



**HAL**  
open science

# La technique du renvoi législatif et l'articulation des textes relatifs à la compétence du conseiller de la mise en état

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. La technique du renvoi législatif et l'articulation des textes relatifs à la compétence du conseiller de la mise en état. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2023, 01, pp.242. halshs-04057962

**HAL Id: halshs-04057962**

**<https://shs.hal.science/halshs-04057962v1>**

Submitted on 4 Sep 2023

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## La technique du renvoi législatif et l'articulation des textes relatifs à la compétence du conseiller de la mise en état

M. Barba et T. Le Bars, *Épilogue jurisprudentiel : seule la cour connaît de la recevabilité des demandes nouvelles en appel*, D. 2022. 2015 ; S. Amrani Mekki, *Compétence de la Cour pour statuer sur l'irrecevabilité des demandes nouvelles en appel*, Procédures 2022. Comm. 268 ; P. Gerbay, *Incompétence du conseiller de la mise en état pour prononcer l'irrecevabilité des prétentions nouvelles en appel*, JCP 2022. Actu. 1185

Frédéric Rouvière

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Laboratoire de théorie du droit

La technique du renvoi législatif repose sur une économie de rédaction : inutile pour le législateur de se répéter s'il peut régir une situation en usant de règles déjà posées dans un autre texte (N. Molfessis, *Le renvoi d'un texte à un autre*, RRJ Cah. méth. jur. 1997. 1193).

Seulement, cette technique a donné lieu à un singulier problème concernant la compétence du conseiller de la mise en état (CME). L'article 907 du code de procédure civile (C. pr. civ.) renvoie à l'article 789, 6° du même code qui donne compétence au juge de la mise en état (JME) pour statuer sur les fins de non-recevoir. Cette nouvelle compétence du JME est acquise depuis un décret du 11 décembre 2019.

Ainsi, le CME est-il compétent pour déclarer irrecevables les demandes nouvelles en appel sur le fondement de l'article 564 du code de procédure civile ? En effet, sa compétence est fixée par renvoi à celle du JME qui a bien compétence pour les fins de non-recevoir. Pourtant, la Cour de cassation a répondu par la négative dans un avis du 11 octobre 2022 (n° 22-70.010D. 2022. 2015, note M. Barba et T. Le Bars ; Rev. prat. rec. 2022. 5, chron. O. Cousin et O. Salati) : seule la cour d'appel est compétente dans cette hypothèse. La Cour justifie sa solution en distinguant les fins de non-recevoir qui relèvent de la procédure d'appel (le CME est compétent) et les autres (la cour d'appel est compétente).

Si le renvoi a ici créé la nécessité d'articuler les textes, il est aussi à l'origine d'une façon très différente de percevoir le problème qui se posait réellement.

La première façon de raisonner serait d'imputer la difficulté au renvoi lui-même. Dès lors, « c'est au pouvoir réglementaire d'abroger un texte dont il est prétendu qu'il sèmerait la zizanie dans le fonctionnement des cours d'appel » (P. Gerbay).

Une deuxième façon de raisonner serait de situer le problème dans la notion d'irrecevabilité, « catégorie large qui englobe des hypothèses bien différentes » (S. Amrani Mekki). En effet, elle recouvre les irrecevabilités de l'action en justice (prescription, défaut de qualité, défaut d'intérêt, autorité de la chose jugée...) mais aussi l'irrecevabilité des demandes, pièces ou conclusions. Les objets auxquels l'irrecevabilité s'applique ne portent pas sur les mêmes questions.

Une autre façon encore de considérer le problème serait de dire que le CME ne peut avoir compétence pour statuer sur des fins de non-recevoir qui, *par définition*, ne relèvent pas de la compétence du JME. C'est la position précédente de la Cour de cassation (Cass., avis, 3 juin 2021, n° 21-70.006, § 8, D. 2021. 1139 ; *ibid.* 2272, obs. T. Clay ; *ibid.* 2022. 625, obs. N. Fricero). En d'autres termes, le renvoi devrait être interprété de façon stricte, comme excluant les fins de non-recevoir qui relèvent strictement de l'appel. Par voie de conséquence, une interprétation littérale de l'article 914 du code de procédure civile qui fixe les pouvoirs spécifiquement dévolus au CME permet, *a contrario*, de considérer que tout ce qui n'est pas prévu dans le texte tombe forcément dans la compétence de la cour d'appel (comp. N. Molfessis, *préc.*, p. 1206).

Enfin, on peut considérer que le problème vient de façon générale d'un mauvais agencement des textes. « L'article 564

est mal situé dans le code [de procédure civile] car il n'a aucun rapport avec l'effet dévolutif de l'appel puisque, par hypothèse, les demandes concernées n'ont pas été soumises au premier juge » (M. Barba et T. Le Bars, n° 6). On remarque au passage le poids particulier de l'argument *a rubrica* qui consiste à argumenter à partir du plan du code (v. RTD civ. 2022. 1005).

En conséquence de cette difficulté à classer la notion de demande nouvelle, la distinction opérée par la Cour de cassation entre les fins de non-recevoir qui relèvent de l'appel et celles touchant à la procédure d'appel n'est pas convaincante (M. Barba et T. Le Bars, n° 25). Et c'est d'ailleurs un point sur lequel les auteurs s'accordent parce que « la distinction entre fins de non-recevoir d'appel ou touchant à la procédure d'appel n'est connue ni du droit positif, ni de la doctrine » (S. Amrani Mekki) ; il s'agirait donc d'une pétition de principe (P. Gerbay).

Au-delà de la solution technique de procédure civile, les commentaires de l'avis illustrent deux questions de méthode : l'influence de la technique du renvoi entre textes et la place de l'intention du législateur pour la comprendre.

Il y a d'abord l'utilisation de la technique du renvoi. Cependant, en l'espèce, il peut se confondre avec une autre technique, celle de la législation par référence. Celle-ci étend un corps de règles à une situation similaire (J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2018, n° 201). Il ne s'agit donc pas strictement de renvoi. En effet, il ne revient pas au même de dire, par exemple, que la gestion d'affaires sera régie par les règles du mandat (législation par référence) ou que le régime juridique de la gestion *est* celui du mandat. Dans la première hypothèse, il y a une forme d'analogie et donc l'aveu que les situations ne sont pas complètement identiques (on parle d'ailleurs à juste titre de « quasi-contrat »). À l'inverse, dans la seconde hypothèse, la technique du renvoi est strictement formelle : elle évite au législateur de recopier un texte qui prévoit déjà les règles considérées comme adéquates pour régir l'hypothèse visée.

Cette distinction qui peut paraître théorique et de maigre portée pratique prend tout son sens dans la question qui nous occupe. Si l'article 907 du code de procédure civile est une technique de législation par référence, alors c'est bien que les pouvoirs du CME ressemblent à ceux du JME mais ne se calquent pas strictement sur eux. En d'autres termes, cette façon de raisonner neutralise l'argument selon lequel « là où la loi ne distingue pas, nous ne devons pas non plus distinguer » (M. Barba et T. Le Bars, n° 13). En qualifiant la citation de l'article 907 d'analogie, on fait perdre à l'argument de texte issu de l'article 789, 6° du même code l'essentiel de sa force. En effet, la législation par référence ne vaut qu'en tant que de raison et il est clair que le JME n'a pas vocation à trancher des demandes nouvelles en appel, c'est l'évidence.

En revanche, en interprétant la compétence du CME selon la technique du renvoi (et non plus de la référence), on considère que les deux organes (JME et CME) obéissent au même régime juridique et donc que le CME a forcément une compétence pour toutes les fins de non-recevoir puisque l'article 789, 6° ne distingue pas entre elles.

On pourrait croire qu'il est impossible, sinon de façon arbitraire, de décider si le législateur a entendu user de l'une ou l'autre de ces techniques. C'est aussi faire rebondir le problème sur un second point : comment traiter les éventuelles maladresses du rédacteur qui a usé du renvoi sans avoir conscience de toutes ses conséquences ? En effet, il est clair ici que le jurislatureur (vocalbe justifié ici par le fait que la matière est décrétable) n'avait pas conscience d'avoir créé un nouveau problème. En témoigne une autre erreur matérielle comme celle qui conduisait à imposer l'obligation de joindre à la déclaration d'appel le bordereau de pièces, erreur rectifiée par une réécriture du décret (P. Gerbay). En témoigne également le fait que la Cour de cassation a dû expliquer que le CME ne peut connaître des fins de non-recevoir de première instance (Civ. 2<sup>e</sup>, avis, n° 21-70.006, préc.).

Ceci pose la question de savoir quel législateur sert de point de mire pour le raisonnement. S'agit-il du jurislatureur des juristes ou du jurislatureur politique ? Autrement dit, est-il pertinent de tout expliquer par des causes *externes* aux textes ?

Bien entendu, il ne s'agit pas de nier l'existence d'erreurs de rédaction ou d'inadvertance dans les renvois mais de savoir quel traitement leur appliquer. En effet, si le rôle de la Cour de cassation est bien d'unifier et d'interpréter les textes,

alors son vrai travail commence précisément lorsque les textes sont obscurs, contradictoires ou lacunaires. Pour le dire autrement, ce n'est pas ce que le législateur a *voulu* qui importe mais ce qu'il a *fait*. Le matériau premier de l'analyse est textuel.

Ceci signifie alors que la distinction entre renvoi et référence législative peut se décider par des arguments de textes et de technique juridique. Cela ne signifie bien sûr pas que la décision des juges n'est pas politique mais que les raisons qui décident de la solution à donner relèvent de ressources argumentatives propres.

En effet, le seul argument politique d'une bonne administration de la justice ne tranche rien. Il est tout autant conforme à une bonne administration que le CME tranche les litiges liés aux demandes nouvelles et prépare ainsi le débat devant la cour d'appel ou, au contraire, ne les tranche pas puisque ce rôle relève de la formation collégiale de la cour.

On le voit, ce qui doit emporter la décision, ce sont *d'abord* des arguments de technique juridique et éventuellement *ensuite* des considérations politiques. Or, à cet endroit, on s'aperçoit aisément que la compétence du CME ne peut pas, par nature, être la même que celle du JME. La raison tient simplement au fait que l'appel pose des questions spécifiques dont celle de la recevabilité des demandes nouvelles. Certes, on fera remarquer que le JME est compétent pour se prononcer sur les demandes incidentes et que les demandes nouvelles sont incidentes (M. Barba et T. Le Bars, n° 16). Mais cette façon de raisonner, *selon une analogie*, tend bien à établir que le texte n'opère pas un simple renvoi mais doit plutôt se comprendre selon la technique de la législation par référence. En d'autres termes, il apparaît pleinement possible d'argumenter de façon rationnelle et technique le fait de savoir s'il s'agit d'un renvoi ou d'une référence. Le choix n'est pas nécessairement politique et arbitraire. Le fait de ne pas trouver les bonnes raisons techniques ne signifie pas qu'elles n'existent pas.

Il apparaît ainsi que les questions méthodologiques sont étroitement liées au problème technique de la compétence du CME. Les deux sont indissociables et la méthodologie oriente la compréhension des arguments utilisés de part et d'autre.

Cette façon de présenter la difficulté peut même éclairer l'avis de la Cour de cassation d'un jour nouveau. En effet, si la Cour de cassation a dû distinguer entre l'appel et la procédure d'appel, c'est bien en réalité pour délimiter le champ de pertinence de l'analogie effectuée par l'article 907 du code de procédure civile. En somme, la technique de la référence n'a de pertinence qu'en raison de l'existence d'une similitude de nature. Si la similitude vient à tomber, l'analogie tombe aussi. On comprend alors que la question de savoir si la fin de non-recevoir relève de la procédure d'appel est décisive car, en ce cas, l'article 789, 6° n'est plus pertinent pour trancher la question.

Bien entendu, ces quelques remarques ne résolvent pas toutes les difficultés. En effet, comment définir la procédure ? Et ne serait-il pas pertinent, comme l'a souligné Soraya Amrani Mekki, de classer les différentes fins de non-recevoir, notamment en distinguant celles liées à l'action en justice et les autres ? En d'autres termes, l'article 789 sur la compétence du JME n'a-t-il pas en définitive pour toile de fond implicite l'article 122 du code de procédure civile qui traite spécifiquement des fins de non-recevoir liées à l'action en justice ? Encore, la défense au fond est-elle synonyme d'une appréciation du fond ? En effet, la démarche intellectuelle n'est pas la même lorsqu'il s'agit de trancher le fond du litige ou de trancher une question de compétence qui appelle une qualification au fond. Cette distinction pourrait nourrir la distinction opérée par la Cour de cassation.

En tout état de cause, il reste particulièrement intéressant de noter que l'objet premier des argumentations déployées par les auteurs est d'articuler et d'harmoniser des textes qui paraissent se contredire ou se chevaucher. Toutes les distinctions possibles qui sont sus-évoquées n'ont pas d'autre fonction que de répondre à ce type de problème. Elles sont d'autant plus nécessaires lorsque c'est le rédacteur lui-même qui provoque ce conflit par la technique du renvoi ou de la législation par référence. Tout part du texte et y revient. C'est là, à n'en pas douter, l'un des traits marquants de l'art juridique.

