'achèvement « non maîtrisée », c'est bien à une critique au moins partielle de la conception de l'appel adoptée en 1975 que se livraient le Rapport et le décret qui en est issu. Sur ce point, la réforme fut cependant très partielle. En effet, elle est sans influence sur les textes permettant l'évolution des éléments objectifs litige et, notamment, l'article 563 du code permettant aux parties d'invoquer des moyens nouveaux à l'appui des prétentions déjà présentées en première instance⁸³.

Peu satisfaite des résultats obtenus *via* cette réforme, notamment quant à la réduction des délais de décision⁸⁴, la chancellerie a, dans les derniers jours du dernier quinquennat, imposé une nouvelle rénovation des textes par le décret n° 2017891 du 6 mai 2017 *relatif aux exceptions d'incompétence*

79 Elle a été mise en lumière par un colloque des Instituts d'études judiciaires qui s'est déroulé à Aix-en-Provence en 1963 : *La voie d'appel, Colloque national d'études judiciaires, Journées des 22 et 23 février 1963, Aix-en-Provence*, Institut d'études judiciaires de la Faculté de droit et des sciences économiques, 1964.

80 Sur cette réforme, voir D. D'AMBRA, A.M. BOUCON, « Le décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009 réformant la procédure d'appel et la gestion des flux de contentieux judiciaire », *D.* 2010, p. 1093 ; N. FRICERO, « L'appel nouveau est arrivé ! », *Procédures* n° 5, mai 2010, étude 3 ; Ph. GERBAY, « La réforme de la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile », *Gaz. Pal.* n° 12, 12 janvier 2010, p. 12.

81 Voir particulièrement sur cet aspect, D. D'AMBRA, A.M. BOUCON, « Le décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009 réformant la procédure d'appel et la gestion des flux de contentieux judiciaire », *op. cit.*

82 J.-C. MAGENDIE (dir.), *Célérité et qualité de la justice devant la Cour d'appel*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la justice, La documentation française, Collection des rapports officiels, 2008.

83 La seule exception notable est l'article 564 du code. Il permet dorénavant au juge de relever d'office l'irrecevabilité des prétentions nouvelles alors que jusqu'alors il appartenait aux parties de se prévaloir d'une telle irrecevabilité. L'accord des parties ou leur négligence permettaient donc de soumettre à la cour de nouvelles prétentions.

84 Qui ont globalement augmenté.

et à l'appel en matière civile⁸⁵. Ce décret, qui retouche la procédure ordinaire avec représentation obligatoire, fait surtout évoluer les dispositions générales relatives à l'appel dans le sens d'un appel voie de réformation, même si toute possibilité d'évolution du litige est loin d'être écartée. Il modifie tout d'abord l'article 542 du code qui définit l'objet de l'appel. Alors qu'avant ce décret du 6 mai, ce texte disposait que « L'appel tend à faire réformer ou annuler par la cour d'appel un jugement rendu par une juridiction du premier degré », il dispose désormais que « L'appel tend, *par la critique du jugement rendu par une juridiction du premier degré*, à sa réformation ou à son annulation par la cour d'appel ». Il a donc semblé utile de mettre en exergue que c'est bien la critique du jugement rendu qui doit motiver l'appel. L'article 561 du code est également modifié. Il disposait jusqu'en 2017 que « L'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit ». Dans sa nouvelle rédaction, il précise, en son alinéa 1^{er} que « L'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel », mais surtout, en son alinéa 2, qu'« Il est statué à nouveau en fait et en droit dans les conditions et limites déterminées aux livres premier et deuxième du présent code ». Ces modifications sont surtout symboliques car ces limites étaient déjà respectées en l'absence de cette affirmation expresse. Néanmoins l'esprit du décret et de ses auteurs se révèle clairement à travers ces énoncés quasi incantatoires. En effet, les « conditions et limites » auxquelles fait désormais référence l'article 561 ne sont pas bouleversées, bien qu'elles soient de plus en plus restrictives. Principalement, le décret supprime la possibilité d'un appel général implicite que permettait l'ancien article 562 alinéa 2⁸⁶. Désormais, ne seront déférés à la cour d'appel que les chefs de jugement expressément critiqués par l'appelant et ceux qui en dépendent. La dévolution ne sera générale qu'en cas d'appel tendant à l'annulation de la décision attaquée ou en cas d'indivisibilité de l'objet du litige⁸⁷. Il ne faut cependant pas galvauder cette dernière réforme car le retour vers un appel voie de réformation, ou en tout cas la limitation de la conception de l'appel voie d'achèvement du litige, se poursuit et tout laisse malheureusement à penser qu'il ne s'agit que d'une étape. Si le justiciable peut encore aujourd'hui obtenir de la cour d'appel l'application de règles de droit qui avaient échappé (volontairement ou non) à la vigilance au premier juge, c'est par un « parcours du combattant » dans la procédure ordinaire avec représentation obligatoire et dans des conditions de plus en plus restrictives. Le risque d'inapplication du droit est consciemment couru par le législateur et la chancellerie, auxquels la Cour de cassation prête main-forte.

85 Pour les commentaires, voir H. CROZE, « Dernier appel de la République hollandaise : le décret n° 2017891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile », *Procédures* n° 7, juillet 2017, étude 23 ; N. FRICERO, « L'appel nouveau est arrivé ! », *Dalloz actualité*, 12 mai 2017 ; S. AMRANI MEKKI, « L'appel en matière civile : en marche vers un nouvel équilibre procédural ? À propos du décret n° 2017891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile », *JCP éd. G.* n° 23, 5 juin 2017, 659.

86 Celui-ci disposait que : « L'appel ne défère à la cour que la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément ou implicitement et de ceux qui en dépendent.

La dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel n'est pas limité à certains chefs, lorsqu'il tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible ».

87 Art. 562 CPC dans sa rédaction issue du décret n° 2017891 du 6 mai 2017 : « L'appel défère à la cour la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément et de ceux qui en dépendent.

La dévolution ne s'opère pour le tout que lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible ».

On peut ajouter que l'article 566 dispose désormais que « Les parties ne peuvent ajouter aux prétentions soumises au premier juge que les demandes qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément nécessaire » alors que dans sa version antérieure le texte permettait aux parties d'explicitier les prétentions qui étaient virtuellement comprises dans les demandes et défenses soumises au premier juge. Il n'est cependant pas évident que cette suppression ait un grand impact : ces demandes ne peuvent-elles pas dans le même temps être qualifiées d'accessoire, conséquence ou complément des demandes précédemment présentées au premier juge ?

L'application du droit n'est pas l'*alpha* et l'*oméga* de la résolution des litiges et cette affirmation se vérifie davantage de jour en jour dans la procédure civile moderne. « Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès⁸⁸ » et l'amiable, s'il est au détriment de la stricte application du droit, est parfois le meilleur gage de relations futures apaisées. Mais cet outil ne doit pas être détourné de sa vocation pour devenir une barrière à l'accès au juge, juge dont l'office est de trancher le litige en disant le droit. Or même devant ce « hussard » du droit, sans cesse sourd cette question : « de l'apaisement du litige ou de l'application du droit, quelle est la valeur à laquelle il convient de donner la préférence ?⁸⁹ ». Dans un contentieux par nature privé, l'application de la loi doit-elle être poursuivie pour elle-même, dans une perspective d'intérêt général, ou n'est-elle qu'un moyen d'imposer une solution pacifique au conflit qui oppose deux personnes privées sur des rapports privés ? La procédure civile de ce début de XXI^e siècle fait de plus en plus pencher la balance vers la deuxième branche de l'alternative que ce soit hors ou devant le juge. La justification semble cependant purement économique. Car alors que rien ne semble endiguer l'inflation législative⁹⁰ et que l'activité des personnes privées est de plus en plus encadrée (en témoigne le développement des règles du droit de la consommation), la procédure civile semble faire passer l'application du droit au second plan. Il convient pourtant de veiller à ce qu'elle n'atteigne pas ainsi le « point de déséquilibre⁹¹ ». À l'heure où la Cour de cassation, juge du droit, veut largement fermer l'accès à son prétoire pour se transformer en une cour suprême « à l'américaine »⁹², il convient de veiller à ce que les espaces de plus en plus larges d'inapplication du droit devant le juge du fond se contractent sous peine de tendre vers le déni de justice.

88 H. DE BALZAC, *Illusions perdues*, Ève et David, 1843.

89 J. NORMAND, *Le juge et le litige*, *op. cit.*, spec. n° 30.

90 Ainsi qu'en témoignent, à une dizaine d'années d'intervalle, le rapport public 2006 du Conseil d'État : *Rapport public 2006 – Sécurité juridique et complexité du droit* (La documentation française, Études et documents, Conseil d'État, 2016) et son étude annuelle 2016 : *Simplification et qualité du droit* (La Documentation française, Études et documents, Conseil d'État, 2016).

91 Comme le craignaient, à propos du procès civil, S. AMRANI MEKKI, E. JEULAND, Y.M. SERINET, « Le procès civil français à son point de déséquilibre ? À propos du décret "procédure" », *JCP G*, n° 24, 14 juin 2006, I 146.

92 Voir en ce sens le projet de texte présenté au mois de mars 2018 et les documents y afférant : https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/mise_oeuvre_propositions_reforme_8181/reforme_traitement_pourvois_8640/filtrage_pourvois_38844.html. Pour une première critique, voir Th. LE BARS, « Menaces sur la cassation à la française : des propositions de réforme consternantes », *Gaz. Pal.* n° 14, 10 avril 2018, p. 12.