

# Le CME est-il compétent pour statuer sur les exceptions de procédure relatives à la première instance ?

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

Dans son avis n° 0070007P du 2 avril 2007 <sup>(1)</sup>, la Cour de cassation a considéré que « le conseiller de la mise en état, dont les attributions ne concernent que les exceptions de procédure et les incidents relatifs à l'instance d'appel, n'est pas compétent pour statuer sur une exception de procédure relative à la première instance ». Elle a donc tranché au moins provisoirement cette question, qui lui avait été soumise par le conseiller de la mise en état de la 4<sup>e</sup> chambre de la Cour d'appel de Versailles. Mais, cet avis ne liant pas la juridiction suprême, il n'est peut-être pas inutile de s'interroger sur son bien-fondé.

Si certaines cours d'appel ont jugé que les dispositions de l'article 771 n'ont aucunement pour portée de limiter les pouvoirs du conseiller de la mise en état aux seules exceptions relatives à l'instance d'appel <sup>(2)</sup>, cependant la majorité des cours d'appel, dont celle de Paris, préfère appliquer la conception restrictive <sup>(3)</sup>.

L'hypothèse envisagée dans l'avis du 2 avril 2007 est celle où le demandeur à l'exception de nullité n'a pas comparu devant le premier juge, car sinon cette exception se heurterait à l'article 74 du NCPC, qui exige que les exceptions de procédure soient soulevées avant toute défense au fond. Les partisans de la thèse minimaliste, à laquelle la Cour de cassation vient de souscrire dans cet avis, se prévalent principalement de l'effet dévolutif de l'appel et des articles 472 et 542 du NCPC :

## – L'article 472

Cet article énonce que « le juge ne fait droit à la demande que dans la mesure où il l'estime régulière, recevable et bien fondée ». La Cour étant saisie par l'effet dévolutif d'un jugement par lequel le Tribunal a estimé la procédure régulière et s'est reconnu compétent, le conseiller de la mise en état se trouverait nécessairement dessaisi de ces questions faute de pouvoir infirmer le jugement sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant les exceptions ou les incidents <sup>(4)</sup>.

S'il est exact que le juge doit vérifier la régularité de la procédure, en l'absence de motivation spécifique sur celle-ci, ce qui est le cas la plupart du temps, il ne peut être présumé qu'il l'a effectivement fait. La Cour de cassation considère en effet

que tout jugement devant être motivé le juge ne peut se contenter de motiver sa décision notamment en disant que les conclusions du demandeur sont régulières, recevables et bien fondées <sup>(5)</sup>. La mention du jugement selon laquelle « les parties ont été régulièrement convoquées » ne la met pas en mesure d'exercer son contrôle sur la régularité de la procédure <sup>(6)</sup>. Surtout, si le juge doit relever d'office les nullités pour irrégularité de fond lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, cela n'est pas le cas pour les nullités de forme, qui constituent le cas le plus fréquent d'annulation des actes introductifs d'instance. La Cour de cassation estime même que le juge n'a pas le pouvoir de relever d'office l'exception de procédure tirée de l'insuffisance des investigations portées par l'huissier de justice dans son acte <sup>(7)</sup>. Il n'y a donc sur le fondement de cet article aucun risque d'infirmer le jugement attaqué pour le conseiller de la mise en état, qui statuerait sur une exception relative à la première instance.

## – L'article 542

En disposant que « l'appel tend à faire réformer ou annuler par la Cour d'appel le jugement rendu par une juridiction du premier degré », cet article pose simplement le principe du double degré de juridiction de droit commun. Il a pour objet de rappeler que l'appel n'est pas seulement une voie de réformation, mais également une voie d'annulation. En fait, cet article répond à l'exigence de l'article 460 du NCPC, qui énonce que la nullité d'un jugement ne peut être demandée que par « les voies de recours prévues par la loi ». Ce principe, qui était traditionnellement exprimé par la règle « voies de nullité n'ont lieu en France contre les jugements », signifie que la nullité des jugements ne peut faire ni l'objet d'une action principale, ni être invoquée sous la forme d'une exception de procédure <sup>(8)</sup>. Cette voie d'annulation de l'appel ne s'exerce donc qu'à l'encontre d'un jugement.

Par contre, les exceptions de nullité ne frappent que les actes de procédure et non pas les jugements. Elles ne peuvent donc être concernées par l'article 542, qui n'a pas pour objet de donner à la Cour une compétence en matière d'exceptions de nullité.

(1) Gaz. Pal. du 17 avril 2007, jur. p. 15.

(2) Gaz. Pal. du 25 janvier 2005, chr. 15.

(3) Bull. ch. des avoués de Paris n° 175, p. 20.

(4) Gaz. Pal. du 31 mars 2007, doct. p. 10, E. Jullien.

(5) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 3 mai 1985, Bull. civ. II, n° 91.

(6) Cass. soc., 22 octobre 1987, Bull. civ. V, n° 594.

(7) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 mars 2003, Bull. civ. II, n° 71.

(8) Vincent et Guinchard, Procédure civile, p. 767, n° 1252.

### – L'effet dévolutif de l'appel

Aux termes de l'article 561, « *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* ». Il permet donc de déférer à la Cour la connaissance du litige dans tous ses éléments de fait et de droit. Par contre, lorsque c'est l'acte introductif qui est frappé de nullité, il ne joue pas <sup>(9)</sup>. Il ne peut donc être invoqué dans ce cas-là pour exclure la compétence du conseiller de la mise en état de l'examen de cette exception de nullité.

Dans les autres cas, il peut être objecté que la compétence que cet article attribue à la juridiction d'appel n'est pas attribuée à la Cour elle-même en tant que formation collégiale, mais en tant que juridiction. Or, à l'intérieur de celle-ci une compétence spéciale est attribuée à l'un de ses membres, le conseiller de la mise en état, qui constitue une juridiction spécialisée.

L'article 763, qui énonce que « *l'affaire est instruite sous le contrôle d'un magistrat de la chambre à laquelle elle a été distribuée* », aboutit en effet à déléguer au conseiller de la mise en état l'instruction de l'affaire pendante devant la Cour. Cette instruction comprend aux termes de l'article 771 le pouvoir de statuer sur les exceptions de procédure et les incidents mettant fin à l'instance. Cette délégation de la juridiction à laquelle le magistrat appartient existe déjà pour le juge aux affaires familiales, le juge aux ordres, le juge de l'exécution, le juge-commissaire...

La délégation de la Cour au conseiller de la mise en état peut difficilement être contestée, puisque les articles 771 et 910 donnent à celui-ci une compétence exclusive en matière d'exceptions de procédure et d'incidents mettant fin à l'instance et sanctionnent d'irrecevabilité ceux qui seraient présentés devant la Cour. L'effet dévolutif ne peut donc légitimer une limitation à l'instance d'appel de la compétence du conseiller de la mise en état en matière d'annulation d'actes de procédure.

Même si l'on considérait qu'il existait une contradiction entre les articles 542 ou 562 et l'article 771, il faudrait de toute façon faire application du principe qui veut que l'on donne la prééminence au texte le plus récent sur le texte le plus ancien et que l'on tienne donc celui-ci comme implicitement abrogé, ainsi que du principe, qui accorde la primauté du texte spécial sur le texte général (*specialia generalibus derogant*).

Aucun argument tiré des textes en vigueur ne paraît donc décisif pour interdire au conseiller de la mise en état de statuer sur les exceptions et les incidents relatifs à la procédure de première instance. Par contre, à l'appui de la thèse extensive de

la compétence du conseiller de la mise en état peuvent être invoqués plusieurs arguments :

### • L'esprit de l'article 771

Le pouvoir réglementaire a accru par touches successives les pouvoirs du magistrat de la mise en état : le décret du 28 décembre 1998 a étendu ses pouvoirs à toutes les exceptions de procédure, alors que jusque là il ne pouvait statuer que sur les exceptions dilatoires et sur les nullités pour vice de forme, celui du 20 août 2004 aux incidents mettant fin à l'instance (péremption, désistement, caducité de la citation, acquiescement), celui du 28 décembre 2005 a accordé l'autorité de la chose jugée à ses ordonnances statuant sur les exceptions de procédure. Surtout, ce décret a décidé de supprimer la possibilité qu'avaient les parties de saisir concurremment la Cour en décidant que les demandes d'exceptions de procédure et d'incidents mettant fin à l'instance ne pourront plus être soulevées devant la Cour à peine d'irrecevabilité et en attribuant ainsi au conseiller de la mise en état une compétence exclusive <sup>(10)</sup>. Ce décret a confirmé que l'objectif de la Chancellerie en matière d'exceptions de procédure était d'alléger le rôle des cours d'appel en accroissant les pouvoirs du conseiller de la mise en état. Le rapport au Premier ministre établi 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 a rappelé cet objectif : « *l'institution du juge de la mise en état avait pour objet de permettre de purger la procédure des incidents avant son envoi à l'audience, afin que le Tribunal n'ait à juger que le fond du droit* ».

### • La privation d'une voie de recours

Si la Cour était compétente pour statuer sur la nullité de l'assignation, cela priverait les parties d'une voie de recours, puisque les ordonnances du conseiller de la mise en état en la matière sont passibles du déféré prévu par l'article 914, que l'exception ait été ou non accueillie (article 34 du décret du 28 décembre 2005). Cette privation ne peut se justifier par la volonté de sanctionner la défaillance devant le premier juge du demandeur à l'exception, car en fait le défendeur à l'exception s'en trouverait également privé sans aucune justification. Au surplus, l'existence d'une voie de recours dans une matière aussi délicate pour des exceptions de procédure ou des incidents de procédure, qui n'ont pas déjà fait dans notre hypothèse d'un examen par les premiers juges et qui peuvent aboutir à l'extinc-

(9) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 juillet 2000, D. 2001, p. 499, note Bolard.

(10) Cf. notre précédente étude : La compétence du conseiller de la mise en état après le décret du 28 décembre 2005, Gaz. Pal. du 29 avril 2006, doct. p. 2.

tion de l'instance, constitue une garantie pour le justiciable.

- **La spécialisation du conseiller de la mise en état**

Si le décret du 28 décembre 2005 dans son article 25 modifiant l'article 771 sanctionne d'irrecevabilité les exceptions de nullité, qui n'ont pas été présentées devant la Cour, et de ce fait accorde une compétence exclusive au conseiller de la mise en état, c'est qu'il a voulu faire de celui-ci un juge spécialisé en matière d'exception de procédure et d'incidents mettant fin à l'instance. On peut difficilement contester en effet la spécialisation d'un juge, qui est exclusivement compétent dans une matière déterminée. Du fait de cette spécialisation, il n'est pas logique de laisser à la Cour l'examen de certaines exceptions de procédure et de certains incidents mettant fin à l'instance en-dehors de l'hypothèse prévue par l'article 771-1° d'exceptions et d'incidents survenus postérieurement au dessaisissement du conseiller de la mise en état. La sécurité juridique procède en effet de la spécialisation du juge. Celle-ci s'impose d'autant plus en l'espèce que les questions processuelles posées ne sont pas d'un maniement aisé et se révèlent souvent décisives pour l'issue du procès.

- **La logique de l'article 771**

L'article 910 énonce expressément que « *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* ».

Il est donc logique de penser que le conseiller de la mise en état a les mêmes attributions de compétence que le juge de la mise en état et que de ce fait il peut statuer dans les mêmes conditions que lui lorsque celui-ci ne l'a pas fait en raison de la défaillance du demandeur à l'exception. En effet, il paraît absurde que le conseiller de la mise en état soit compétent pour statuer sur la nullité d'une

mesure d'expertise ordonnée devant la Cour et ne le soit pas pour statuer sur celle ordonnée devant le tribunal, et que de la même façon en matière d'incidents mettant fin à l'instance il puisse statuer sur la péremption intervenue devant la Cour et ne le soit pas pour celle intervenue devant le tribunal. On pourrait même imaginer l'hypothèse où le conseiller de la mise en état devrait statuer sur la nullité de l'appel avant que la Cour ne statue sur la nullité de l'assignation... On aboutit ainsi à un résultat contraire au vœu du pouvoir réglementaire, qui entendait que ne viennent à être jugées sur le fond par la Cour que les affaires en état, c'est-à-dire débarrassées de toute difficulté procédurale.

Les textes actuels ne semblent donc pas interdire l'application de la conception extensive, qui a pour principal avantage de respecter l'intention du pouvoir réglementaire au travers des diverses modifications que celui-ci a apportées à l'article 771. Compte tenu de l'existence de problèmes spécifiques à la procédure d'appel et de la réticence des praticiens à appliquer ces modifications, l'erreur du pouvoir réglementaire a sans doute été de ne pas remanier l'article 910 en définissant de façon précise la compétence du conseiller de la mise en état. Actuellement, nous sommes toujours du fait de l'application majoritaire par les cours de la conception restrictive et malgré les éclaircissements apportés par le décret du 28 décembre 2005 en présence d'un conseiller de la mise en état « à géométrie variable », dont notre confrère Lecharny a dit que sa compétence dépendait davantage de l'évolution de la procédure que de la nature de l'incident soulevé <sup>(11)</sup>. Une nouvelle intervention du pouvoir réglementaire paraît urgente pour faire cesser l'incertitude en cette matière, dont les justiciables sont les premières victimes.

---

(11) Pouvoirs du conseiller de la mise en état, Gaz. Pal. du 6 novembre 2001, doct. p. 3.