

## PROCÉDURE CIVILE

# Fins de non-recevoir : un juge de la mise en état doté de « super-pouvoirs »

**Le décret du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile donne au juge de la mise en état compétence pour statuer sur les fins de non-recevoir, y compris lorsqu'il est nécessaire de trancher préalablement une question de fond.**



Par

**Romain Laffly**  
Avocat associé -  
Lexavoué Lyon

Inspiré du rapport Agostini-Molfessis dit d'amélioration et de simplification de la procédure civile, le décret du 11 décembre 2019 prend la suite du décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 relatif à la première instance « portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile » et, à son tour, annonce à grand bruit des mesures de simplification de la procédure civile. Mais, à force d'annoncer que l'on simplifie les règles de procédure, on va finir par s'apercevoir qu'on les complexifie...

La réforme de la mise en état judiciaire, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2020, n'échappe bien évidemment pas à cette vague dite « de simplification » et l'on concédera seulement à ce titre qu'au côté de la mise en état conventionnelle, elle n'est pas la plus délicate à appréhender au regard d'autres dispositions qui annoncent des lendemains qui déchantent.

La phase de préparation du jugement confiée au juge de la mise en état dans la procédure écrite ordinaire n'est que peu modifiée<sup>1</sup> et si l'instruction devant le juge de la mise en état<sup>2</sup> varie peu, l'apport majeur du décret réside bien sûr dans la nouvelle compétence qui lui est donnée de statuer sur les fins de non-recevoir avec l'instauration de l'article 789 du code de procédure civile.

On sait que feu l'article 771 disposait que le juge de la mise en état (et il fallait entendre aussi conseiller de la mise en état

en cause d'appel) était seul compétent et à l'exclusion de toute autre formation du tribunal, jusqu'à son dessaisissement, pour « statuer sur les exceptions de procédure, les demandes formées en application de l'article 47 et les incidents mettant fin à l'instance », première prérogative des cinq listées dans ce texte. Les fins de non-recevoir relevaient donc, systématiquement, de la juridiction statuant au fond de sorte que les parties devaient les aborder dans leurs conclusions notifiées au fond.

L'article 789 reprend les mêmes dispositions de l'article 771 mais ajoute un « sixième pouvoir », considérable dans son étendue et ses conséquences, celui de statuer sur les fins de non-recevoir.

L'article 55 du décret précise que, « par dérogation au I, les dispositions des articles 3 s'appliquent aux instances introduites devant les juridictions du premier degré à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2020. Les dispositions des articles 5 à 11, ainsi que les dispositions des articles 750 à 759 du code de procédure civile, du 6<sup>o</sup> de son article 789 et de ses articles 818 et 839, dans leur rédaction résultant du présent décret, sont applicables aux instances introduites à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2020 ».

Simplification oblige, il nous faut donc simplifier mais, en telle matière, il n'est pas toujours aisé de faire simple dès que l'on avance un peu dans le raisonnement.

<sup>1</sup> V., M. Kebir, Réforme de la procédure civile : promotion de la mise en état conventionnelle et extension des pouvoirs du JME, D. actu., 26 déc. 2019, <https://bit.ly/35NwqUt>.

<sup>2</sup> C. pr. civ., art. 780 et s.

## QU'EST-CE QU'UNE FIN DE NON-RECEVOIR ?

Aux termes de l'article 122 du code de procédure civile, « constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ».

La rédaction même de l'article 122 implique qu'à la différence des exceptions de procédure et des incidents mettant fin à l'instance, qui relèvent aussi de la compétence exclusive du juge de la mise en état et sont limitativement énumérés dans le code de procédure civile, la liste de ces six fins de non-recevoir, qui conduisent nécessairement à l'irrecevabilité de la demande, n'est pas exhaustive.

Dès lors, lorsque la Cour de cassation ne peut faire entrer un moyen dans le champ des exceptions de procédure et des incidents mettant fin à l'instance, elle en déduit qu'il entre dans celui des fins de non-recevoir de nature à entraîner l'irrecevabilité d'une demande. Cette position est notamment induite par l'article 124 du code de procédure civile, qui reste inchangé, et qui précise que la partie qui soulève une fin de non-recevoir n'a pas besoin de démontrer un grief, et ce alors même que l'irrecevabilité ne résulterait d'aucune disposition expresse. Le champ des fins de non-recevoir est donc plus important qu'il n'y paraît à première vue.

Enfin, il existe des fins de non-recevoir d'ordre public qui doivent (et non peuvent) être retenues par n'importe quel juge.

L'article 125 du code de procédure civile précise en effet que « les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours ».

Le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée ».

L'absence de voie de recours ou sa tardiveté ne laisse pas de place à l'arbitrage du juge et cette fin de non-recevoir *doit* être relevée d'office. En outre, la violation du principe du contradictoire, bien que non mentionnée par l'article 125, doit aussi être relevée d'office.

Les fins de non-recevoir tirées du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée *peuvent* être relevées d'office, tandis que la prescription ne peut l'être et dépend donc de la seule invocation des parties.

## QUAND INVOQUER UNE FIN DE NON-RECEVOIR ?

Alors que la fin de non-recevoir pouvait être invoquée en tout état de cause, c'est-à-dire devant le tribunal ou pour la première fois en cause d'appel même après notification de différents jeux de conclusions, l'article 123 modifié par le décret conserve le principe mais en prenant en compte la possibilité d'exceptions : « Les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause, à moins qu'il en soit disposé autrement et sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt ».

L'avocat qui voudra être certain qu'il soit statué sur la fin de non-recevoir devra saisir, en première instance, le juge de la mise en état.

En effet, l'article 789 qui inclut les fins de non-recevoir reprend le premier alinéa de l'ancien article 771 : « Lorsque la demande est présentée postérieurement à sa désignation, le juge de la mise en état est, jusqu'à son dessaisissement, seul compétent, à l'exclusion de toute autre formation du tribunal ».

En premier lieu, le dessaisissement du juge de la mise en état n'intervient pas avec la clôture mais avec l'ouverture des débats au fond devant le tribunal (ce qui est la solution exactement inverse retenue par le législateur pour les pouvoirs du conseiller de la mise en état visés à l'article 914 du code de procédure civile depuis le décret du 6 mai 2017).

D'autre part, il ne s'agit pas d'une exception de procédure qui doit être soulevée *in limine litis*, ou d'un incident de nature à mettre fin à l'instance comme la péremption qui doit être invoquée avant tout autre moyen. Dès lors, même s'ils relèvent désormais tous de la compétence du juge de la mise en état, la partie devra invoquer en premier chef et à peine d'irrecevabilité de ces moyens la péremption de l'instance, puis son exception de procédure si celle-ci doit être soulevée simultanément et avant toute défense au fond (nullité de forme par exemple), puis faire valoir sa fin de non-recevoir, telle la prescription de l'action.

*L'avocat qui voudra être certain qu'il soit statué sur la fin de non-recevoir devra saisir, en première instance, le juge de la mise en état.*

*Il s'agit ainsi de conclusions d'incident, distinctes de celles au fond, et cette disposition doit attirer l'attention car c'est la résultante d'une jurisprudence de la Cour de cassation trop souvent ignorée et lourde de conséquences.*

L'article 74 du code de procédure civile reste d'ailleurs inchangé : « Les exceptions doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir ».

De même, si le principe général est que la fin de non-recevoir peut toujours être soulevée en tout état de cause, l'article 123 prévoit donc la possibilité de dérogations et l'article 789 mentionne aussi *in fine* que « les parties ne sont plus recevables à soulever ces fins de non-recevoir au cours de la même instance à moins qu'elles ne surviennent ou soient révélées postérieurement au dessaisissement du juge de la mise en état », ce qui pourra autoriser les parties, dans cette hypothèse, à le saisir après l'intervention d'une ordonnance de clôture.

Sur ce point, il faut noter que l'instance devant le tribunal n'est pas celle d'appel puisqu'une instance nouvelle débute devant la cour d'appel. On pourrait donc soulever pour la première fois en appel une fin de non-recevoir qui n'aurait pas été débattue en première instance.

### COMMENT INVOQUER UNE FIN DE NON-RECEVOIR ?

L'article 791 dispose que « le juge de la mise en état est saisi par des conclusions qui lui sont spécialement adressées distinctes des conclusions au sens de l'article 768, sous réserve des dispositions de l'article 1117 ».

Il s'agit ainsi de conclusions d'incident, distinctes de celles au fond, et cette disposition doit attirer l'attention car c'est la résultante d'une jurisprudence de la Cour de cassation trop souvent ignorée et lourde de conséquences.

En effet, par deux arrêts publiés du 12 mai 2016, la deuxième chambre civile impose désormais, à peine d'irrecevabilité, que les conclusions qui soulèvent une exception de procédure relevant de la compétence du juge de la mise en état le saisissent spécifiquement. Bien plus, l'exception d'incompétence, même conclue *in limine litis* dans des conclusions au fond puis, dans un second temps, devant le juge de la mise en état exclusivement compétent, doit être déclarée irrecevable<sup>3</sup>.

Certes, la fin de non-recevoir n'a pas à être soulevée *in limine litis*, mais le moyen d'irrecevabilité qui serait contenu uniquement dans

des conclusions notifiées au fond ne saisirait pas le juge ou le conseiller de la mise en état et ne serait pas examiné par la juridiction.

Les avocats devront être très attentifs sur ce point, ce d'autant plus que la liste de l'article 122 qui vise les principales fins de non-recevoir n'est pas exhaustive...

### QUEL JUGE PEUT STATUER SUR UNE FIN DE NON-RECEVOIR ?

Si la fin de non-recevoir peut être soulevée en tout état de cause, elle doit l'être, à l'instar des exceptions de procédure et des incidents mettant fin à l'instance, devant le bon juge.

Or, si l'on comprend à l'évidence que le juge de la mise en état est compétent pour statuer sur les fins de non-recevoir, qu'en est-il du conseiller de la mise en l'état dont les attributions, au regard de l'ancien article 771 devenu 789, s'apprécient à l'aune de la première instance ?

C'est la question la plus délicate.

D'une part, toutes les procédures ne sont pas concernées en première instance comme en appel. Le juge et le conseiller de la mise en état sont exclusivement compétents dès lors qu'ils sont désignés, c'est-à-dire dans les procédures qui impliquent une mise en état et ne relèvent pas d'une procédure particulière. Pas de mise en état, pas de juge ou de conseiller de la mise en état.

À titre d'exemple, il en sera ainsi dans la procédure à jour fixe devant le tribunal judiciaire qui a été maintenue par le décret du 11 décembre 2019 ou dans les nombreuses affaires soumises en appel à la procédure à bref délai des articles 905 et suivants du code de procédure civile. La fin de non-recevoir devra alors être soutenue devant le tribunal ou la cour et non devant le juge ou le conseiller de la mise en état, ni même devant le président ou le magistrat désigné qui ne disposent pas de cette compétence au regard de l'article 905-2 du code de procédure civile (à l'exception notable de la fin de non-recevoir tirée de l'irrecevabilité de l'appel...).

La nouvelle prérogative du juge de la mise en état est clairement définie à l'article 789 et, s'il pourra trancher une question de fond afin de se prononcer sur la fin de non-recevoir, un mécanisme, inconnu jusque-là, a été

<sup>3</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 12 mai 2016, n<sup>os</sup> 14-25.054 et 14-28.086 P. D. 2016. 1290, note C. Bléry ; *ibid.* 1886, chron. H. Adida-Carnac, T. Vasseur, E. de Leiris, G. Hénon, N. Palle, O. Becuwe et N. Touati ; *ibid.* 2017. 422, obs. N. Fricero.

mis en place : « Toutefois, dans les affaires qui ne relèvent pas du juge unique ou qui ne lui sont pas attribuées, une partie peut s'y opposer. Dans ce cas, et par exception aux dispositions du premier alinéa, le juge de la mise en état renvoie l'affaire devant la formation de jugement, le cas échéant sans clore l'instruction, pour qu'elle statue sur cette question de fond et sur cette fin de non-recevoir. Il peut également ordonner ce renvoi s'il l'estime nécessaire. La décision de renvoi est une mesure d'administration judiciaire.

Le juge de la mise en état ou la formation de jugement statuent sur la question de fond et sur la fin de non-recevoir par des dispositions distinctes dans le dispositif de l'ordonnance ou du jugement. La formation de jugement statue sur la fin de non-recevoir même si elle n'estime pas nécessaire de statuer au préalable sur la question de fond. Le cas échéant, elle renvoie l'affaire devant le juge de la mise en état ».

Pourra donc coexister une compétence partagée entre le juge de la mise en état et le tribunal, le premier étant lié en cas d'opposition d'une partie à ce qu'il tranche la fin de non-recevoir et il devra renvoyer à la formation de jugement. Tous deux en tout cas devront distinguer, dans le dispositif de leur décision, la question de fond et la fin de non-recevoir.

Cette disposition est à l'image de celle de l'article 79 du code de procédure civile qui dispose en matière d'exception d'incompétence que, « lorsqu'il ne se prononce pas sur le fond du litige, mais que la détermination de la compétence dépend d'une question de fond, le juge doit, dans le dispositif du jugement, statuer sur cette question de fond et sur la compétence par des dispositions distinctes ».

Il convient de noter également que le juge ou le conseiller de la mise en état pourra également ordonner le renvoi à la formation de jugement « s'il l'estime nécessaire », et l'on pense bien sûr en cas de question complexe.

Mais, dans les deux cas, la procédure aura le mérite d'être accélérée dès lors qu'il n'y aura plus à attendre la décision de la juridiction du fond pour savoir s'il est fait droit à la fin de non-recevoir.

Il ne s'agit en effet pas de juger le fond de l'affaire mais seulement de trancher, par des dispositions distinctes et préalablement, la question de fond dont dépend la fin de non-recevoir, ce que faisaient d'ailleurs déjà les

juridictions de fond amenées à statuer sur de tels moyens d'irrecevabilité. Il va de soi que la question, par exemple, de l'intérêt ou de la qualité à agir d'une partie nécessite d'étudier préalablement des éléments de fond du dossier (contrat liant les parties, cession de droits...).

Pour autant, le mécanisme de renvoi entre juge de la mise en état et tribunal n'est pas repris pour les exceptions de procédure ou les incidents mettant fin à l'instance.

Mais si la compétence du juge de la mise en état est assez claire, la situation du conseiller de la mise en état mérite cependant d'être distinguée et suscitera certainement des interrogations.

L'article 29 du décret du 11 décembre 2019 a modifié l'article 907 du code de procédure civile et précise que les références des « 763 à 787 » sont remplacées par les références : « 780 à 807 ».

Bien que le texte a fait l'objet d'une mise à jour très tardive sur Legifrance, il existe donc bien un renvoi à l'article 789 et les pouvoirs du Juge de la mise en état et du Conseiller de la mise en état restent donc communs.

Quant à l'article 916 du code de procédure civile, il n'a pas été modifié de sorte qu'en l'état, seule la fin de non-recevoir tirée de l'irrecevabilité de l'appel, à l'exclusion de toute autre, pourrait faire l'objet d'un déféré.

Mais il faut apporter une réserve d'importance au pouvoir dévolu au Conseiller de la mise en état de statuer sur les fins de non-recevoir.

En effet, bien que le conseiller de la mise en état dispose de pouvoirs accrus au regard de ceux conférés au juge de la mise en état dès lors que l'article 914 du code de procédure civile lui est spécifique, une limite juridique à l'étendue de ses pouvoirs ressort du fait même qu'il intervient, nécessairement, après le juge de la mise en état et le tribunal.

Aussi, il est de jurisprudence établie que si le juge de la mise en état avait antérieurement statué sur une exception de procédure ou un incident mettant fin à l'instance, il était incompétent pour statuer alors même que l'article 771 lui donnait, *a priori*, cette compétence. Et il n'y a pas de raison pour que cela change s'agissant des fins de non-recevoir. En effet, admettre le contraire reviendrait à don-

*Si la compétence du juge de la mise en état est assez claire, la situation du conseiller de la mise en état mérite cependant d'être distinguée et suscitera certainement des interrogations.*

*L'emploi du verbe  
statuer implique  
que l'ordonnance  
a autorité de  
la chose jugée,  
qu'elle retienne  
ou non le moyen.*

ner le pouvoir au conseiller de la mise en état de statuer, à nouveau, sur de tels moyens, et nécessairement à confirmer, infirmer ou annuler la décision du premier juge, pouvoir dévolu à la seule cour d'appel.

Dès lors, si une fin de non-recevoir est soumise, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020, au juge de la mise en état, le conseiller de la mise en état ne pourra examiner ce même moyen d'irrecevabilité en cause d'appel. Mais le conseiller de la mise en état resterait compétent cependant pour examiner une fin de non-recevoir qui n'aurait pas été débattue en première instance (avec la réserve immédiate visée *infra*) et pour examiner les fins de non-recevoir d'ordre public que sont la tardiveté de l'appel ou l'absence de voie de recours qui ressortissent déjà de sa compétence par application expresse de l'article 914 du code de procédure civile.

La jurisprudence devrait préciser par la suite l'étendue de son champ de compétence car si celui du juge de la mise en état est assez facilement identifiable, il faut avoir à l'esprit que le conseiller de la mise en état n'est pas juge d'appel, mais juge des incidents nés au cours de la procédure d'appel... et sans doute donc des fins de non-recevoir nées au cours de la procédure d'appel, pas en première instance. Le pouvoir du conseiller de la mise en état de statuer sur des fins de non-recevoir devrait donc être, de fait, très limité. Pour la Haute juridiction, le conseiller de la mise en état n'est pas compétent pour statuer sur une exception de procédure relative à la première instance<sup>4</sup>. La nuance est parfois fine. Ainsi, si la Cour de cassation estime que le conseiller de la mise en état est juge de la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité à relever appel<sup>5</sup>, il n'est pas compétent pour statuer sur la qualité d'une partie à introduire une instance devant le tribunal et qui n'aurait pas été discutée en première instance.

## QUELLES VOIES DE RECOURS CONTRE LES DÉCISIONS STATUANT SUR UNE FIN DE NON-RECEVOIR ?

L'article 794 nouveau dispose « les ordonnances du juge de la mise en état n'ont pas, au principal, l'autorité de la chose jugée à l'ex-

ception de celles statuant sur les exceptions de procédure, sur les fins de non-recevoir, sur les incidents mettant fin à l'instance et sur la question de fond tranchée en application des dispositions du 6<sup>o</sup> de l'article 789 ».

L'autorité de la chose jugée pourra s'exprimer au regard tant du dispositif qui aura abordé la question de fond que de la fin de non-recevoir *stricto sensu* puisque le texte prévoit que juge de la mise en état ou la formation de jugement statuent sur la question de fond et sur la fin de non-recevoir par des dispositions distinctes dans le dispositif de l'ordonnance ou du jugement.

En outre, pour la Cour de cassation, l'emploi du verbe statuer implique que l'ordonnance a autorité de la chose jugée, qu'elle retienne ou non le moyen. Il conviendra donc de se poser la question de l'opportunité d'un appel, que le juge retienne ou non le moyen d'irrecevabilité. À défaut d'appel de l'ordonnance qui écarterait la fin de non-recevoir, celle-ci aurait autorité de chose jugée.

Et il en sera vraisemblablement ainsi même si la fin de non-recevoir est d'ordre public. Les parties ne pourront pas compter sur l'office du juge statuant au fond si elles n'ont pas formé de recours après que le juge ou le conseiller de la mise en état a statué. En effet, il est jugé qu'en cas d'absence de déféré contre l'ordonnance du conseiller de la mise en état qui écarte la fin de non-recevoir pour appel tardif, celle-ci a autorité de la chose jugée et la cour amenée à statuer au fond ne peut plus la relever d'office quand bien même celle-ci serait d'ordre public<sup>6</sup>.

L'autorité de la chose jugée d'une ordonnance du juge ou du conseiller de la mise en état prend le pas même sur le caractère d'ordre public de la fin de non-recevoir.

C'est bien la prééminence du rôle du juge de la mise en état dont il s'agit. C'est bien l'esprit du texte que de purger la procédure au fond de toutes les scories procédurales en conférant au magistrat de la mise en état un rôle toujours plus essentiel, véritable spécialiste de la procédure civile. C'est bien enfin l'expression des derniers décrets, et celui-ci n'échappe pas à la règle, d'installer un juge et un conseiller de la mise en état « augmentés » et dotés de « super-pouvoirs ».

<sup>4</sup> Cass., avis, 2 avr. 2007, n° 07-00.006 P. D. 2007. 1207, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.* 2427, obs. N. Fricero ; RTD civ. 2007. 641, obs. R. Perrot.

<sup>5</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 24 sept. 2015, n° 14-21.729, D. 2016. 449, obs. N. Fricero ; *ibid.* 736, chron. H. Adida-Canac, T. Vasseur, E. de Leiris, G. Hénon, N. Palle, L. Lazerges-Cousquer et N. Touati.

<sup>6</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 3 sept. 2005, n° 13-27.060 P. D. actu., 22 sept. 2005, obs. R. Laffly, <https://bit.ly/2tZe1GM>.