

# La compétence du conseiller de la mise en état en matière d'exceptions de nullité après le décret du 28 décembre 2005

Guy NARRAN  
Avoué à la Cour d'appel d'Agen

Le dernier toilettage du nouveau Code de procédure civile opéré par le décret du 28 décembre 2005, s'il a encore accru les pouvoirs du magistrat de la mise en état, n'a pas dissipé toutes les incertitudes qui existaient en ce qui concerne la compétence du conseiller de la mise en état.

Le décret du 28 décembre 1998 avait complété l'article 771 du NCPC en énonçant que le juge de la mise en état (et donc le conseiller de la mise en état aux termes de l'article 910) était jusqu'à son dessaisissement seul compétent pour statuer sur les exceptions de procédure (exceptions d'incompétence, de litispendance et de connexité, dilatoires et de nullité), alors qu'il n'était jusque-là exclusivement compétent qu'en matière de nullités pour vice de forme. Le décret du 20 août 2004 a accru ses pouvoirs en lui donnant la possibilité d'ordonner le retrait du rôle en cas de demande écrite et motivée des parties et de statuer sur les incidents qui mettent fin à l'instance (péremption, désistement d'appel, acquiescement). Le décret du 28 ~~mai~~ 2005 a encore élargi ses attributions en lui donnant aux termes de son article 2 le pouvoir d'homologuer les accords des parties (article 24) et également celui d'accorder une indemnité au titre de l'article 700 (article 26). Seules échappent encore à sa compétence les fins de non-recevoir. Surtout, son article 27 modifiant l'article 775 du NCPC a accordé l'autorité de la chose jugée aux ordonnances statuant sur les exceptions de procédure, ce qui a fait dire au Professeur Roger Perrot que dorénavant le juge de la mise en état « se comportera, non plus comme un subordonné de la formation collégiale du tribunal dont la copie pourrait être révisée par elle, mais comme un véritable juge du premier degré au plein sens du terme » (1). De ce fait, les ordonnances rendues par le juge de la mise en état dans ce cadre pourront faire l'objet d'un appel qu'elles fassent droit ou non à la demande (article 34 du décret modifiant l'article 914 du NCPC).

L'objectif du décret du 28 décembre 1998 élaboré par la Chancellerie en matière d'exceptions de procédure à la suite du rapport du président Coulon, était d'accroître les pouvoirs des magistrats de la mise en état pour alléger le rôle des cours d'appel (2). Le doyen Guinchard l'avait défini ainsi : « Arriver à l'audience de jugement avec un dossier complètement apuré de tous les incidents de procédure » (3). Le Rapport au Premier ministre éta-

bli à l'occasion du projet de décret et repris presque mot pour mot dans la circulaire du 8 février 2006 relative à l'entrée en vigueur du décret le 1<sup>er</sup> mars 2006 rappelle cet objectif : « L'institution du juge de la mise en état avait pour objet de permettre de purger la procédure des incidents avant son renvoi à l'audience, afin que le tribunal n'ait à juger que le fond du droit ».

Cependant, la Chancellerie s'est aperçue que les praticiens continuaient à saisir la juridiction du fond des exceptions de procédure. En effet, à partir du moment où le conseiller de la mise en état était seul compétent jusqu'à son dessaisissement, la cour par contre l'était à partir du moment où le conseiller de la mise en état était dessaisi, à savoir à l'ouverture des débats, ce qui fait que les exceptions de nullité pouvaient continuer d'être soulevées devant la cour. Cette pratique a d'ailleurs été admise par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation (4).

La Chancellerie a donc décidé de supprimer cette possibilité en faisant à l'article 771. 1<sup>o</sup> l'ajout suivant (article 25 du décret) : « Les parties ne sont plus recevables à soulever ces exceptions et incidents ultérieurement à moins qu'ils ne surviennent ou ne soient révélés postérieurement au dessaisissement du juge »

Il ne sera donc plus possible dorénavant dans la très grande majorité des cas de soulever les exceptions de procédure devant la cour et ce à peine d'irrecevabilité.

Si l'application des divers décrets n'a pas posé de problèmes particuliers au niveau de la compétence du juge de la mise en état, il n'en a pas été de même pour celle du conseiller de la mise en état, qui aux termes de l'article 910 est soumis lui aussi aux dispositions de l'article 771. Il n'est donc peut-être pas inutile compte tenu de cette nouvelle sanction de l'article 25 du décret de revenir sur certaines difficultés que le conseiller de la mise en état rencontre pour certaines nullités.

## I. NULLITÉ DU JUGEMENT

### • Lorsque la nullité de l'assignation n'a pas été soulevée en première instance

L'hypothèse envisagée suppose que le demandeur à l'exception n'ait pas conclu au fond devant le tribunal, ni devant la cour, car sinon il lui serait opposé l'article 74 du NCPC, qui exige que les

(1) Procédures, février 2006, p. 4.

(2) Cf. notre précédente chronique : La compétence exclusive du conseiller de la mise en état en matière d'exceptions de nullité, Gaz. Pal. du 18 septembre 2001, doct. p. 12.

(3) D. 1999, chr. 65.

(4) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 juin 2003, Bull. civ. II, n<sup>o</sup> 191.

exceptions de procédure soient soulevées avant toute défense au fond.

Il ne semble pas douteux que le conseiller de la mise en état a compétence, lorsque l'exception de nullité de l'assignation n'a pas été soulevée en première instance, pour déclarer nulle l'assignation introductive d'instance. En effet, si c'était la cour qui était compétente pour statuer sur la nullité de l'assignation, cela priverait les plaideurs de voie de recours, alors que désormais le déféré prévu par l'article 914 est possible que l'exception ait été ou non accueillie (article 34 du décret).

En revanche, ce qui pose problème c'est la compétence du conseiller de la mise en état pour annuler par voie de conséquence le jugement :

- certaines décisions ont déclaré nulles les assignations, ainsi que les jugements qui s'en sont suivis (5),

- d'autres ont constaté la nullité de l'acte introductif d'instance, mais ont considéré qu'il n'entraînait pas dans les compétences du conseiller de la mise en état de relever la nullité du jugement dont appel en précisant souvent que seule la cour était saisie par l'effet dévolutif de l'appel (6) ou en se prévalant de l'article 542.

Si c'est effectivement par l'effet dévolutif de l'appel que les juges du second degré se voient déférer dans tous ses éléments de fait et de droit tout ou partie de la connaissance d'un litige sur lequel ont déjà statué les juges du premier degré, cela n'empêche pas pour autant le conseiller de la mise en état de statuer dans les limites de sa compétence définies par l'article 771. La référence faite par certaines décisions à l'effet dévolutif pour refuser d'annuler par voie de conséquence un jugement s'explique donc mal.

En ce qui concerne l'article 542, il donne à la cour le pouvoir non seulement de réformer mais également d'annuler les jugements. Mais en fait, il ne s'agit pas ici pour le conseiller de la mise en état d'annuler le jugement dont la cour a été saisie, mais simplement de constater sa nullité à la suite de l'annulation de l'assignation. En effet, le principe en matière d'acte annulé est que les actes antérieurs à l'acte annulé restent valables, tandis que les actes postérieurs ou subséquents perdent leur efficacité et sont annulés par voie de conséquence (7). En déclarant nulle une assignation, le conseiller de la mise en état ne fait donc que constater par voie de conséquence la nullité des actes subséquents et notamment celle du jugement. Cette nullité est

automatique du fait de l'annulation de l'assignation.

La constatation de la nullité du jugement par voie de conséquence ne saurait être analysée comme une censure du jugement au fond par le conseiller de la mise en état, puisqu'il est possible pour ce magistrat depuis le décret du 20 août 2004 de constater la caducité de la citation, alors que pourtant un jugement a été rendu sur le fond.

Lorsque l'effet dévolutif joue, c'est-à-dire lorsque le défendeur a comparu ou a conclu devant le tribunal (8), le conseiller de la mise en état doit renvoyer devant la cour pour qu'il soit statué au fond. Par contre, lorsqu'il ne joue pas, l'instance se trouve éteinte à la suite de la constatation de la nullité du jugement et il peut à ce moment-là être tiré argument de l'article 769, puisqu'aux termes de cet article le conseiller de la mise en état est compétent pour constater l'extinction de l'instance. À ce propos, il est à noter que ni l'article 25 (irrecevabilité de l'exception de procédure devant la cour), ni l'article 27 (autorité de la chose jugée) du dernier décret ne s'appliquent à l'article 769. Rien n'empêche donc encore le conseiller de la mise en état après avoir déclaré nulle l'assignation de renvoyer l'affaire devant la cour pour statuer sur la nullité du jugement et l'extinction de l'instance.

#### • Lorsque la nullité de l'assignation a déjà été soulevée en première instance

Les partisans d'une compétence restreinte du conseiller de la mise en état invoquent les dispositions de l'article R. 211-1 du Code de l'organisation judiciaire, qui énonce que les cours d'appel statuent sur les appels interjetés contre les décisions rendues par les tribunaux de grande instance.

Selon eux, le conseiller de la mise en état ne peut statuer que sur les exceptions de procédure qui ont été soulevées pour la première fois devant lui.

En effet, n'étant pas juridiction du second degré des décisions rendues par les tribunaux de grande instance, il ne peut, à défaut de dispositions spéciales de la loi, se substituer à la cour pour connaître d'un appel formé à l'encontre d'un jugement, qui a statué sur l'exception de procédure (9).

Enfin, le Professeur Julien rappelle que si l'ordonnance du juge de la mise en état ayant statué sur l'exception de procédure était en appel soumise à la compétence du conseiller de la mise en état l'ordonnance de ce dernier pourrait elle-même être déférée à la cour en application de l'article 914 alinéa 2 et la cour apparaîtrait alors comme un troisième degré de juridiction, ce qui n'est pas admissible (10).

En revanche, les partisans d'une compétence élar-

(5) C. Paris, 5 septembre 2000, Gaz. Pal. du 6 novembre 2001, p. 17.

(6) C. Paris (23<sup>e</sup> ch. A), 9 septembre 1998, Gaz. Pal. du 6 novembre 2001, p. 15 ; C. Paris, 31 octobre 2000, Gaz. Pal. du 6 novembre 2001, p. 19 ; C. Paris, 15 novembre 2000, Gaz. Pal. du 6 novembre 2001, p. 23 ; C. Rouen, 12 mars 2002, Juris-Data n° 2002-262403.

(7) Solus et Perrot, Droit judiciaire privé, tome I, n° 390.

(8) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 mai 2000, D. 2000 I, 819, note G. Bolard.

(9) C. Paris, 20 juin 2001, Gaz. Pal. du 6 novembre 2001, p. 9, note G. Verdun.

(10) C. Paris, 5 novembre 2002, D. 2003, S. 1404, note P. Julien.

gie du conseiller de la mise en état font remarquer que si ce dernier ne statue que sur les exceptions de procédure qui ont été soulevées pour la première fois devant lui, cela fait dépendre sa compétence davantage de l'évolution de la procédure que de la nature de l'incident soulevé <sup>(11)</sup>. D'ailleurs, en matière d'expertise certaines ordonnances de conseillers de la mise en état ordonnent des expertises que le tribunal a déjà refusées et ce même s'il n'existe aucun élément nouveau. En adoptant le principe que seule la formation collégiale peut prononcer la nullité d'un jugement, on aboutit à un résultat contraire aux vœux des auteurs des derniers décrets, qui entendaient que ne viennent à être jugées par la cour que des affaires en état sur le fond après que le litige eût été nettoyé par les magistrats de la mise en état de toute scorie procédurale. Certaines décisions ont été rendues dans ce sens en matière d'exception d'incompétence, mais elles restent cependant mineures <sup>(12)</sup>.

Comme l'article 25 du nouveau décret sanctionne d'irrecevabilité les exceptions qui seront soulevées devant le tribunal, le problème du pouvoir de réformation du conseiller de la mise en état ne se posera plus pour les décisions rendues par les juridictions du fond, mais seulement pour celles du juge de la mise en état. Mais dans ce cas, il paraît difficile d'invoquer l'esprit du texte, puisqu'il ne s'agit pas de purger une procédure de ses incidents avant son renvoi à l'audience. En effet, l'objet de la saisine de la cour est justement l'exception de nullité invoquée.

Enfin, il ne semble pas qu'il puisse être tiré argument des termes généraux de l'article 771, car cet article définit les domaines de la compétence exclusive du magistrat de la mise en état et doit donc être interprété de façon limitative. S'il attribue compétence exclusive au magistrat de la mise en état pour statuer sur les exceptions de procédure en général, il ne faut pas oublier que ce texte définit la compétence du juge de la mise en état et non pas celle du conseiller de la mise en état et que l'article 910 se borne à faire référence de manière générale aux conditions prévues par les articles 763 à 787.

## II. L'APPEL-NULLITÉ

Dans cette hypothèse également, certaines ordonnances inédites considèrent que le conseiller de la mise en état ne peut être considéré comme juge d'appel de la décision de première instance, alors que pourtant l'appel-nullité est une création jurisprudentielle, qui ne trouve à s'appliquer justement que dans les cas où l'appel de droit commun est

interdit. Il paraît donc difficile dans cette hypothèse d'invoquer l'article R. 211-1 du Code de l'organisation judiciaire.

Normalement, le conseiller de la mise en état est saisi par l'intimé de l'irrecevabilité de l'appel-nullité. Or, aux termes de l'article 911, le conseiller de la mise en état est compétent non seulement pour déclarer l'appel irrecevable, mais également pour « trancher à cette occasion toute question ayant trait à la recevabilité de l'appel ». Comme l'appel-nullité n'est recevable que lorsque la décision frappée d'appel encourt la nullité pour excès de pouvoir <sup>(13)</sup>, le conseiller de la mise en état ne peut donc déclarer l'appel-nullité recevable qu'après avoir annulé la décision dont appel. De la même façon, en matière de tardiveté de l'appel celui-ci ne peut être déclaré recevable que lorsque l'acte de signification du jugement a été déclaré nul. Le conseiller de la mise en état semble donc compétent pour annuler la décision frappée d'appel-nullité. Mais par contre, il doit ensuite renvoyer l'affaire devant la cour pour que celle-ci statue sur le fond du litige du fait de l'effet dévolutif de l'article 562 alinéa 2.

Les difficultés rencontrées par les conseillers de la mise en état dans l'application de l'article 771 tendent à démontrer la nécessité d'un texte spécifique définissant de façon précise la compétence de ceux-ci pour que les praticiens ne soient plus obligés d'essayer d'adapter à la procédure d'appel un texte conçu pour la procédure de première instance. On ne peut plus se contenter d'un article 910 qui renvoie de façon générale à l'article 771, alors surtout que les problèmes rencontrés en matière d'exceptions de procédure sont autrement plus complexes devant la cour que devant le premier degré de juridiction du fait notamment de l'examen de causes de nullité antérieures à la décision dont appel. C'est d'autant plus urgent que l'article 25 du nouveau décret sanctionne maintenant d'irrecevabilité les exceptions de procédure qui seraient soulevées à tort devant la cour d'appel. Compte tenu de la difficulté à connaître la jurisprudence de chaque chambre de cour d'appel en matière d'exceptions de procédure, les praticiens ne peuvent qu'être incités à la prudence, ce qui risque de les amener à une saisine presque systématique du conseiller de la mise en état. Il est regrettable que toutes les difficultés apparues en matière de compétence du conseiller de la mise en état à la suite de l'application du décret du 28 décembre 1998, et à plusieurs reprises signalées dans cette revue, n'aient pas été depuis résolues par les décrets de procédure postérieurs.

(11) J.-L. Lecharny, Les pouvoirs du conseiller de la mise en état, Gaz. Pal. du 6 novembre 2001, doctr. p. 3.

(12) C. Paris (25<sup>e</sup> ch. A), 21 avril 2000, Gaz. Pal. du 20 septembre 2000, p. 10 ; C. Paris, 11 mai 2000, Gaz. Pal. du 12 janvier 2001, p. 24.

(13) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 novembre 2005, Procédures, janvier 2006, p. 17, note J. Junillon.