



LES MOYENS D'IRRECEVABILITE DEVANT LE MAGISTRAT DE LA MISE EN ETAT : NAISSANCE D'UN JUGE D'INSTRUCTION CIVIL ? ¹

Résumé : A la faveur du projet de loi n° 7307 sur le renforcement de l'efficacité de la justice civile et commerciale, les praticiens de chacun des deux côtés de la barre vont enfin découvrir les pouvoirs que détenaient les magistrats de la mise en état depuis l'introduction, en 1996, de cette procédure pour l'instruction des affaires qui y sont soumises. Avec l'ajout discret à l'article 212 du Nouveau Code de Procédure civile de l'expression « *avant que le juge de la mise en état ne statue* », les auteurs du projets de lois ont insisté sur l'obligation qui lui est faite de toiser les moyens visés à cet article, sans se défaire systématiquement sur la formation collégiale à laquelle il appartient. Les auteurs de ce projet de loi réaffirment ainsi solennellement la compétence exclusive du juge ou du conseiller de la mise en état, à partir de leur désignation et jusqu'à leur dessaisissement.

A cet égard, la réforme de l'article 212 du NCPC va révéler la portée d'un certain nombre de dispositions méconnues du Titre IX. – De la procédure contentieuse devant le tribunal d'arrondissement siégeant en matière civile, et du Chapitre II. – De la procédure contentieuse devant la Cour d'appel siégeant en matière civile et commerciale, en particulier, les articles 216, 217, 599, 600 et 602 du même code. Il apparaîtra alors que les ordonnances du magistrat de la mise en état rendues sur base de l'article 212 ont l'autorité de chose jugée et peuvent, dans certains cas, faire l'objet d'un appel immédiat ; à défaut, elles s'imposent à la formation collégiale à laquelle appartient le magistrat ayant rendu une ordonnance sur ce fondement.

Parallèlement, le champ d'application de la compétence exclusive du magistrat de la mise en état va considérablement augmenter puisque les auteurs du projet de loi souhaitent lui donner le pouvoir de statuer également sur les nullités de fond, les déclinatoires de compétence et les fins de non-recevoir. Justifié par un souci d'éliminer précocement tous les incidents de procédure, ce volet de la réforme va nécessairement soulever de nombreuses interrogations et engendrer autant de difficultés, notamment en ce qui concerne les fins de non-recevoir dont l'appréciation requiert souvent une analyse du fond du litige à laquelle le juge ou le conseiller de la mise en état ne saurait se livrer seul.

A défaut d'avoir fait l'objet de quelconques modifications depuis son introduction au Luxembourg en 1996, comme ce fut inversement et maladivement le cas en France sur la même période, la procédure de mise en état, comme d'ailleurs l'instruction des affaires civiles et commerciales en générale, mériterait un temps de réflexion de la part du Législateur, pour éviter l'écueil des réformes mal préparées, comme le dénonce la doctrine française. Le souhait affiché de la Commission de la Justice de voir entrer en vigueur au 1^{er} janvier 2021 la loi en discussion n'augure cependant rien de bon. Après vingt-cinq ans sans le moindre changement, rien ne sert de courir.

¹ Article publié à la Revue des Procédures, éditions Legitech 2020, n° 1, pp.71-87. Le lecteur est rendu attentif au fait que cet article a été rédigé avant l'adoption définitive du Projet de Loi 7307 et que les dispositions commentées ici ont, entre-temps, fait l'objet de modifications, tenant notamment compte de nos réserves.

I.	Le renforcement du rôle du JME et du CME dans l'examen des moyens recevabilité	9
A.	L'élargissement de la compétence exclusive du JME et du CME	9
1.	L'extension opportune de la compétence du JME et du CME à toutes les nullités	10
2.	L'extension discutable de la compétence du JME et du CME quant aux autres moyens d'irrecevabilité	13
B.	L'affermissement de la compétence exclusive du JME et du CME	17
1.	L'encadrement des échanges des parties devant le JME ou le CME	18
2.	L'implication du JME ou du CME dans les échanges des parties	19
II.	L'efficacité des ordonnances du JME statuant sur des moyens de recevabilité	20
A.	L'autorité de chose jugée devant la formation collégiale des ordonnances du JME et du CME rejetant un moyen d'irrecevabilité	20
1.	La question des moyens d'irrecevabilité devant la formation collégiale	21
2.	La question du procès équitable devant la formation collégiale	22
B.	La possibilité de recours contre les ordonnances du JME ou du CME admettant un moyen d'irrecevabilité	23
1.	L'appel contre les ordonnances du JME admettant un moyen d'irrecevabilité	25
2.	Le déféré contre les ordonnances du CME admettant un moyen d'irrecevabilité	27

Introduction

Aux vœux de l'actuel article 212 du NCPC, « 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 pour : a) statuer sur les exceptions dilatoires et sur les nullités pour vice de forme, b) (...) ». Au-delà de la détermination des compétences qui sont dévolues au juge de la mise en état (ci-après le « JME »), cette disposition pose la question de savoir quand est-il compétent. Malgré leur apparente limpidité, les expressions « postérieurement à sa désignation » et « jusqu'à son dessaisissement » méritent des précisions et des éclaircissements que la pratique luxembourgeoise n'a pas fournis au cours des vingt-cinq dernières années.

La compétence du JME et CME à partir de leur désignation

Une fois que l'affaire est enrôlée à la diligence de l'une ou l'autre des parties ⁽²⁾, les articles 198 à 202 du NCPC règlent la distribution de l'affaire par le président du tribunal à l'une des chambres de ce tribunal, puis la première conférence d'appel des causes devant le président de chambre qui confère de l'état de la cause avec les avocats présents ⁽³⁾ et à l'issue de laquelle il décide soit de renvoyer l'affaire à l'audience pour être jugée immédiatement ⁽⁴⁾, soit de la renvoyer à une nouvelle conférence de l'état de la cause au terme de laquelle il peut décider soit de renvoyer l'affaire à l'audience de plaidoiries ⁽⁵⁾, soit de renvoyer l'affaire pour instruction

² Art. 195 du NCPC.

³ Art. 199 du NCPC.

⁴ Art. 200 du NCPC.

⁵ Art. 201 du NCPC.

devant le JME⁽⁶⁾). Toutefois, ces dispositions ne sont pratiquement jamais appliquées⁽⁷⁾ et, après l'enrôlement de l'affaire, les mandataires des parties sont, en général, directement informés, par bulletin, de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée et, par un bulletin subséquent, du nom du JME désigné qui leur impartit des délais pour conclure.

Or, la désignation par le président de chambre de tel ou tel magistrat comme JME dans l'affaire concernée est préalable à l'information qui en est donné aux mandataires constitués. Elle s'effectue par simple note au dossier⁽⁸⁾. Ainsi, « *le moment de la désignation du juge de la mise en état reste imprécis, faute d'instrumentum formalisant cette désignation* »⁽⁹⁾.

Même si, dans la pratique luxembourgeoise, « *le renvoi de l'affaire devant le juge de la mise en état constitue le circuit d'instruction de droit commun* »⁽¹⁰⁾ à l'exception des hypothèses où le défendeur ne comparait pas, le Nouveau Code de Procédure civile ne précise pas si la décision de renvoi de l'affaire pour instruction devant le JME par simple note au dossier emporte immédiatement dessaisissement du président ou si ce dessaisissement prend effet au jour de la notification aux avocats du bulletin les informant de la désignation d'un JME⁽¹¹⁾. Si aucune des deux solutions envisageables n'est réellement satisfaisante faute d'avoir date certaine⁽¹²⁾, l'hésitation possible entre l'une et l'autre entretient l'incertitude quant à la date précise de la désignation du JME et, subséquemment, sur le moment à partir duquel il est seul compétent pour mettre en œuvre les pouvoirs que lui attribue l'article 212 du NCPC. A propos de la disposition équivalente de droit français, l'article 789 du CPC⁽¹³⁾, la doctrine relève à juste titre la « *difficulté de déterminer le moment de la désignation du juge de la mise en état, et par suite du "transfert" de l'affaire à ce juge, qui fait naître sa compétence pour statuer en particulier sur les "exceptions de procédure et les incidents mettant fin à l'instance"* »⁽¹⁴⁾.

Par suite du renvoi opéré par l'article 599, alinéa 1^{er} et alinéa 3, du NCPC à l'instruction de l'affaire dans les conditions prévues notamment à l'article 212 du même code, les mêmes difficultés se retrouvent à hauteur d'appel devant le conseiller de la mise en état (ci-après le « **CME** ») qui exerce les attributions qui sont celles du

⁶ Art. 202 du NCPC. Sur ces différentes étapes, v. X. VUITTON, Tribunal de grande instance – Procédure ordinaire – Saisine – Fixation et distribution de l'affaire, JCl. Proc. civ., 2008, Fasc. 218, p. 2, n° 3.

⁷ Dans les faits, lorsque le défendeur n'a pas comparu à l'expiration du délai qui lui était impartit en vertu des articles 196 et 167 du NCPC, l'affaire paraît à l'audience devant la chambre à laquelle elle a été distribuée (et non devant son seul président) et, en général, est entendue par défaut, alors que l'article 200, alinéa 2, du NCPC prévoit qu'elle devrait être renvoyée à ces fins à une audience ultérieure. Quant aux affaires où au moins l'un des défendeurs a comparu, l'audience de première conférence de mise en état, pourtant obligatoire aux vœux de l'article 199 du NCPC, n'est pratiquement jamais tenue, ni a fortiori la seconde conférence de mise en état.

⁸ Art. 203, al. 2, du NCPC.

⁹ X. MARCHAND, Tribunal de grande instance – Procédure ordinaire – Instruction devant le juge de la mise en état – Compétences et pouvoirs du juge de la mise en état – Décisions du juge de la mise en état, JCl. Proc. civ., 2008, Fasc. 222, p. 4, n° 8, qui précise, sur base de l'article 779 du Code de procédure civile français (ci-après le « CPC ») que « plusieurs jours [peuvent séparer] la tenue de la première audience du président de l'organisation de la première audience de mise en état, et une seconde audience du président [peut] avoir été entre-temps organisée ».

¹⁰ X. VUITTON, Tribunal de grande instance – Procédure ordinaire – Renvoi à l'audience, JCl. Proc. civ. 2010, Fasc. 220, p. 4, n° 13. V. aussi art. 203 du NCPC.

¹¹ Selon la doctrine française, « Cette nomination du juge de la mise en état, doit être distinguée du "renvoi devant le juge de la mise en état", parfois également qualifiée de "désignation". Seule cette dernière emporte transfert des pouvoirs juridictionnels », X. MARCHAND, JCl. Proc. civ. 2008, Fasc. 222, précité, p. 19, n° 58.

¹² X. MARCHAND, JCl. Proc. civ. 2008, Fasc. 222, précité, p. 4, n° 8.

¹³ Le contenu de l'article 771 du CPC a été repris à l'article 789 du même code à la faveur de la réforme de la procédure civile et du décret n° 2019-1333 du 11 déc. 2019.

¹⁴ X. MARCHAND, JCl. Proc. civ. 2008, Fasc. 222, précité, p. 4, n° 9.

JME devant le tribunal d'arrondissement ⁽¹⁵⁾. Il en ressort que la compétence du CME ne commence qu'à partir de sa désignation ⁽¹⁶⁾, étant précisé que les dispositions relatives à l'appel ne prévoient pas les deux premières conférences de mises en l'état à l'issue desquelles le président de la chambre de la Cour d'appel à laquelle l'affaire a été distribuée peut renvoyer devant le CME. En appel, l'instruction de l'affaire se fait nécessairement devant un CME ⁽¹⁷⁾. Or, là encore, et « *compte tenu des compétences exclusives qui sont accordées au conseiller de la mise en état, il est primordial de connaître avec précision le moment auquel sa désignation prend effet dans une instance déterminée* » ⁽¹⁸⁾.

En effet, en application des articles 200, alinéa 1^{er}, et 201, alinéa 1^{er}, du NCPC, des conclusions entre parties sont susceptibles d'avoir été échangées avant la désignation du JME ou du CME, notamment sur des moyens visés à l'article 212 dont certains doivent être soulevés au seuil de l'instance. Dans ce cas, le JME ou le CME ne sont pas encore compétents pour en connaître ⁽¹⁹⁾ et il appartient à la formation collégiale de les toiser ⁽²⁰⁾. Inversement, la formation collégiale n'est pas compétente pour statuer, après le dessaisissement du JME ou du CME, sur des moyens qui relevaient de leur compétence exclusive et qui avaient régulièrement été soulevés devant lui ⁽²¹⁾.

La compétence du JME et du CME jusqu'à leur dessaisissement

L'article 212 du NCPC prévoit que la compétence du JME s'exerce « *jusqu'à son dessaisissement* ». A cet égard, les textes sont plus clairs que ceux concernant sa désignation. Le dessaisissement du JME ne s'opère pas par l'ordonnance par laquelle le JME déclare l'instruction close et renvoie l'affaire devant la formation collégiale pour y être plaidée. En effet, l'article 220 *in fine* du NCPC dispose que « *le juge de la mise en état demeure saisi jusqu'à l'ouverture des débats*. ». Ainsi, lorsque l'instruction de l'affaire est renvoyée devant lui, « *l'ouverture des débats constitue le moment du dessaisissement du juge de la mise en état et met fin à sa compétence exclusive* » ⁽²²⁾,

¹⁵ A la différence du droit français, le droit luxembourgeois ne comporte pas de dispositions spécifiques additionnelles pour préciser le champ de la compétence exclusive du CME. Le renvoi opéré à l'article 599, alinéa 1^{er}, du NCPC permet donc une assimilation complète entre les prérogatives du CME et celles détenues par le JME.

¹⁶ En ce sens, V. NORMAND obs. RTD civ. 1975, p. 141. Cf. GIVERDON, La procédure devant les tribunaux de grande instance, Litec, 1973, n° 300 ; J. VIATTE, Magistrat chargé de suivre la procédure et juge de la mise en état, Gaz. Pal. 1973, 1, doct. p. 153, spéc. p. 155. V., dans le cas où le litige a été renvoyé à la mise en état, CA Paris, réf., 29 mai 1973, D. 1973, p. 647.

¹⁷ Sous réserve des dispositions de l'article 599, alinéa 2, du NCPC « lorsque l'affaire semble présenter un caractère d'urgence ou pouvoir être jugée à bref délai ». Il est alors fait application des dispositions des art. 200 à 202 du NCPC.

¹⁸ N. FRICÉRO, Appel – Procédure ordinaire en matière contentieuse – Procédure avec représentation obligatoire – Instruction de l'affaire. Mise en état, JCl. Proc. civ., 2011, Fasc. 721, p. 15, n° 50. En France, à défaut d'autre document permettant d'établir la date de désignation du CME avec précision, c'est la date à laquelle le secrétaire-greffier a adressé à l'avoué de l'appelant l'avis de désignation qui est réputée être celle de la désignation du CME, ord. prem. Prés. CA Paris, 10 oct. 1980, Gaz. Pal. 1980, 2, p. 656 ; RTD civ. 1980, p. 812, obs. R. PERROT ; Bull. avoués, 1981, n° 78, p. 26 ; CA Riom, 11 juill. 1973, D. 1973, p. 646 ; Gaz. Pal. 1973, 2, p. 616.

¹⁹ En effet, l'article 212 du NCPC ne prévoit pas que le JME est compétent pour statuer sur les moyens y visés, mais qui auraient été soulevés avant sa désignation. « Il en résulte que ces exceptions échapperont en grande partie, et ceci dans les cas où les parties auront été diligentes, à la compétence du juge de la mise en état », PL 3771-1, Avis du parquet du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 11 nov. 1993, p. 19. La problématique est toutefois un peu différente pour le CME car la mise en état s'applique d'office en instance d'appel en vertu de l'article 599, alinéa 1^{er}, du NCPC.

²⁰ En ce sens, v. E. RASKIN, Le régime de l'exception d'incompétence face à la compétence exclusive du juge de la mise en état, gare au mauvais départ !, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 12 mai 2016, n° 14-28.086, N° Lexbase : N3052BWX. Le président de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée n'a pas de pouvoir juridictionnel propre et il doit renvoyer l'affaire à l'audience de la formation collégiale si des moyens sont soulevés par les mandataires des parties avant la désignation d'un JME ou d'un CME. En France, la compétence appartient, en appel, au Premier président de la Cour d'appel qui est doté de pouvoirs juridictionnels, tant que le CME n'est pas désigné. La compétence du premier président et celle du CME sont successives et non cumulatives. V. Cass. civ. 2^{ème} ch., 5 janv. 1978, JCP G 1978, IV, 77 ; Gaz. Pal. 1978, 1, p. 249, note J. VIATTE ; CA Grenoble, 6 mars 1979, D. 1980, inf. rap. p. 112. V. aussi J. MIGUET, Exécution provisoire – Voies de recours, JCl. Proc. civ. 1997, Fasc. 519, p. 5, n° 14.

²¹ Cass. civ. 3^{ème} ch., 24 sept. 2014, n° 13-21524, jugeant que dans un tel cas la cour d'appel excède ses pouvoirs.

²² N. FRICÉRO, Audience et débats, JCl. Proc. civ., 2008, Fasc. 501, p. 16, n° 45.

dans les domaines prévus à l'article 212 du NCPC. De même, en appel, « *le conseiller de la mise en état [est] compétent jusqu'à l'ouverture des débats* »⁽²³⁾, en application des articles 599, alinéa 1^{er} et alinéa 3, du NCPC qui renvoient à l'article 212 du même code.

Si l'ouverture des débats est donc « *clairement identifiable* »⁽²⁴⁾ pour déterminer jusqu'à quel moment le JME et le CME sont compétents, des questions peuvent néanmoins surgir lorsque des exceptions et incidents visés à l'article 212 du NCPC sont soulevés entre la clôture de l'instruction et l'ouverture des débats. Le JME et le CME restent théoriquement compétents pour en connaître dans la mesure où ils demeurent saisis jusqu'à l'ouverture des débats. Toutefois, les restrictions posées tant pour le dépôt de nouvelles conclusions après l'ordonnance de clôture que pour la révocation de celle-ci sont telles⁽²⁵⁾ que les moyens évoqués à l'article 212 du NCPC ont, en définitive, peu de chances d'être toisés⁽²⁶⁾. A supposer toutefois que le JME, le CME ou la formation collégiale fasse droit à une demande de révocation de l'ordonnance de clôture, le JME ou le CME devrait, en principe, recouvrer sa compétence exclusive pour connaître des moyens visés à l'article 212 du NCPC et qui auraient été soulevés entre l'ordonnance de clôture et l'ouverture des débats⁽²⁷⁾.

La compétence exclusive du JME et du CME entre leur désignation et leur dessaisissement

Aux vœux de l'article 212 du NCPC, le JME est « *seul compétent* » pour connaître, entre sa désignation et son dessaisissement, des exceptions et incidents visés à cet article. En effet, « *en sa qualité de juge de la mise en état, le juge ainsi désigné aura, lorsqu'une affaire lui aura été renvoyée par le président de la chambre, plénitude de juridiction sur un certain nombre d'exceptions ou d'incidents* »⁽²⁸⁾. Le JME n'est pas « *une simple émanation de la chambre dont il est membre, mais est, parallèlement à celle-ci, une juridiction à part entière* »⁽²⁹⁾, ayant compétence exclusive pour statuer sur les exceptions et les incidents visés à cet article et « *rendant à ce titre de véritables décisions assorties de l'autorité de la chose jugée* »⁽³⁰⁾.

L'actualité jurisprudentielle luxembourgeoise a fait apparaître une problématique nouvelle, qui était déjà connue en France⁽³¹⁾, à savoir celle de la compétence exclusive du JME à partir de sa désignation. Il s'agissait, en l'espèce, de savoir si le juge des référés qui est une formation du tribunal au sens de l'article 212 du NCPC est compétent pour statuer sur un litige dont le tribunal est saisi au fond et dont l'instruction a été confiée au JME. La Cour

²³ J. MIGUET, JCI. Proc. civ. 1997, Fasc. 519, précité, p. 5 n° 14. V. CA Poitiers, 5 déc. 1995, JCP G 1996, I, 3928, n° 22, obs. CADIET.

²⁴ X. MARCHAND, JCI. Proc. civ. 2008, Fasc. 222, précité, p. 4, n° 8.

²⁵ Art. 225 du NCPC. V. aussi CA Lux., 1^{ère} ch., 29 mars 2017, n° 43764, BIJ 2019/01, p. 8., JurisNews Procédure, vol. 7, n° 3-4/2018, p. 112, jugeant que la demande de rétractation de l'ordonnance de clôture par simple lettre n'est pas régulière, mais doit se faire par voie de conclusions. L'irrecevabilité des conclusions notifiées postérieurement à la clôture peut être relevée d'office et la formation de jugement n'est pas tenue de soumettre cette question aux observations des parties, Cass. civ. 2^{ème}, 11 mars 1992, Gaz. Pal. 1993, somm. obs. F. FERRAND et T. MOUSSA. En revanche, sont recevables les conclusions tendant à la révocation de l'ordonnance de clôture et les conclusions tendant à faire déclarer irrecevables des écritures ou pièces tardivement communiquées, N. FRICÉRO, JCI. Proc. civ. 2011, Fasc. 721, précité, p. 21, n° 84 et 85.

²⁶ En France, la solution semble différente « compte tenu de la souplesse avec laquelle une ordonnance de clôture peut être révoquée », X. MARCHAND et J. SERAPIONIAN, Exceptions dilatoires, JCI. Proc. civ., 2011, Fasc. 134, p. 15, n° 64. V. également, CA Colmar, 2^{ème} civ., sect. A, 19 oct. 2006, n° 2A05/00151, JurisData n° 2006-326600.

²⁷ X. MARCHAND, JCI. Proc. civ. 2008, Fasc. 222, précité, p. 19, n° 61. V. aussi, CA Colmar, 2^{ème} civ., sect. A, 19 oct. 2006, n° 2A05/00151, JurisData n° 2006-326600.

²⁸ X. MARCHAND, JCI. Proc. civ. 2008, Fasc. 222, précité, p. 19, n° 58.

²⁹ X. MARCHAND, JCI. Proc. civ. 2008, Fasc. 222, précité, p. 4, n° 4.

³⁰ X. MARCHAND, JCI. Proc. civ. 2008, Fasc. 222, précité, p. 4, n° 4. V. aussi R. PERROT, Décret n° 2005-1678 du 28 déc. 2005, Procédures 2006, étude 3 ; Cass., avis, 13 nov. 2006, RTD civ. 2007, p. 177, obs. R. PERROT.

³¹ Le JME est seul compétent dès sa nomination et postérieurement à celle-ci, Cass. civ. 2^{ème}, 21 mai 1979, Bull. civ. 1979, n° 45 ; Cass. civ. 2^{ème}, 18 mars 1998, Bull. civ. 1998, II, n° 96.

d'appel de Luxembourg a répondu affirmativement lorsque la désignation du JME intervient après la saisine du juge des référés⁽³²⁾.

Mais en dehors même de cette situation récemment découverte, le « *transfert au profit du juge de la mise en état d'un véritable pouvoir juridictionnel* »⁽³³⁾, souhaité par la doctrine, s'est avéré illusoire au Grand-Duché de Luxembourg. Une analyse empirique mais aussi une consultation des bases de données désormais accessibles montrent que le JME et le CME luxembourgeois n'exercent pas les prérogatives que leur confère l'article 212 du NCPC⁽³⁴⁾, que ce soit pour ordonner des mesures d'instruction⁽³⁵⁾ ou pour se prononcer sur l'admission et le rejet des exceptions dilatoires et des moyens de nullité de forme dont ils sont saisis, leur rôle semblant, dans les faits, limité à accorder aux mandataires des parties des délais pour conclure, à leur délivrer parfois des injonctions de conclure et, très exceptionnellement, à tirer les conséquences du non-respect de ces délais et de ces injonctions par une clôture de l'instruction.

Si l'on a pu dire, en France, que le JME était un « *juge d'exceptions* »⁽³⁶⁾ eu égard à la compétence qui lui est reconnue pour statuer sur les exceptions dilatoires notamment, l'exception au Luxembourg n'est pas tant sur celle, d'ordre procédural, sur laquelle le JME statue, mais plutôt la situation où il statue sur des moyens relevant de sa compétence exclusive, sans renvoyer l'affaire devant la formation collégiale pour y être plaidée⁽³⁷⁾. A titre d'exemple, il convient d'évoquer une affaire d'appel en matière de droit du travail, introduite par exploit d'huissier du 11 juillet 2016 où la Troisième chambre de la Cour d'appel a, par arrêt du 23 novembre 2017, ordonné la réouverture des débats pour permettre aux parties de prendre position par rapport à la recevabilité de l'appel au regard des articles 150 et 167 du NCPC, pour finalement déclarer cet appel irrecevable par arrêt du 17 mai 2018⁽³⁸⁾, le tout sans que le CME ne statue, préférant renvoyer par deux fois à la formation du jugement. Or, en vertu de son pouvoir de contrôle de l'instruction rapide et efficace de l'affaire, le CME aurait pu épargner au mandataire de l'intimé le gonflement inutile du dossier sur des moyens de fait et de droit, alors qu'il a, à tout moment, la possibilité d'« *inviter les avocats à répondre aux moyens sur lesquels ils n'auraient pas conclu* »⁽³⁹⁾, en particulier sur ceux d'ordre public, dont celui de la recevabilité de l'appel.

Même s'il ne le dit pas officiellement, sans doute pour ménager certaines susceptibilités plus délicates que celles des membres du Barreau, le projet de loi n°7307 sur le renforcement de l'efficacité de la justice civile et commerciale (ci-après le « **Projet de Loi 7307** ») est une invitation à peine déguisée aux JME et aux CME d'en

³² CA Lux, 7^{ème} ch., 6 févr. 2019, n° CAL-2018-00591, justice.public.lu.

³³ X. MARCHAND, JCl. Proc. civ. 2008, Fasc. 222, précité, p. 19, n° 58. V. aussi D. KARSENTY, L'apparition de nouveaux droits fondamentaux de procédure en matière de mise en état, JCP G 2007, I, n° 160.

³⁴ Les décisions recensées en juillet 2020 sont les suivantes : Trib. arr. lux., 7 juill. 1999, n° 63783, JUDOC n° 99819503 ; CA Lux., 6 nov. 2001, n° 25857, JUDOC n° 99857247 ; Ord. JME Trib. arr. Lux., 2 juill. 2008, n° 113247 ; CA Lux., 1^{er} févr. 2012, n° 30138, JUDOC n° 99861199 ; CA Lux., 4^{ème} ch., 8 juill. 2015, n° 39697 ; CA Lux., 7^{ème} ch., 16 mars 2016, n° 43048 ; Ord. prés. Trib. arr. Lux., 22 mai 2018, n°s TAL-2017-00349 et TAL-2018-01437 ; CA Lux., 7^{ème} ch., 6 févr. 2019, n° CAL-2018-00591 ; ord. JMR Trib. arr. Lux., 22 juill. 2020, n° TAL-2019-00739, et sur l'article 602 du NCPC, CA Lux., 7 juill. 2001, n° 23231, numéro JUDOC 99847040.

³⁵ Sans prétendre à l'exhaustivité, v. seulement Ord. JME Trib. arr. Lux., 2 juill. 2008, n° 113247 (cité in Trib. arr. Lux., 26 mai 2015, n° 113247) nommant deux experts en matière médicale.

³⁶ G. VERDUN, Le magistrat de la mise en état, « juge d'exceptions », Bull. avoués, 1999-4, p. 115 ; Gaz. Pal. 29 avr. 2000.

³⁷ Sur le renvoi de l'affaire après clôture de l'instruction, v. art. 220 du NCPC.

³⁸ CA Lux., 3^{ème} ch., 23 nov. 2017, n° 43784, puis en continuation des débats CA Lux., 3^{ème} ch., 17 mai 2018, n° 43784. V. aussi CA Lux., 3^{ème} ch., 10 nov. 2016, n° 43116, ordonnant la révocation de l'ordonnance de clôture du 7 juin 2016 et la réouverture des débats pour permettre aux parties d'analyser, au regard de l'article 84 du NCPC, la régularité de la procédure à l'égard d'une partie qui n'avait pas comparu dans une affaire introduite par exploit d'huissier... du 15 juillet 2008.

³⁹ Art. 205, al. 1^{er}, du NCPC.

finir avec une « *conception passive du juge* »⁽⁴⁰⁾ et de s'impliquer plus amplement dans l'instruction des affaires, en exerçant la compétence exclusive qu'ils détiennent et en statuant eux-mêmes sur les moyens visés à l'article 212 du NCPC, dans sa rédaction consécutive à l'adoption d'une série d'amendements par la Commission de la Justice lors de sa réunion du 21 juillet 2020 (ci-après le « **Futur Article 212 du NCPC** »), sans renvoyer l'affaire devant la formation collégiale⁽⁴¹⁾. Quant aux avocats, ils devraient prendre l'habitude, s'agissant des moyens considérés, de notifier leurs « *conclusions établies à l'adresse du juge de la mise en état (et non à l'adresse du tribunal lui-même)* »⁽⁴²⁾, afin de lever toute ambiguïté quant la juridiction qui en est saisie. Sur ce point la jurisprudence française a d'ailleurs précisé la portée de l'exclusivité de la compétence du JME ou du CME, en considérant que le magistrat de la mise en état n'est saisi des demandes relevant de sa compétence que par les conclusions qui lui sont spécialement adressées⁽⁴³⁾. Une exception ou un incident rentrant dans le champ de l'application de l'article 789 du CPC est donc irrecevable s'il est soulevé dans des conclusions qui comportent, en outre, des moyens et des demandes au fond.

Le Projet de Loi 7307 qui a pour objectif le renforcement de l'efficacité de la justice et commerciale, entend notamment imposer au JME et au CME d'exercer les compétences qu'ils détiennent d'ores et déjà, en les obligeant de statuer sur les exceptions et incidents visés au Futur Article 212 du NCPC. En effet, cet article ajoute que chacune des parties prend position deux fois au plus sur le moyen d'incompétence, d'irrecevabilité, de nullité et sur les exceptions dilatoires d'ordre purement procédural, « *avant que le juge de la mise en état ne statue* ». Celui-ci, et par renvoi le CME, devront donc rendre une ordonnance motivée⁽⁴⁴⁾ sur les moyens soulevés, sans pouvoir s'abstenir d'exercer le pouvoir juridictionnel que le législateur leur avait confié en 1996, en renvoyant, à la formation collégiale, le soin de les toiser. Les mandataires des parties seront même fondés à ne pas conclure au fond tant que le JME ou le CME n'auront pas rendu leur ordonnance sur les moyens considérés.

Avec la réforme projetée, la mise en état constituera une phase essentielle et dynamique du procès civil, afin de n'audiencier que les affaires véritablement en état d'être jugées. Elle ne sera plus une étape purement formelle, limitée à la surveillance des échanges de conclusions entre parties, mais évoluera vers « *une mise en état dite "intellectuelle", ce qui implique, de la part du juge notamment, une pleine connaissance de l'état du dossier* »⁽⁴⁵⁾ ou, à tout le moins, une connaissance suffisante pour inviter les parties à conclure sur des moyens qu'elles auraient omis d'invoquer et que le juge du fond serait ensuite obligé de soulever d'office. Le JME et le CME deviendront enfin l'élément central pour le jugement des affaires civiles, fût-ce contre leur gré.

Le domaine de la compétence exclusive du JME et du CME

Dans sa rédaction actuelle, le paragraphe b) de l'article 212 du NCPC prévoit que le JME et, par renvoi, le CME peuvent « *ordonner, même d'office, toute mesure d'instruction.* » Peu appliquée⁽⁴⁶⁾, cette disposition restera inchangée à l'issue de la procédure législative sur le Projet de Loi 7307, même si une implication plus active du

⁴⁰ Tel était le constat fait par le ministre français de la Justice Jean Foyer, dans son Rapport du garde des Sceaux introduisant la réforme du 13 octobre 1965 sur la mise en état, cité in X. MARCHAND, JCl. Proc. civ. 2008, Fasc. 222, précité, n° 1, p. 3.

⁴¹ X. MARCHAND et J. SERAPIONIAN, JCl. Proc. civ., Fasc. 134, précité, p. 15, n° 63 ; D. KARSENTY, L'apparition de nouveaux droits fondamentaux de procédure en matière de mise en état, JCP G 2007, I, 160.

⁴² X. MARCHAND, JCl. Proc. civ. 2008, Fasc. 222, précité, p. 6, n° 13.

⁴³ V. Cass. civ. 2^{ème}, 12 mai 2016, pourvoi n° 14-25054 (1^{ère} esp.) et pourvoi n° 14-28086 (2^{ème} esp.). Cette solution jurisprudentielle fut ensuite légalement consacrée à l'article 772-1, devenu l'article 791 du CPC.

⁴⁴ Sur la motivation des ordonnances prises sur base de l'article 212 du NCPC, v. l'art. 214 du même code. V. aussi v. CA Lux., 4^{ème} ch., 8 juill. 2015, n° 39697 (1^{ère} esp.) et n° 40148 (2^{ème} esp.) et N. FRICÉRO, Jugements – Sanctions des irrégularités commises lors du délibéré et dans la rédaction des jugements, JCl. Proc. civ., 1997, Fasc. 509, p. 10, n° 34.

⁴⁵ Circ. min. Justice, 8 févr. 2006, n° CIV 2006-04 C3/08-02-2006, NOR : JUSCO620006C, BO min. Just. n° 101.

⁴⁶ Ord. JME Trib. arr. Lux., 2 juill. 2008, n° 113247 (cité in Trib. arr. Lux., 26 mai 2015, n° 113247).

JME et du CME serait souhaitable, pour éviter aux parties de conclure exhaustivement, dans l'attente d'un jugement ou d'un arrêt avant-dire droit, décidant finalement d'une mesure d'instruction qui était réclamée à juste titre par une des parties au moins et que le JME ou le CME aurait pu ordonner, sans attendre la décision de la formation collégiale.

La nouveauté qu'apporte le Projet de Loi 7307 réside dans l'élargissement du champ de la compétence exclusive du JME et du CME. Alors qu'ils pouvaient déjà se prononcer sur les exceptions dilatoires et sur les nullités pour vice de forme, le paragraphe a) du Futur Article 212 du NCPC leur permet de « *statuer sur les moyens d'incompétence, d'irrecevabilité, de nullité et les exceptions dilatoires d'ordre purement procédural ; à l'exception des moyens d'ordre public, les parties sont tenues de soulever ces moyens dès leurs premières conclusions, respectivement dès leur révélation s'ils devaient se révéler postérieurement à leurs premières conclusions. Après présentation d'un tel moyen, chacune des parties à l'instance prend position deux fois au plus sur ce moyen, la présentation du moyen valant conclusions, avant que le juge de la mise en état ne statue* ».

Cette nouvelle formulation soulève toutefois des interrogations auxquelles les travaux parlementaires ne permettent pas de répondre. Dans leur commentaire des articles, les auteurs du Projet de Loi 7307 ne contribuent pas à dissiper les doutes, puisqu'ils commencent par indiquer que « *cette modification sert à éviter toute discussion relative à ce qu'englobe le concept de « moyen de procédure » qui figure dans la version actuelle de l'article 212 du Nouveau Code de procédure civile* »⁽⁴⁷⁾. Or, cette expression ne figure pas dans le libellé actuel de cette disposition qui renvoie seulement aux notions d'exceptions dilatoires et de nullités pour vice de forme. En outre, les auteurs du Projet de Loi 7307 avancent qu'« *il y a également eu des débats en doctrine sur la véritable portée de l'article 212 du Nouveau Code de procédure civile, dont le libellé n'était pas très précis. Il n'a pas toujours été clair si les moyens de défense invoqués par les parties faisaient partie de ceux visés par l'article 212 ou non.* »⁽⁴⁸⁾. Toutefois, cette justification ne saurait convaincre car les notions d'exceptions dilatoires et de nullités pour vice de forme ne soulèvent aucune difficulté en doctrine, même s'il arrive que la jurisprudence décline parfois une nullité de fond en simple nullité pour vice de forme⁽⁴⁹⁾.

Au demeurant, les travaux parlementaires postérieurs au dépôt du Projet de Loi 7303 ne sont d'ailleurs guère plus explicites. En effet, à la suite de l'opposition formelle du Conseil d'Etat, en ce que les moyens tenant à l'ordre public n'étaient pas expressément exclus du principe consistant à éliminer à un stade précoce de la procédure les incidents procéduraux⁽⁵⁰⁾, le Projet de Loi a fait l'objet d'un amendement gouvernemental pour donner au paragraphe a) du Futur Article 212 la teneur précitée, en intégrant pour le surplus la suggestion du Conseil d'Etat consistant à remplacer les termes « *moyens dilatoires* » figurant la version initiale du Projet de Loi 7307 par ceux d'« *exceptions dilatoires d'ordre purement procédural* »⁽⁵¹⁾, sans prendre le soin de donner la moindre définition à cette expression qualificative additionnelle, ni fournir de critère de distinction avec d'éventuelles exceptions dilatoires qui ne seraient pas d'ordre procédural⁽⁵²⁾.

⁴⁷ PL n° 7307-00, Commentaires des articles, p. 22.

⁴⁸ PL n° 7307-00, Exposé des motifs, p. 11.

⁴⁹ V., par exemple, le défaut de constitution d'avocat à Cour dans l'acte introductif d'instance autrefois considéré comme une « règle de fond d'ordre public afférente à l'organisation judiciaire », CA Lux., 22 oct. 2014, n° 41303. Désormais, il s'agit seulement d'une nullité de pure forme, v. CA Lux., 7 déc. 2005, BIJ 3/2006, p.83, note A.E.

⁵⁰ PL n° 7307-04, Avis du Conseil d'Etat du 26 mars 2019, p. 5.

⁵¹ Sur les exceptions dilatoires sans autre qualificatif, v. Th. HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, précité, pp. 532-565, n° 927 et s. ; X. MARCHAND et J. SERAPIONIAN, JCl. Proc. civ., Fasc. 134, précité, p. 15, n° 63. V. aussi art. 265 à 278 du NCPC et CA Lux., 4^{ème} ch., 8 juill. 2015, n° 39697 qui a jugé que ces dispositions ne couvraient pas toutes les hypothèses d'exceptions dilatoires.

⁵² Après plusieurs modifications, l'article 789 du CPC français utilise l'expression générique d'exception de procédure qui « se distingue ainsi de la défense au fond, qui tient dans "tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit,

Le Futur Article 212 du NCPC prévoit, par ailleurs, que le JME et, par renvoi le CME, pourront également se prononcer sur d'éventuelles nullités de fond, dans la mesure où les auteurs du Projet de Loi 7307 ont emprunté le terme générique de nullité, sans distinction. Enfin, et non des moindres, s'ajoute la possibilité pour le JME et le CME de statuer sur des moyens d'incompétence et d'irrecevabilité, de sorte que leurs prérogatives devraient logiquement s'étendre à tous les moyens permettant de mettre fin à l'instance. Au final et au regard des pouvoirs qui leur sont accordés pour suspendre le cours de l'instance ou d'y mettre fin par l'admission d'un déclinatoire de compétence ou d'un moyen d'irrecevabilité, le JME et le CME mériteraient bien le titre de « *juge d'instruction civil* »⁽⁵³⁾.

Toutefois, la référence faite par les auteurs du Projet de Loi 7307 aux « *moyens d'irrecevabilité* » sur lesquels le JME et le CME doivent statuer entre leur désignation et leur dessaisissement, impose de définir le nouveau périmètre de leur compétence, lequel matérialise le renforcement de leur rôle dans l'instruction des affaires par la connaissance de tous les moyens d'irrecevabilité (I). Parallèlement, en encadrant les échanges de conclusions des parties avant que JME ou le CME ne statue véritablement, le législateur va assurer l'efficacité de leurs ordonnances dont le régime juridique qui était défini depuis 1996 va enfin révéler ses subtilités mais aussi certaines incohérences. Il apparaîtra ainsi que les ordonnances seront ou non revêtues de l'autorité de chose jugée⁽⁵⁴⁾ et consécutivement que « *certaines seront susceptibles d'un recours devant la cour d'appel, d'autres en revanche pourront être examinées par la formation collégiale, à l'issue de la procédure de mise en état.* »⁽⁵⁵⁾. (II)

I. LE RENFORCEMENT DU ROLE DU JME ET DU CME DANS L'EXAMEN DES MOYENS RECEVABILITE

Le Projet de Loi 7307 qui s'est donné pour objectif de renforcer l'efficacité de la justice civile et commerciale comporte différents volets pour améliorer le système actuel, notamment en ce qui concerne la procédure de mise en état⁽⁵⁶⁾, avec un élargissement du champ de la compétence exclusive du JME et du CME (A) et un encadrement des échanges de conclusions entre les mandataires respectifs des parties (B).

A. L'ELARGISSEMENT DE LA COMPETENCE EXCLUSIVE DU JME ET DU CME

Sur base du Futur Article 212 du NCPC, le JME et le CME auront compétence exclusive pour statuer notamment sur les moyens de nullité et d'irrecevabilité. Ce libellé n'est toutefois pas sans soulever des interrogations car, dans la conception luxembourgeoise⁽⁵⁷⁾, l'admission d'un moyen de nullité d'un acte introductif d'instance ou d'un acte subséquent entraîne l'irrecevabilité de la demande

la prétention de l'adversaire", dont la connaissance relève en principe du seul tribunal, et de la fin de non-recevoir, qui est "tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond". Les exceptions de procédure portent donc uniquement sur la procédure », X. MARCHAND, JCl. Proc. civ. 2008, Fasc. 222, précité, p. 19, n° 62. V. aussi L. CADIET et E. JEULAND, Droit judiciaire privé, Litec, 2006, 5^{ème} éd., n° 474.

⁵³ Lamy, Code de Procédure civile commenté, sous art. 771, Wolters Kluwer, Mars 2013, vol. 2, p. 21.

⁵⁴ V. art. 217, al. 2, du NCPC.

⁵⁵ X. MARCHAND, JCl. Proc. civ. 2008, Fasc. 222, précité, p. 19, n° 58.

⁵⁶ Un des aspects importants est aussi la création d'une mise en état simplifiée pour les litiges opposant un seul demandeur à un seul défendeur et dont la valeur est, dans la rédaction de l'article 222-1 du NCPC à la suite des amendements gouvernementaux du 13 janvier 2020, inférieure à 100.000 EUR.

⁵⁷ La jurisprudence française confond aussi parfois les notions de nullité et d'irrecevabilité. V. Cass. soc., 20 nov. 2001, n° 99-43580 ; Cass. civ. 2^{ème}, 11 juin 2009, n° 09-60035 ; Cass. com., 15 juin 2011, n° 09-14953.

qu'il contient ⁽⁵⁸⁾. Autrement dit, la nullité n'est qu'une des causes d'irrecevabilité, ce qui impose de cerner les domaines respectifs de ces deux notions qui apparaissent en partie redondantes.

1. L'extension opportune de la compétence du JME et du CME à toutes les nullités

Les nullités de forme

En ayant recours à la notion générale de « nullités », la compétence exclusive du JME et du CME dans l'examen de questions de recevabilité ne se limitera plus aux seules nullités de forme, mais inclura désormais les nullités de fond susceptibles d'entacher l'acte introductif et les actes subséquents.

Selon le libellé actuel de l'article 212 du NCPC, le JME était déjà compétent pour statuer sur les nullités pour vice de forme. Avec le nouveau libellé que les auteurs du Projet de Loi 7307 entendent donner à cet article, le JME conservera cette compétence ⁽⁵⁹⁾. Le Futur Article 212 du NCPC n'entend d'ailleurs pas changer le régime juridique applicable aux moyens de nullité de forme ⁽⁶⁰⁾. Autrement dit, la méconnaissance d'une règle de forme sera sanctionnée par la nullité de l'acte si les conditions prévues cumulativement à l'article 264 du NCPC sont remplies.

En premier lieu, le moyen d'irrecevabilité pour nullité de forme doit être invoqué *in limine litis*. En effet, l'article 264, alinéa 1^{er}, dispose que « Toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure est couverte si elle n'est proposée avant toute défense ou exception autre que les exceptions d'incompétence. ». La violation d'une règle de forme des actes introductifs d'instance et des actes subséquents doit donc impérativement être soulevée juste, le cas échéant, après une demande de caution judiciaire et après les moyens d'incompétence du tribunal saisi, mais avant toute défense au fond, c'est-à-dire avant les moyens tendant à voir rejeter comme non justifiée la prétention adverse, après un examen du fond du droit ⁽⁶¹⁾. En d'autres termes, les critiques juridiques sur la validité de l'acte doivent être soulevées *in limine litis* s'agissant des actes introductifs ou dès la révélation des causes de nullité s'agissant des actes accomplis en cours de procédure, comme l'exécution d'une mesure d'expertise ou la rédaction d'une attestation testimoniale, et ceci avant toute défense au fond relativement à cet acte. Toute exception de nullité présentée après une fin de non-recevoir ou après une défense au fond est irrecevable ⁽⁶²⁾. Par exemple, il est de jurisprudence constante que le fait qu'une partie se

⁵⁸ Certains auteurs considèrent toutefois que la nullité sanctionne l'inobservation de règle de fond ou de forme présidant à la validité des actes de procédure, alors que l'irrecevabilité sanctionne l'irrégularité dans l'exercice du droit d'action par l'admission d'une fin de non-recevoir, v. L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 2009, n° 478, p. 291, note 168 ; G. DEHARO-DALBIGNAT, *Mention d'un domicile inexact dans la déclaration de pourvoi : nullité de la déclaration ou irrecevabilité du pourvoi ?*, note sous Cass. com., 15 juin 2011, pourvoi n° 09-14953, LPA n° 158, p. 16.

⁵⁹ Le JME et le CME détiendront même cette compétence à deux titres car les rédacteurs du Projet de Loi 7307 leur ont donné compétence pour statuer non seulement sur les moyens de nullité (donc y inclus ceux relatifs à la forme de l'acte) mais aussi sur les moyens d'irrecevabilité (donc y inclus ceux relatifs à la nullité pour vice de forme).

⁶⁰ Sur l'application du régime de l'article 264 du NCPC aux nullités de forme, v. J. BAUCHARD, *JCl. Proc. civ.*, Fasc. 137, précité p. 29, n° 99.

⁶¹ Sur le rang d'ordre des moyens de défense, v. Th. HOSCHEIT, *Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg*, précité, p. 642, n° 1141 et s.

⁶² Cass. civ. 2^{ème}, 3 juill. 1974, *Bull. civ.* 1974, II, n° 214 ; Cass. soc., 17 déc. 1976 ; *Bull. civ.* 1976, V, n° 700 ; Cass. soc., 25 mai 1977, *Bull. civ.* 1977, V, n° 348.

prévale du résultat d'une expertise couvre la nullité des opérations de l'expert⁽⁶³⁾. En revanche, si une partie soulève tardivement un moyen tiré de la nullité de forme affectant l'acte introductif d'instance ou un acte de procédure subséquent, l'autre partie est toujours recevable, et ceci jusqu'au dessaisissement du JME, pour invoquer l'irrecevabilité du moyen, soulevé après une défense au fond. Autrement dit, et de façon générale, « *si le moyen (...) de procédure peut être déclaré irrecevable pour avoir été soulevé tardivement par le défendeur, il n'est jamais trop tard pour le demandeur pour invoquer l'irrecevabilité d'un tel moyen.* »⁽⁶⁴⁾.

En l'absence de règle qui rationaliserait le contentieux des incidents susceptibles de mettre fin à l'instance et qui imposerait aux parties d'invoquer simultanément tous les moyens d'irrecevabilité de l'acte pour nullité de forme⁽⁶⁵⁾, ceux-ci peuvent parfaitement être présentés par des conclusions séparées, préalables à celles contenant des défenses au fond⁽⁶⁶⁾, même si dans la pratique, les mandataires des parties présentent l'ensemble des moyens d'irrecevabilité dans les mêmes conclusions que celles contenant des défenses au fond⁽⁶⁷⁾. La réaffirmation de la compétence exclusive du JME et du CME devrait toutefois conduire à l'abandon de cette pratique, en raison, d'une part, de l'irrecevabilité des exceptions et incidents rentrant dans le champ de l'article 212 et soulevés dans des conclusions comportant des moyens et des demandes au fond⁽⁶⁸⁾ et, d'autre part, de l'incompétence de la formation collégiale pour statuer sur des, moyens qui relevaient, au stade de l'instruction, de la compétence exclusive du JME ou du CME et qui avaient été régulièrement été soulevés devant eux⁽⁶⁹⁾.

En second lieu, il faut que la formalité méconnue ait causé un préjudice à la partie qui l'invoque. L'article 264 du NCPC poursuit, en effet, à son alinéa 2, qu'« *Aucune nullité pour vice de forme des exploits ou des actes de procédure ne pourra être prononcée que s'il est justifié que l'inobservation de la formalité, même substantielle, aura pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie adverse* ».

A cet égard, la jurisprudence constante considère que le grief doit être apprécié *in concreto*⁽⁷⁰⁾ en fonction des circonstances de la cause et la partie qui l'invoque doit en rapporter la preuve, sans pouvoir se prévaloir d'un préjudice purement théorique⁽⁷¹⁾ ou hypothétique⁽⁷²⁾. La

⁶³ Cass. civ. 2^{ème}, 23 mai 1977, Bull. civ. 1977, II, n° 381 ; Cass. civ. 2^{ème}, 5 janv. 1978, Gaz. Pal. 1978, 1, somm. p. 17.

⁶⁴ Th. HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, précité, p.642, n° 1142 et CA Lux., 14 mars 2012, n° 36006 du rôle, JTL 2013, n° 27, p. 76, BIJ 2/2014, page 36.

⁶⁵ En France, v. art. 113 du CPC : « Tous les moyens de nullité contre les actes de procédure déjà faits doivent être invoqués simultanément à peine d'irrecevabilité de ceux qui ne l'auraient pas été. ». En revanche, l'article 277 du NCPC impose aux parties d'invoquer « conjointement » les exceptions dilatoires, avant toute défense au fond. Sur ce point, v. Th. HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, précité, p. 533, n° 929.

⁶⁶ J. BAUCHARD, JCI. Proc. civ., Fasc. 137, précité, p. 30, n° 102.

⁶⁷ Il va de soi que la défense au fond doit apparaître bien après les exceptions, Cass. civ. 3^{ème}, 8 mars 1977, Bull. civ. 1977, III, n° 110 ; D. 1977, inf. rap. p. 389, obs. P. JULIEN ; Cass. soc., 10 mai 1978, JCP G 1978, IV, p. 211 ; Bull. civ. 1978, V, n° 346.

⁶⁸ Cass. civ. 2^{ème}, 12 mai 2016, pourvoi n° 14-25054 (1^{ère} esp.) et pourvoi n° 14-28086 (2^{ème} esp.).

⁶⁹ Cass. civ. 3^{ème} ch., 24 sept. 2014, n° 13-21524.

⁷⁰ Parmi de nombreux exemples, v. CA Lux., 14 mai 2008, Pas. 34, p. 498 ; Cass. Lux., 12 mai 2005, Pas. 33, p. 53.

⁷¹ Trib. arr. Lux., 14^{ème} ch., 13 nov. 2018, n°s 183329 et 183353.

⁷² Une éventuelle difficulté d'exécution de la décision à intervenir constitue un préjudice hypothétique que les juges du fond ne sauraient retenir, sans violer l'article 264 du NCPC, pour annuler un exploit introductif d'instance, Cass. Lux., 20 déc. 2013, n° 67/12, numéro 3093 du registre, Pas. 36, p. 187 ; CA Lux., 16 oct. 2014, Pas. 37, p. 183.

notion du grief ne comporte aucune restriction et peut consister en une entrave ou même une simple gêne, à condition que celle-ci soit réelle, à l'organisation de la défense de l'adversaire, le mettant ainsi dans l'impossibilité de préparer utilement sa défense, et ce même si cette impossibilité n'est pas absolue ⁽⁷³⁾. Ce préjudice est constitué chaque fois que l'irrégularité a pour conséquence de déranger le cours normal de la procédure ⁽⁷⁴⁾. En tout état de cause, l'appréciation de l'existence d'une atteinte aux intérêts de la partie qui soulève la violation d'une règle de forme relève du pouvoir souverain des juges du fond et échappe au contrôle de la Cour de cassation ⁽⁷⁵⁾, de sorte qu'il appartient exclusivement au JME et au CME de se prononcer sur l'existence du préjudice excipé.

Dans ce contexte, il est recommandé aux parties qui entendent invoquer l'irrégularité formelle de l'acte en ce qu'il désorganise leur défense, de s'abstenir de conclure de manière exhaustive quant au fond du litige dans le même jeu de conclusions ⁽⁷⁶⁾. A défaut, elles démontrent par leur prise de position détaillée que l'acte incriminé n'a pas autant entravé leur défense qu'elles le proclament. Cela vaut pour tous les moyens de nullité, de forme mais particulièrement pour celui tiré du libellé obscur de la demande.

Les nullités de fond

En ayant recours, sans autre précision à l'expression de « *nullités* », les auteurs du Projet de Loi 7307 ont souhaité que le JME et, par renvoi le CME, puissent également statuer sur les nullités de fond susceptible d'affecter la régularité de l'acte et d'entraîner l'irrecevabilité de la demande.

Ces nullités qui vont désormais relever du domaine de compétence exclusive du JME et du CME, visent la méconnaissance des règles procédurales fondamentales qui sont prévues par des textes, sans que les textes en question n'édicte explicitement la sanction de nullité en cas de non-respect des règles concernées ⁽⁷⁷⁾. Ces nullités dites de fond sont totalement soustraites au régime de l'article 264 du NCPC, de sorte que la partie qui les invoque n'a pas besoin ni d'établir l'existence d'un préjudice dans son chef résultant de la violation d'une règle jugée comme étant substantielle, ni de soulever le moyen de nullité afférent avant toute défense au fond.

Si la rédaction du Futur Article 212 du NCPC est sans incidence quant à l'absence de condition tenant à l'existence d'un préjudice pour pouvoir invoquer une nullité de fond, elle a, en revanche, suscité des interrogations sur le point de savoir si le moyen afférent peut toujours être invoqué en tout état de cause. Selon l'exposé des motifs, le Projet de Loi 7307 entend « *obliger les avocats à soulever ces moyens* (i.e. les moyens de défense) *immédiatement, dès*

⁷³ Cass. Lux., 20 mars 2003, Pas. 32, p. 365.

⁷⁴ CA Lux., 14 mai 2008, Pas. 34, p. 498 ; Cass. Lux., 12 mai 2005, Pas. 33, p. 53.

⁷⁵ Cass. Lux., 28 nov. 2011, n° 158/2019, numéro CAS-2018-00108 du registre.

⁷⁶ Ce conseil doit être nuancé dans le cadre de la mise en état simplifiée prévues aux futurs articles 222-1 et suivants du NCPC où les parties pourront, en principe, notifier uniquement deux corps de conclusions.

⁷⁷ Sur un effort de catégorisation des nullités, v. Th. HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, précité, p. 529, n°s 919 à 921.

leur révélation, devant le juge de la mise en état »⁽⁷⁸⁾, mais il ne contient aucune justification spécifique par rapport aux changements qu'induirait une telle réforme sur le régime juridique actuel des nullités et, plus généralement, des moyens d'irrecevabilité. Ce n'est qu'à la suite de l'opposition formelle du Conseil d'Etat⁽⁷⁹⁾ que les auteurs du Projet de Loi 7307 ont réalisé que le libellé qu'ils avaient initialement proposé « *semble plus large que celui de l'article 212 actuel et semble donc englober les nullités d'ordre public également* »⁽⁸⁰⁾.

Pour donner suite à cette opposition formelle, il fut donc ensuite proposé « *d'excepter les moyens d'ordre public de la règle instaurée par l'article 212, lettre a) alors qu'ils doivent pouvoir être soulevés à tout stade de la procédure* »⁽⁸¹⁾. Dès lors, les moyens relatifs à la violation de règles procédurales fondamentales sanctionnées par une nullité de fond et qui sont conçues comme des règles d'ordre public⁽⁸²⁾, continueront à pouvoir être soulevés « *à tout stade de la procédure de première instance. Il n'existe pas d'obligation de la soulever avant tout débat sur le fond. Certaines exceptions peuvent même être soulevées au stade de la procédure d'appel seulement* »⁽⁸³⁾.

Les parties pourront toujours soulever en tout état de cause des moyens d'ordre public. Au demeurant, le traitement procédural des nullités de fond ne saurait varier, selon que les parties s'opposent devant le JME ou devant un autre juge. Comment justifier que la violation d'une règle de procédure fondamentale puisse être soulevée en tout état de cause devant le juge de paix ou le tribunal d'arrondissement siégeant selon la procédure commerciale et que l'invocation de cette même règle méconnue soit enserrée dans des délais stricts – non autrement précisés d'ailleurs – devant le JME ou le CME ?

En définitive, il incombera à la jurisprudence de se prononcer sur le régime des nullités de fond devant le JME ou le CME. Quoi qu'il en soit, les moyens d'irrecevabilité y relatifs relèvent désormais de leur compétence exclusive, doivent être présentées avant leur dessaisissement⁽⁸⁴⁾ et, auquel cas, le JME ou le CME doit statuer sur ces moyens.

2. L'extension discutable de la compétence du JME et du CME quant aux autres moyens d'irrecevabilité

Aux vœux du Futur Article 212 du NCPC, la compétence exclusive du JME et du CME devrait s'étendre à tous les autres « *moyens d'irrecevabilité* ». Cette expression est toutefois loin de

⁷⁸ PL n° 7307-00, Exposé des motifs, p. 11. Le commentaire des articles n'est guère plus explicite et se borne à indiquer que « l'idée consiste à obliger les parties de soulever ces moyens devant le juge de la mise en état dès qu'ils en ont connaissance et d'exclure, sauf exception, toute possibilité d'invoquer ces moyens ultérieurement. », PL n° 7307-00, p. 22.

⁷⁹ PL n° 7307-04, Avis du Conseil d'Etat du 26 mars 2019, p. 4.

⁸⁰ PL n° 7307-05, Amendements gouvernementaux du 13 janvier 2020, p. 7.

⁸¹ PL n° 7307-05, Amendements gouvernementaux du 13 janvier 2020, p. 7.

⁸² V., par exemple, CA Lux., 22 oct. 2014, n° 41303 utilisant l'expression de « règle de fond d'ordre public afférente à l'organisation judiciaire ».

⁸³ Th. HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, précité, p. 566, n° 995.

⁸⁴ Pour une demande en nullité de l'assignation pour défaut de constitution d'avocat (considérée en France comme une exception de procédure), qui a été jugée irrecevable pour ne pas avoir été présentée au JME avant son dessaisissement postérieur à l'entrée en vigueur du décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005, modifiant l'article 771 du CPC, Cass. civ. 2^{ème}, 10 nov. 2010, n° 08-18.809, 2020, JurisData n° 2010-020800.

constituer une catégorie juridique homogène, puisqu'elle recouvre une très grande variété de moyens susceptibles de mettre fin à l'instance, lesquels ne sont pas soumis à un seul et même régime juridique et dont certains ne devraient pas relever du Futur Article 212 du NCPC.

La diversité des autres moyens d'irrecevabilité

Si tous les « *moyens d'irrecevabilité* » sont susceptibles de conduire à la fin de l'instance sans examen de tout autre moyen ni de la demande au fond⁽⁸⁵⁾, ils sont cependant très variés et obéissent à des régimes juridiques différents. Il ne s'agit pas ici d'en dresser une liste exhaustive ni de préciser les conditions de leur mise en œuvre et les effets y attachés, alors que cet exercice périlleux et méritoire a déjà été accompli⁽⁸⁶⁾.

Certains moyens d'irrecevabilité peuvent parfois s'analyser dans un premier temps comme des exceptions dilatoires. Il en va ainsi du non-respect du défaut profit-joint⁽⁸⁷⁾, du non-respect du délai de huit jours, à compter du prononcé d'une décision qui n'est pas exécutoire par provision, pour interjeter appel d'une décision⁽⁸⁸⁾ ou encore de l'absence d'autorisation préalable donnée au représentant de certaines personnes morales⁽⁸⁹⁾. Ce n'est qu'à défaut de régularisation par la partie à laquelle le moyen est opposé, que le juge prononcera l'irrecevabilité de la demande afférente⁽⁹⁰⁾.

D'autres moyens d'irrecevabilité de la demande ne peuvent en revanche pas faire l'objet de régularisation. Tel est le cas, par exemple, des actions attitrées où le fond du droit peut compéter à une personne ayant un intérêt personnel et direct, mais où la loi confie à une autre personne le droit d'agir en justice⁽⁹¹⁾. Toute autre personne qui n'est pas désignée par la loi comme titulaire de l'action est irrecevable dans son action⁽⁹²⁾. Inversement, une action introduite contre une personne ou entité qui n'a pas ou plus le pouvoir d'agir pour le compte d'une autre personne est irrecevable. Il en va de même lorsque l'action est introduite par ou

⁸⁵ Th. HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, précité, p. 506, n° 865.

⁸⁶ Th. HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, précité, p. 521 et s.

⁸⁷ En présence du refus de l'appelant de procéder à la réassignation des parties intimées défailtantes non assignées à personne, l'appel est irrecevable, Cass. Lux., 11 juin 2015, n° 50/15, numéro 3496 du registre, JurisNews Procédure, Ed. Promoculture-Larcier, vol. 3, n° 3/2015, p. 55.

⁸⁸ V. art. 576 du NCPC qui permet néanmoins de réitérer l'appel, s'il est encore dans le délai. V. Th. HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, précité, p. 565, n° 993.

⁸⁹ Le syndicat des copropriétaires d'un immeuble doit donner au syndic une autorisation d'agir en justice (article 14 de la loi du 16 mai 1975 portant statut de la copropriété des immeubles bâtis) et le collège échevinal doit autoriser le conseil communal (article 83 de la loi communale du 13 décembre 1988). Le défaut d'autorisation préalable entraîne l'irrecevabilité de la demande (CA Lux., 7 nov. 2007, n° 31657) mais cette irrégularité peut être redressée en cours d'instance, CA Lux., 18 mai 1987, Pas. 27, p.108. V. aussi Th. HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, précité, p. 578, n° 1015.

⁹⁰ Le Futur Article 212 du NCPC prévoit qu'« après présentation d'un tel moyen, chacune des parties à l'instance prend position deux fois au plus sur ce moyen, la présentation du moyen valant conclusions, avant que le juge de la mise en état ne statue ». Il est donc vivement recommandé aux plaideurs de régulariser leur procédure avant la notification de leurs conclusions en réponse et avant que le JME ou le CME ne statue.

⁹¹ A ce sujet, v. D. GRASSO, Les conditions de l'action des sociétés commerciales, Revue des Procédures, Legitech 2020, n° 1, pp. 57-70.

⁹² Th. HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, précité, p. 574, n° 1006.

contre l'Etat, lorsque la loi attribue spécialement pouvoir à une administration ou un service pour agir en justice ou pour y défendre⁽⁹³⁾.

Ces moyens susceptibles d'entraîner l'irrecevabilité *stricto sensu* de la demande constituent des fins de non-recevoir. Ces dernières ne sont étonnamment pas définies en droit luxembourgeois⁽⁹⁴⁾, bien que l'article 579 du NCPC y fasse référence pour déterminer si les parties peuvent ou non interjeter appel d'un jugement intermédiaire. A défaut de définition légale, la doctrine enseigne que les fins de non-recevoir sont des « *moyens de défense qui s'attaquent aux conditions d'existence de l'action et mettent en cause le droit d'agir du demandeur. Elles tendent à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande – sans examen au fond – pour défaut du droit d'agir* »⁽⁹⁵⁾. L'admission d'une fin de non-recevoir entraîne donc l'irrecevabilité de la demande⁽⁹⁶⁾.

Formant un « *barrage à toute discussion sur le fond du litige* »⁽⁹⁷⁾, les fins de non-recevoir ont toutes pour point commun d'échapper au régime de l'article 264, alinéa 2, du NCPC⁽⁹⁸⁾ et ainsi de pouvoir « *être accueillies indépendamment de tout grief causé à celui qui les invoque* »⁽⁹⁹⁾.

Des disparités commencent à apparaître quand il s'agit, par exemple, de déterminer le moment où elles peuvent être soulevées. La plupart des fins de non-recevoir peuvent être invoquées en tout état de cause⁽¹⁰⁰⁾, même pour la première fois en instance d'appel⁽¹⁰¹⁾. En revanche, la fin de non-recevoir tirée du défaut d'immatriculation au Registre de Commerce et des Sociétés doit être soulevée *in limine litis*⁽¹⁰²⁾.

⁹³ Th. HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, précité, p. 579, n° 1015. V. aussi de ce même auteur, Les instances dirigées contre l'Administration de l'Enregistrement des Domaines et de la TVA : chronique d'un désastre judiciaire, Revue des Procédures, Legitech 2020, n° 1, pp.44-56.

⁹⁴ Selon l'article 122 du CPC français, une fin de non-recevoir est « tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond ».

⁹⁵ Th. HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, précité, p. 565, n° 994. V. aussi CA Lux., 7 févr. 2007, Pas. 33, p. 512.

⁹⁶ La doctrine souligne depuis longtemps déjà que les « fins de non-recevoir éteignent l'action d'une manière définitive », H. SOLUS, R. PERROT, Droit judiciaire privé, tome I, Sirey, 1961, n° 314. V. aussi Th. HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, précité, p. 565, n° 994.

⁹⁷ Th. HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, précité, p. 565, n° 994.

⁹⁸ L'article 264 du NCPC n'est applicable qu'aux nullités de procédure proprement dites, CA Lux., 11 janv. 1907, Pas. 7, p. 226. De façon générale, la jurisprudence décide que le champ d'application de cet article exclut, outre les nullités de fond, les autres irrecevabilités et les fins de non-recevoir, CA Lux., 22 sept. 1975, Pas. 23, p. 169 ; CA Lux., 6 juin 1977, Pas. 24, p. 15.

⁹⁹ X. MARCHAND, JCl. Proc. civ. 2008, Fasc. 222, précité p. 20, n° 64. En droit luxembourgeois, il a été jugé que le défaut de qualité ne saurait être couvert par l'absence de grief dans le chef de la partie défenderesse dès lors qu'il ne s'agit pas d'un simple vice de forme susceptible de tomber sous les dispositions de l'article 264, mais d'une irrégularité de fond, CA Lux., 3^{ème} ch., 9 janv. 2014, n° 39646, BIJ 2015/09, p. 172 LexNow 21339.

¹⁰⁰ X. MARCHAND, JCl. Proc. civ. 2008, Fasc. 222, précité p. 20, n° 64. En droit luxembourgeois, v. déjà CA Lux., 25 mars 1904, Pas. 6, p. 505 précisant que l'exception tirée du défaut de qualité n'a pas à être soulevée *in limine litis*. V. encore CA Lux., 3^{ème} ch., 11 oct. 2018, n° 45133, LexNow 27696 jugeant que le moyen tiré du caractère nouveau de la demande en instance d'appel constitue non pas une exception de procédure devant être présentée avant toute défense au fond, mais une fin de non-recevoir susceptible d'être soulevée en tout état de cause.

¹⁰¹ L'exception tirée du défaut d'intérêt d'agir en justice peut être proposée pour la première fois en instance d'appel, CA Lux., 19 oct. 1977, Pas. 24, p. 46 ; CA Lux., 8 mars 1978, Pas. 24, p. 95, précisant en outre que cette fin de non-recevoir peut être opposée après la présentation d'exceptions et de moyens de défense au fond.

¹⁰² L'irrecevabilité prévue à l'article 22 (1) de la loi modifiée du 19 décembre 2002 sur le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises constitue une fin de non-recevoir de l'action (ci-après la « Loi modifiée de 2002 ». Mais le moyen tiré du défaut d'immatriculation en violation l'article 22 est irrecevable, s'il n'est pas soulevé *in limine litis*,

De la même façon se pose la question de savoir si le juge peut ou non soulever d'office une fin de non-recevoir. Une réponse affirmative semblerait pouvoir être donnée ⁽¹⁰³⁾, comme c'est le cas s'agissant de la tardiveté d'un acte d'appel ⁽¹⁰⁴⁾, ce moyen étant d'ordre public. Il a cependant été jugé qu'il n'est pas permis au juge de soulever d'office la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée, considérée comme un moyen d'ordre privé ⁽¹⁰⁵⁾. Il en va de même de l'irrecevabilité des demandes nouvelles en instance d'appel qui constitue un moyen d'ordre privé ⁽¹⁰⁶⁾. Au demeurant, cette solution semble majoritairement s'appliquer aux fins de non-recevoir.

En somme, si les moyens d'irrecevabilité de la demande tirés de fins de non-recevoir « conduisent tous, dans la mesure où le juge en constate la matérialité, au rejet des prétentions formées par le demandeur, principal ou reconventionnel, et par suite peuvent conduire à constater la fin de l'instance » ⁽¹⁰⁷⁾, ils ne peuvent se prévaloir d'un régime juridique commun. De façon générale, en recourant au concept non autrement précisé dans le Projet de Loi 7307 de « moyens d'irrecevabilité », le Futur Article 212 du NCPC entend donc donner compétence exclusive du JME et du CME pour statuer indistinctement sur des moyens dont les régimes juridiques sont fort variés.

Cette solution n'est cependant pas satisfaisante à plusieurs égards. Tout d'abord, l'attribution au JME et au CME d'une compétence exclusive pour statuer sur les moyens d'irrecevabilité, sans aucune restriction quant à la nature des moyens concernés, a pour effet de remettre entre les mains d'un juge unique des problématiques fondamentales, comme celles, par exemple, de la qualité à agir ou de l'autorité de chose jugée ⁽¹⁰⁸⁾. Ensuite, et s'agissant plus particulièrement des fins de non-recevoir, leur admissibilité implique parfois un examen du fond du droit, quand il s'agit par exemple d'apprécier le caractère prescrit d'une demande ou le point de savoir si

avant toute autre exception ou défense au fond, CA Lux., 9^{ème} ch., 6 avr. 2006, n° 29140, BIJ 07/2006, p. 183, note Th. HOSCHEIT, BIJ 07/2006, p. 184, LexNow 20884 ; Trib. arr. Lux., 15^{ème} ch., 23 déc. 2015, n° 145724 et 14572. Sur l'admission de la fin de non-recevoir du défaut d'inscription entraînant l'irrecevabilité de la demande, v. Th. HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, précité, p. 604, n° 1060 et s.

¹⁰³ X. MARCHAND, JCl. Proc. civ. 2008, Fasc. 222, précité p. 20, n° 64. En droit luxembourgeois, il a été jugé que le défaut de qualité ne saurait être couvert par l'absence de grief dans le chef de la partie défenderesse dès lors qu'il ne s'agit pas d'un simple vice de forme susceptible de tomber sous les dispositions de l'article 264, mais d'une irrégularité de fond, CA Lux., 3^{ème} ch., 9 janv. 2014, n° 39646, BIJ 2015/09, p. 172 LexNow 21339.

¹⁰⁴ La jurisprudence emprunte majoritairement la notion d'irrecevabilité, plutôt que celle de forclusion. V., parmi de nombreux exemples, Cass. Lux., 24 mars 2016, n° 32/16, numéro 3628 du registre. Récemment, la Cour de cassation a jugé que le demandeur en cassation était « déchu de son pourvoi ». En ce sens, v. Cass. Lux., 19 mars 2020, n° 50/2020, numéro CAS-2019-00065 du registre et Cass. Lux., 7 mai 2020, n° 64/2020, numéro CAS-2019-00056 du registre. Quoi qu'il en soit, la fin de non-recevoir tirée de la tardiveté de l'appel interjeté après les délais prévus au Nouveau Code de Procédure civile est d'ordre public, s'agissant d'une déchéance absolue prononcée par la loi dans un intérêt d'ordre général en vue de mettre fin aux procès, de sorte qu'elle peut et doit même être soulevée d'office par le juge d'appel, CA Lux., 16 mars 1993, Pas. 29, p. 93 ; CA Lux., 9 mars 1993, Pas. 29, p. 89 ; CA Lux., 3 juin 1964, Pas. 19, p. 312.

¹⁰⁵ CA Lux., 13 janv. 2010, Pas. 35, p. 63.

¹⁰⁶ CA Lux., 4^{ème} ch., 15 juin 2016, n° 36177, justice.public.lu ; Trib. arr. Lux., 15 oct. 2019, n° TAL-2018-05467 (1^{ère} esp.), justice.public.lu et n° TAL-2018-05576 (2^{ème} esp.).

¹⁰⁷ X. MARCHAND, JCl. Proc. civ. 2008, Fasc. 222, précité p. 20, n° 64.

¹⁰⁸ L'article 789 du CPC, dans sa rédaction issue du décret n°2019-1333 du 11 déc. 2019, prend la mesure de cette situation à propos des fins de non-recevoir qui, auparavant, étaient exclues du domaine de compétence exclusive du JME, v. Cass., avis, 13 nov. 2006, JurisData n° 2006-035868 ; JCP G, II, 10027, obs. SALATI ; PERROT, RTD civ. 2007, p. 177 ; Bull. civ. 2006, avis, n° 10 ; JCP G 2007, II, 10027.

une action cumule le possessoire et le pétitoire. Dès lors, il semble inapproprié de permettre au JME ou CME de statuer sur des moyens qui devraient relever de la formation collégiale. A cet égard, le législateur français vient d'essayer de remédier à cette problématique, en prévoyant au nouvel article 789 du CPC que « *Lorsque la fin de non-recevoir nécessite que soit tranchée au préalable une question de fond, le juge de la mise en état statue sur cette question de fond et sur cette fin de non-recevoir. 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.* »

Cette dernière solution n'ayant pas encore été éprouvée et n'étant pas exempte de complications, il pourrait être suggéré au législateur luxembourgeois, alors que le Projet de Loi 7307 n'est pas encore définitivement adopté à l'heure où sont écrites ces lignes, de retirer les fins de non-recevoir du paragraphe a) du Futur Article 212 du NCPC et de prévoir que le JME et, par renvoi le CME, a compétence exclusive pour « *statuer sur les moyens d'incompétence, de nullité et les exceptions dilatoires ; à l'exception des moyens d'ordre public, les parties sont tenues de soulever ces moyens dès leurs premières conclusions ou dès leur révélation s'ils devaient se révéler postérieurement à leurs premières conclusions. Après présentation d'un tel moyen, chacune des parties à l'instance prend position deux fois au plus sur ce moyen, la présentation du moyen valant conclusions, avant que le juge de la mise en état ne statue* ». A défaut, le Futur Article 212 du NCPC va engendrer un contentieux important, contrairement à ce qu'espéraient les auteurs du Projet de Loi 7307 quand ils énonçaient, avec bien peu de clairvoyance, qu'« *en énumérant les différents moyens pour lesquels le juge de la mise en état sera seul compétent, toute ambiguïté par rapport à ce concept est écartée.* »⁽¹⁰⁹⁾. Le recours à la notion générale de « *moyens d'irrecevabilité* » risque d'entraîner l'effet inverse⁽¹¹⁰⁾, notamment dans les hypothèses où l'admission d'une fin de non-recevoir requiert une analyse au fond.

B. L'AFFERMISSEMENT DE LA COMPÉTENCE EXCLUSIVE DU JME ET DU CME

Dans leur exposé des motifs, les auteurs du Projet de Loi 7307 relèvent qu'« *il arrive souvent que ces moyens (i.e. les moyens de défense que les parties font valoir sur base de l'article 212 du NCPC) qui tiennent notamment à la recevabilité de l'action introduite par la partie demanderesse respectivement la compétence du tribunal, soient soulevés tardivement. Ceci a comme conséquence de retarder de manière conséquente les jugements à intervenir dans ces dossiers. Il arrive également que des échanges de conclusions portant exclusivement sur la recevabilité de la procédure gonflent inutilement les dossiers concernés, surtout lorsqu'il s'agit a priori d'affaires simples. Cette pratique a comme effet de causer d'importants frais aux parties et d'alourdir la tâche des juges.* »⁽¹¹¹⁾. Pour remédier à ces « *différents problèmes (...) au niveau de l'usage des moyens de défense* »⁽¹¹²⁾ qui sont au moins autant imputables aux avocats qui les soulèvent qu'au JME et au CME qui

¹⁰⁹ PL n° 7307-00, Exposé des motifs, p. 11.

¹¹⁰ PL n° 7307-08, Avis du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, p. 21, sous article 1^{er}, point 10.

¹¹¹ PL n° 7307-00, Exposé des motifs, p. 11.

¹¹² PL n° 7307-00, Exposé des motifs, p. 11.

s'abstiennent de statuer sur ceux relevant de leur compétence exclusive, deux pistes sont envisagées, à savoir l'encadrement des échanges entre les parties (1) et le renforcement du rôle du juge dans l'instruction de l'affaire (2).

1. L'encadrement des échanges des parties devant le JME ou le CME

Afin d'éviter de « *rallonger inutilement la procédure* »⁽¹¹³⁾, le Futur Article 212 du NCPC entend tout d'abord « *obliger les avocats à soulever ces moyens (i.e. de défense) immédiatement, dès leur révélation, devant le juge de la mise en état.* »⁽¹¹⁴⁾. Cette obligation ne devrait toutefois concerner que les nullités de forme, certaines fins de non-recevoir et certains déclinatoires de compétence qui, en vertu de textes légaux⁽¹¹⁵⁾ ou de solutions jurisprudentielles, doivent être soulevés, à peine d'irrecevabilité, avant toute défense au fond quant à l'acte de procédure considéré. Mais cette obligation reste lettre-morte devant le JME ou le CME, faute pour ceux-ci de statuer sur les exceptions dilatoires et les nullités pour vice de forme, qui pourraient pourtant conduire à ce que l'affaire soit suspendue ou qu'il y soit mis fin. A défaut, le volume des dossiers augmente inutilement avant d'être renvoyé devant la formation collégiale.

En revanche, l'obligation faite aux parties de soulever leurs moyens de défense après leur survenance ou leur révélation devrait continuer à ne pas s'appliquer à l'ensemble des moyens de compétence, ni aux fins de non-recevoir ni, plus largement, aux moyens d'irrecevabilité dont il est admis qu'ils peuvent être invoqués en tout état de cause ou, plus rarement, qui constituent des moyens d'ordre public.

Un autre mécanisme pour éviter le rallongement inutile de la procédure est la limitation des échanges de conclusions sur les moyens de compétence et de recevabilité. Comme l'indiquent les auteurs du Projet de Loi 7307, le but poursuivi est de « *limiter la prise de position de chaque partie* »⁽¹¹⁶⁾. Ainsi, le Futur Article 212 du NCPC prévoit-il qu'« *Après présentation d'un tel moyen, chacune des parties à l'instance prend position deux fois au plus sur ce moyen, la présentation du moyen valant conclusions* ». Cette limitation des échanges a toutefois fait l'objet d'un amendement gouvernemental à la suite d'une proposition du Conseil de l'Ordre⁽¹¹⁷⁾ et avec l'assentiment du Conseil d'Etat⁽¹¹⁸⁾, afin de permettre, dans l'intérêt de l'instruction de l'affaire, la production de conclusions supplémentaires sur tel ou tel moyen. Il est désormais prévu au dernier alinéa du Futur Article 212 du NCPC que « *le juge de la mise en état peut, dans l'intérêt de l'instruction de l'affaire, ordonner d'office ou sur demande motivée d'une des parties, la production de conclusions supplémentaires sur les moyens qu'il précise. Dans ce cas, il fixe dans son ordonnance les délais respectifs impartis à chaque partie. Cette ordonnance motivée n'est pas susceptible de recours.* »

¹¹³ PL n° 7307-00, Exposé des motifs, p. 11.

¹¹⁴ PL n° 7307-00, Exposé des motifs, p. 11.

¹¹⁵ V. art. 264, alinéa 1^{er}, pour les nullités de forme et l'art. 22 (1), alinéa 3 de la Loi modifiée de 2002 pour la fin de non-recevoir de l'action ne rentrant pas dans l'objet social.

¹¹⁶ PL n° 7307-00, Exposé des motifs, p. 11.

¹¹⁷ PL n° 7307-01, Avis du Conseil de l'Ordre du 25 juill. 2018, p. 9.

¹¹⁸ PL n° 7307-04, Avis du Conseil d'Etat du 26 mars 2019, p. 5.

Partant, les parties ne pourront, en principe, conclure que deux fois seulement sur les moyens d'irrecevabilité qu'elles entendent soulever, ce qui devrait éviter tout gonflement inutile du dossier. Toutefois, l'obligation faite aux parties de prendre position immédiatement et deux fois seulement sur moyens visés au Futur Article 212 du NCPC nécessite le contrôle du JME ou du CME au cours de l'instruction, sous peine d'être dépourvue de toute utilité sur le rallongement stérile de la procédure.

2. L'implication du JME ou du CME dans les échanges des parties

Pour remédier à l'augmentation superflue du volume des dossiers, le Futur Article 212 du NCPC entend aussi, comme évoqué précédemment, ajouter dans le champ de compétence du JME et du CME les moyens de compétence et d'irrecevabilité, entendus largement, pour lesquels « *le magistrat chargé de la mise en état obtient la compétence exclusive pour connaître de ces moyens de défense et pour statuer sur leur bien-fondé.* »⁽¹¹⁹⁾. Justifiée par le souci « *de renforcer la sécurité juridique et écarter toute ambiguïté à ce sujet* »⁽¹²⁰⁾, l'extension du domaine de compétence exclusive du JME et du CME devrait leur permettre de « *prendre, de manière efficace et rapide, une décision sur la recevabilité de l'action en justice* »⁽¹²¹⁾.

Un second mécanisme pour remédier à l'alourdissement des dossiers consiste à imposer au JME ou au CME l'obligation de rendre immédiatement une ordonnance après que chaque partie a pris position sur les moyens d'incompétence ou d'irrecevabilité soulevés par l'une d'entre elles. En effet, le Futur Article 212 du NCPC prévoit un échange de conclusions sur les moyens considérés « *avant que le juge de la mise en état ne statue* ». Dès lors, le JME et le CME devront rendre une ordonnance sur les moyens soulevés par les parties, sans s'en remettre à la décision de la formation collégiale. Échaudés par l'attitude passive du JME et du CME dans l'instruction des affaires, les auteurs du Projet de Loi 7307 ont ainsi érigé la compétence exclusive qui leur était dévolue en une véritable obligation de statuer.

Par ailleurs, le Projet de Loi 7307 maintient la possibilité pour le JME et le CME de soulever d'office des moyens d'irrecevabilité. En vertu de l'article 205 du NCPC, qui demeure inchangé, « *Le juge de la mise en état peut inviter les avocats à répondre aux moyens sur lesquels ils n'auraient pas conclu.* ». Le JME et le CME disposent donc des outils procéduraux pour encadrer et guider les échanges entre parties. Toutefois, leur intervention ne doit pas excéder l'invocation des moyens d'ordre public que les parties auraient omis de soulever et que le juge serait tenu de soulever d'office. Selon une jurisprudence désormais bien établie rendue sur base de l'article 65 du NCPC consacrant le principe du contradictoire, le juge ne saurait toiser des moyens d'office sans avoir préalablement invité les parties à prendre position sur les moyens considérés. Cette obligation s'impose évidemment au JME et au CME à l'égard des moyens qui relèvent de leur compétence exclusive, dont ceux d'irrecevabilité. Mais elle s'étend aussi, au titre de leur mission d'encadrement des échanges entre parties et de surveillance de la bonne et prompt instruction de l'affaire, aux moyens dont la connaissance appartient à la

¹¹⁹ PL n° 7307-00, Exposé des motifs, p. 11.

¹²⁰ PL n° 7307-00, Exposé des motifs, p. 11.

¹²¹ PL n° 7307-00, Exposé des motifs, p. 11. L'on pourra constater que les auteurs du Projet de Loi 7307 ne mentionnent pas la compétence de la juridiction saisie, moyen qui relèvera pourtant de la compétence du JME. C'est à se demander si les ambiguïtés sur les concepts ne sont pas plutôt entretenues par le ministère de la Justice, plutôt que par la doctrine.

composition collégiale. En effet, l'affaire doit être en état d'être jugée quand le JME ou le CME la renvoie à la formation de jugement, de sorte que les révocations des ordonnances de clôture après prise en délibéré aux fins de permettre aux parties de se positionner sur certains moyens qu'elles auraient négligés, devraient intervenir un peu plus rarement.

Quoi qu'il en soit, la réduction des longs échanges entre parties ne pourra intervenir qu'à la condition d'un plus grand investissement du JME et du CME dans la supervision de l'instruction des affaires.

II. L'EFFICACITE DES ORDONNANCES DU JME STATUANT SUR DES MOYENS DE RECEVABILITE

Aux termes de l'article 216 du NCPC, « *Les ordonnances du juge de la mise en état n'ont pas, au principal, l'autorité de la chose jugée, sous réserve des ordonnances rendues conformément aux articles 210, 212 a) et 213* ». Dès lors, les ordonnances du JME statuant sur des moyens d'irrecevabilité visés par le paragraphe a) du Futur Article 212 du NCPC ont, par exception à la règle générale, l'autorité de chose jugée⁽¹²²⁾.

Cette disposition doit être lue en combinaison avec l'article 217 du NCPC qui décline, pour les ordonnances du JME, la distinction traditionnelle des articles 579 et 580 du même code sur le caractère non appellable des jugements intermédiaires indépendamment des jugements sur le fond, sauf lorsqu'ils mettent fin à l'instance. C'est ainsi que « *Les ordonnances du juge de la mise en état (...) ne peuvent être frappées d'appel ou de pourvoi en cassation qu'avec le jugement sur le fond. Toutefois elles sont susceptibles d'appel lorsqu'elles ont pour effet de mettre fin à l'instance ou lorsqu'elles constatent son extinction.* »

De la combinaison des articles 216 et 217 du NCPC, il résulte un système dual, s'agissant des ordonnances statuant sur des moyens de recevabilité : soit le JME ou le CME rejette le moyen d'irrecevabilité et alors sa décision qui a l'autorité de chose jugée s'impose à la formation collégiale et ne peut faire l'objet d'un recours qu'avec le jugement sur le fond (A) ; soit le JME ou le CME fait droit au moyen d'irrecevabilité et alors son ordonnance qui a également l'autorité de chose jugée, met fin à l'instance et peut faire l'objet d'un recours immédiat (B).

A. L'AUTORITE DE CHOSE JUGEE DEVANT LA FORMATION COLLEGIALE DES ORDONNANCES DU JME ET DU CME REJETANT UN MOYEN D'IRRECEVABILITE

Les ordonnances du JME statuant sur un moyen d'irrecevabilité ont, en vertu de l'article 216 du NCPC, l'autorité de chose jugée. Lorsque de telles ordonnances refusent de faire droit à un moyen d'irrecevabilité soulevé par une partie, elles ne mettent pas fin à l'instance et, en vertu de l'article 217, alinéa 2, du même code, elles ne peuvent pas faire l'objet d'un recours immédiat⁽¹²³⁾. Les

¹²² En revanche, les décisions du JME relatives aux mesures d'instruction, prises sur base de l'article 212, paragraphe b) du NCPC, n'ont pas l'autorité de chose jugée et ne lient donc pas la formation collégiale appelée à statuer sur le fond, Cass. civ. 2^{ème}, 27 mai 1983, RTD civ. 1983, 790, obs. PERROT. V. Aussi Ph. GERBAY, V. PARENTY BAUT et Y. DESDEVISES, Appel – Jugements susceptibles ou non d'appel, JCl. Proc. civ. 2007, Fasc. 712, p 17, n° 52.

¹²³ L'article 217, alinéa 2, du NCPC mentionne, au titre des voies de recours contre les ordonnances du JME, l'appel et le pourvoi en cassation. Cette seconde hypothèse d'un pourvoi en cassation ne concerne, selon nous, que les cas où le tribunal d'arrondissement est saisi, en appel, d'un jugement du juge de paix siégeant en matière civile.

éventuels griefs à l'encontre de l'ordonnance du JME qui n'a pas accueilli le moyen d'irrecevabilité devront donc être formulés en appel ou en cassation, soit à titre principal, soit à titre incident ⁽¹²⁴⁾, en même temps que le jugement ou l'arrêt statuant sur le fond du litige ⁽¹²⁵⁾. La Cour d'appel de Luxembourg a ainsi jugé qu'« *une ordonnance du juge de la mise en état refusant de faire droit au moyen tiré du libellé obscur n'est pas immédiatement appellable et doit faire l'objet d'un appel en même temps que le jugement sur le fond. Si un appel est dirigé seulement contre le jugement sur le fond qui ne revient pas sur l'exception tranchée par le juge de la mise en état, la Cour d'appel n'est pas saisie des moyens relatifs à cette exception et l'appel est irrecevable* » ⁽¹²⁶⁾.

Il en va de même, en application de l'article 599, alinéa 1^{er}, du NCPC qui renvoie aux articles 216 et 217 du même code, des ordonnances du CME lorsqu'elles ne font pas droit à un moyen d'irrecevabilité soulevé en instance d'appel. Ainsi, lorsque le CME déclare l'appel recevable, son ordonnance n'est pas susceptible de recours immédiat, puisqu'elle ne met pas fin à l'instance ⁽¹²⁷⁾.

1. La question des moyens d'irrecevabilité devant la formation collégiale

Les moyens d'irrecevabilité qui n'ont pas été accueillis par le JME n'ont pas mis fin à l'instance, de sorte que la composition collégiale qui demeure saisie du litige pourrait théoriquement en connaître. Néanmoins, le JME ayant reçu pour « *mission d'éliminer définitivement tous les incidents susceptibles de mettre fin à l'instance et les exceptions de procédure, afin que la formation collégiale puisse se concentrer sur le fond de l'affaire, il était donc logique que les décisions du conseiller de la mise en état sur ces questions aient autorité de la chose jugée* » ⁽¹²⁸⁾. Évidemment, cette analyse vaut aussi pour les ordonnances du CME. Or, cette autorité de chose jugée qui s'attache à leurs ordonnances rejetant un moyen d'irrecevabilité ⁽¹²⁹⁾ fait obstacle à ce que celui-ci soit réitéré devant la formation collégiale. Comme l'écrit la doctrine à propos de telles ordonnances du CME, « *ceci met fin à la question de savoir si la cour d'appel, saisie ultérieurement de cette question, peut revenir sur la décision !* » ⁽¹³⁰⁾. Autrement dit, lorsque la formation de jugement aborde le litige pour statuer au fond, elle est tenue par la décision du magistrat instructeur sur les moyens d'irrecevabilité ⁽¹³¹⁾. Ainsi, dans un arrêt du 10 juillet 2002, la Cour d'appel de Luxembourg a jugé que, conformément aux articles 212 a), 216, 599 et 600 du NCPC, l'ordonnance du CME statuant sur les nullités de forme a autorité de

¹²⁴ Art. 217, al. 2, du NCPC.

¹²⁵ Le caractère non-immédiatement appellable des ordonnances du JME qui rejettent une exception semble avoir été récemment remis en cause en France, v. C. CHAINAIS, Fr. FERRAND, S. GUINCHARD et L. MAYER, Précis Dalloz de procédure civile, 2018, 34^{ème} éd., n° 1646, p. 1165. Au demeurant, l'article 795, 2° du CPC s'applique aux ordonnances qui « statuent sur une exception de procédure ou une fin de non-recevoir », alors que l'article 217, alinéa 3, du NCPC est plus restrictif et ne s'applique qu'aux ordonnances qui font droit à une exception ou à un incident en mettant fin à l'instance ou en constatant son extinction.

¹²⁶ CA Lux., 4^{ème} ch., 29 avr. 2009, n° 32166 du rôle, LexNow 13821.

¹²⁷ Cass., avis, 2 avr. 2007, D. 2007, p. 1207, obs. V. AVENA-ROBARDET.

¹²⁸ X. MARCHAND, JCl. Proc. civ. 2008, Fasc. 222, précité, p. 24, n° 77 et 78.

¹²⁹ Art. 212 et 216 du NCPC combinés.

¹³⁰ N. FRICÉRO, JCl. Proc. civ. 2011, Fasc. 721, précité, p. 21, n° 63.

¹³¹ En dehors de celles rendues sur base des articles 210 et 213 du NCPC qui sont également revêtues de l'autorité de chose jugée en vertu de l'article 212 du même code, les ordonnances du JME ont un caractère provisoire. Cela signifie que, pour de telles ordonnances, les points litigieux qu'il a tranchés peuvent être à nouveau soumis au tribunal en sa formation collégiale, celui-ci pouvant parfaitement prendre alors une décision sur le fond différente de celle du JME.

chose jugée au principal, de sorte qu'il n'y a pas lieu de rechercher si le moyen de nullité des actes d'appel a été repris devant la cour (¹³²).

De même, lorsque le CME a débouté une partie de son moyen d'irrecevabilité, son ordonnance ne met pas fin à l'instance et n'est, par application de l'article 602, alinéa 1^{er}, du NCPC, pas susceptible de recours indépendamment de l'arrêt sur le fond. En ce cas, la Cour d'appel, pas plus que le CME, ne peut revenir sur ce débouté. Il a ainsi été jugé que viole l'article 916 du CPC, correspondant à l'article 602 du NCPC, l'arrêt qui confirme l'ordonnance d'un CME déclarant irrecevable l'appel d'un jugement, alors qu'une ordonnance antérieure de ce CME, qui avait admis la recevabilité de l'appel, ne pouvait être remise en question indépendamment du débat sur le fond dont la Cour d'appel n'était pas saisie (¹³³).

Si les parties ne sont plus recevables à soulever à nouveau devant la formation de jugement les moyens d'irrecevabilité qui ont été rejetés par le JME ou par le CME, cette dernière a toujours la possibilité de révoquer l'ordonnance de clôture et d'inviter les parties à prendre position par écrit sur un moyen de recevabilité revêtant un caractère d'ordre public (¹³⁴) et découvert lors des débats ou après la prise en délibéré, après avoir échappé au JME ou au CME pendant l'instruction de l'affaire.

2. La question du procès équitable devant la formation collégiale

Dans un arrêt du 6 novembre 1998, l'assemblée plénière de la Cour de cassation française rappelant qu'aux termes de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial* » et estimant « *que cette exigence doit s'apprécier objectivement* », a considéré « *que la circonstance qu'un magistrat statue sur le fond d'une affaire dans laquelle il a pris préalablement une mesure conservatoire n'implique pas une atteinte à l'exigence d'impartialité appréciée objectivement* » (¹³⁵). Cette solution relative à un cas d'ouverture de l'article 789 du CPC français qui ne se retrouve pas en droit luxembourgeois, peut sans aucun doute être transposée aux ordonnances du JME ou du CME qui refusent de faire droit à un moyen d'irrecevabilité de la demande. En effet, la circonstance que le JME ou le CME n'ait pas fait droit à un tel moyen n'entraîne pas une violation du droit au procès équitable et ne saurait *per se* s'analyser comme une atteinte à l'exigence d'impartialité.

Le débat français sur la notion de « *tribunal impartial* » au regard de la possibilité pour le JME ou du CME, qui a déjà connu d'une affaire, de siéger ultérieurement dans la juridiction qui connaît du fond, vise des hypothèses de demandes de provision ou de mesures provisoires,

¹³² CA Lux., 1^{ère} ch., 10 juill. 2002, nos 23054, 24097 et 26382 du rôle, Legicorp ID : 16239. Contra : CA Lux., 7 juill. 2001, n° 23231, numéro JUDOC 99847040, jugeant que le moyen d'irrecevabilité présenté sans succès devant le JME peut être repris devant la juridiction collégiale.

¹³³ Cass. civ., 2^{ème}, 27 janv. 1988, n° 86-15691, Bull. civ. II, n° 29. V. Lamy, Code de Procédure civile commenté, précité, sous art. 916, p. 18.

¹³⁴ Art. 225 du NCPC.

¹³⁵ Cass. ass. plén., 6 nov. 1998, n° 95-11006, Bull. civ. ass. plén., n° 4. Inversement, et toujours sur base du droit au procès équitable, la Cour de cassation a posé en principe que « lorsqu'un juge a statué en référé sur une demande tendant à l'attribution d'une provision en raison du caractère non sérieusement contestable d'une obligation, il ne peut ensuite statuer sur le fond du litige afférent à cette obligation », Cass. ass. plén., 6 nov. 1998, n° 94-17709, Bull. civ. ass. plén., n° 5.

conservatoires ou d'instruction, pour lesquelles leurs ordonnances ont un caractère provisoire et n'ont pas au principal l'autorité de chose jugée¹³⁶). Tel n'est cependant pas le cas des décisions du JME ou du CME luxembourgeois sur la recevabilité qui, en vertu de l'autorité de chose jugée qui leur est conférée par l'article 216 du NCPC, ne risquent pas de porter atteinte au principe d'impartialité du tribunal. L'autorité de chose jugée qui s'attache à l'ordonnance du JME ou du CME rejetant le moyen d'irrecevabilité s'impose à la formation collégiale et fait donc obstacle à ce que les parties reposent la même question aux juges du fond¹³⁷). Il s'agit là d'un cas de fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée au cours de la même instance. Par conséquent, en tant que membre de la formation collégiale amenée à statuer sur le fond, le JME ou le CME luxembourgeois ne sera pas conduit à réexaminer un moyen d'irrecevabilité qu'il avait rejeté antérieurement. Au regard des exigences du droit interne comme de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, le risque de partialité est dès lors écarté, dans la mesure où le JME ou le CME ne sera pas en situation d'examiner à nouveau sa décision sur la recevabilité qui a l'autorité de chose jugée¹³⁸).

Dans l'hypothèse où le JME ou le CME rejette un moyen d'irrecevabilité, il est, par la suite, nécessairement saisi des affaires qu'il aura instruites. Si dans le cadre de la composition collégiale, il est conduit à exposer l'objet de la demande et les moyens des parties, à préciser les questions de fait et de droit et à faire mention des éléments propres à éclairer le débat, ce qui lui octroie un pouvoir d'influence sur la formation collégiale amenée à juger du fond du litige, cela n'implique pas une atteinte objective à l'exigence d'impartialité puisque les seules questions de recevabilité qu'il a tranchées ne font plus à ce stade l'objet d'un réexamen.

B. LA POSSIBILITE DE RECOURS CONTRE LES ORDONNANCES DU JME OU DU CME ADMETTANT UN MOYEN D'IRRECEVABILITE

Lorsqu'il fait droit à un moyen d'irrecevabilité et met ainsi fin à l'instance, le JME ou le CME doit statuer sur les dépens¹³⁹). Cependant rien n'est dit s'agissant de l'indemnité de procédure¹⁴⁰). Il faudrait donc une modification de la législation existante pour donner au JME ou au CME la possibilité de statuer sur les demandes formées au titre des frais irrépétibles, pour tirer les conséquences des pouvoirs qui leur sont dévolus.

¹³⁶ Sur ce débat, v. X. MARCHAND, JCl. Proc. civ. 2008, Fasc. 222, précité, p. 4, n° 5 ; R. PERROT, Décret n° 2005-1678 du 28 déc. 2005, Procédures 2006, étude 3 ; D. KARSENTY, L'apparition de nouveaux droits fondamentaux de procédure en matière de mise en état, JCP G 2007, I, 160 ; Lamy, Code de Procédure civile commenté, précité, sous art. 771, p. 23 et 24.

¹³⁷ Sur l'autorité de chose jugée de certaines décisions du JME, v. R. PERROT, N. FRICÉRO et M. DOUCHY-OUODOT, Autorité de la chose jugée – Autorité de la chose jugée au civil sur le civil, JCl. Proc. civ., 2011, Fasc. 554, p. 28, n° 97.

¹³⁸ Sur l'autorité de chose jugée à conférer à toutes les décisions du JME français qui pourrait constituer une des pistes à explorer pour remédier au risque évident de partialité du juge qui peut être amené à revoir, au sein de la formation de jugement, les décisions provisoires qu'il a prises en sa qualité de JME, v. Lamy, Code de Procédure civile commenté, précité, sous art. 771 p. 23 et 24.

¹³⁹ Art. 210, 213 du NCPC et, pour l'appel, art. 599, alinéa 1^{er} du même code qui renvoie à ces deux articles. V. aussi M. DÉFOSSEZ, Dépens – Condamnation aux dépens, JCl. proc. civ., 2009, Fasc. 523, p. 10, n° 32. S'il ne peut plus être statué au fond, le juge du fond saisi ne peut condamner aux dépens, CA Reims, 3 févr. 1983, Gaz. Pal. 1983, 2, somm. p. 342.

¹⁴⁰ En France, le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 est venu heureusement combler une lacune en autorisant expressément le JME à statuer également sur les demandes formées en application de l'article 700 du CPC.

Par dérogation au principe selon lequel les ordonnances du JME ou du CME ne peuvent être frappées d'appel ou de pourvoi en cassation qu'avec le jugement sur le fond⁽¹⁴¹⁾, l'article 217, alinéa 3, du NCPC prévoit qu'elles sont toutefois « susceptibles d'appel lorsqu'elles ont pour effet de mettre fin à l'instance ou lorsqu'elles constatent son extinction. » C'est le cas des ordonnances du JME qui, faisant droit à un moyen d'irrecevabilité d'une partie, mettent fin à l'instance. « L'ouverture de l'appel est alors justifiée puisque aucun jugement sur le fond n'interviendra. »⁽¹⁴²⁾. Il en va de même des ordonnances du CME qui ne peuvent faire l'objet de recours indépendamment de l'arrêt sur le fond, sauf dans l'hypothèse prévue à l'article 602, alinéa 2, du NCPC, à savoir « lorsqu'elles ont pour effet de mettre fin à l'instance ou lorsqu'elles constatent son extinction. »

L'article 217, alinéa 4, du NCPC précise clairement que les ordonnances du JME qui mettent fin à l'instance ou constatent son extinction sont susceptibles d'appel « dans les quinze jours de leur signification », délai qui peut être augmenté en raison de la distance par application de l'article 573 du NCPC qui figure parmi les dispositions communes relatives à l'appel et à l'instruction de l'appel. S'agissant du point de départ du délai d'appel, la jurisprudence a précisé que cette signification ne peut, comme pour tout jugement, résulter que d'un acte de justice délivré dans les conditions de droit commun⁽¹⁴³⁾. Un délai de quinze jours est, aux vœux de l'article 602 du NCPC, également applicable aux ordonnances du CME qui, faisant droit à un moyen d'irrecevabilité, mettent fin à l'instance d'appel⁽¹⁴⁴⁾, avec la précision cependant que le recours contre de telles ordonnances n'est pas un pourvoi en cassation mais un déféré devant la formation collégiale de la Cour d'appel⁽¹⁴⁵⁾. Ce déféré n'étant pas assimilable à un appel, l'augmentation des délais prévue à l'article 573 du NCPC « pour interjeter appel » en fonction de la distance ne semble pas applicable. Quoiqu'il en soit, à l'expiration de ce délai, le cas échéant augmenté, à compter de la signification de l'ordonnance du JME ou du CME, le recours est irrecevable⁽¹⁴⁶⁾. Une fois écoulé ce délai de recours, le contenu de l'ordonnance du JME ou du CME ne peut plus être remis en cause devant la Cour d'appel.

S'agissant de la forme du recours contre l'ordonnance du JME ou du CME faisant droit à un moyen d'irrecevabilité, le Nouveau Code de Procédure civile ne précise pas s'il doit être introduit par voie d'assignation ou de requête. Dans le silence des textes sur le mode de saisine de la juridiction chargée de connaître des ordonnances du JME ou du CME mettant fin à l'instance par l'admission

¹⁴¹ Les ordonnances du JME ne sont non plus pas susceptibles d'opposition en application de l'article 217 du NCPC. Sur base de la disposition française équivalente, la jurisprudence considère qu'elles peuvent toutefois faire l'objet d'une tierce opposition et que seul le JME est compétent pour statuer sur la tierce opposition formée contre l'une de ses ordonnances, CA Paris, 22 janv. 1987, D. 1987, somm. p. 234, obs. P. JULIEN. V. aussi R. MARTIN et A. LECOURT, Tierce opposition – Délais – Compétence – Procédure – Voies de recours, JCl. Proc. civ., 2008, Fasc. 740, p. 5, n° 22.

¹⁴² Ph. GERBAY, V. PARENTY BAUT et Y. DESDEVEISES, JCl. Proc. civ., Fasc. 712, précité, p 17, n° 56.

¹⁴³ CA Paris, 26 juin 1973, Gaz. Pal. 1973, 2, p. 815 ; RTD civ. 1973, p. 196, obs. P. RAYNAUD ; X. MARCHAND, JCl. Proc. civ. 2008, Fasc. 222, précité, p. 25, n° 80 ; N. FRICÉRO, Appel – Délai, JCl. Proc. civ. 2008, Fasc. 715, p. 6, n° 16.

¹⁴⁴ CA Aix-en-Provence, 17 sept. 1999, JurisData n° 1999-101883.

¹⁴⁵ L'article 602 du NCPC ne fait pas référence à un éventuel pourvoi en cassation contre les arrêts de la Cour d'appel, confirmant, sur déféré, la décision du CME faisant droit à un moyen d'irrecevabilité et mettant ainsi fin à l'instance. La jurisprudence française a toutefois admis la possibilité d'un tel pourvoi dès lors que l'arrêt, rendu sur déféré, met fin à l'instance.

¹⁴⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 21 avr. 1983, pourvoi n° 82-10827 ; Bull. civ. 1983, II, n° 101 ; Cass. civ. 2^{ème}, 2 déc. 1987, pourvoi n° 86-16336 ; Bull. civ. II, n° 259 ; D. 1989, somm. p. 277, obs. P. JULIEN ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 oct. 2005, pourvoi n° 04-12735, Bull. civ. I, n°355 ; Cass. com, 17 nov. 2009, pourvoi n° 08-18589, Lamyline. V. aussi N. FRICÉRO, Appel – Délai, JCl. Proc. civ. 2008, Fasc. 715, p. 6, n° 16, et N. FRICÉRO, JCl. Proc. civ. 2011, Fasc. 721, précité, p. 25, n° 77, avec précision que le délai de quinze jours est, en France, calculé à partir de la date de l'ordonnance du CME et non à partir de sa signification.

d'un moyen d'irrecevabilité, il convient de procéder selon le droit commun des juridictions, à savoir par assignation (¹⁴⁷).

1. L'appel contre les ordonnances du JME admettant un moyen d'irrecevabilité

L'article 217, alinéas 3 et 4, du NCPC, ouvre la possibilité d'un appel ou d'un pourvoi en cassation immédiat contre les ordonnances du JME qui font droit à un moyen d'irrecevabilité. Cette voie de recours qui est limitée aux hypothèses y mentionnées, est d'interprétation stricte (¹⁴⁸).

Par ailleurs, aucune disposition du Nouveau Code de Procédure civile ne prévoit que l'appel des décisions rendues par le JME, faisant droit à un moyen d'irrecevabilité, est porté devant le CME (¹⁴⁹). L'appel des ordonnances du JME relève donc de la compétence de la formation collégiale de la cour d'appel (¹⁵⁰). De même, aucune disposition spéciale de la loi modifiée du 18 février 1855 sur les pourvois en cassation ne régit la procédure à suivre pour les pourvois formés contre les décisions du JME faisant droit, en dernier ressort, à un moyen d'irrecevabilité et mettant fin à l'instance d'appel dont était saisi le tribunal d'arrondissement. Le souci de célérité dont est empreinte la procédure d'appel et cassation à l'article 217, alinéa 4, du NCPC, en ce qu'il fixe un délai de recours de quinze jours seulement au lieu du délai de droit commun de quarante jours pour l'appel ou deux mois pour le pourvoi en cassation, aurait toutefois pu conduire à instituer un régime d'instruction dérogatoire pour les appels ou les pourvois formés contre les ordonnances du JME pour lesquelles l'appel immédiat est recevable. Par exemple, il eût été envisageable de soumettre systématiquement l'appel contre ces ordonnances aux dispositions de l'article 599, alinéa 2, du NCPC. Dans ce cas, le président de la chambre saisie de l'appel aurait eu l'obligation de fixer à bref délai l'audience à laquelle l'affaire est appelée, ce qui aurait pour « *corollaire de ne pas retarder l'instruction de l'affaire qui, de fait, est suspendue dans l'attente de la décision de la cour* » (¹⁵¹).

A défaut de disposition spéciale, les recours contre les ordonnances du JME faisant droit à un moyen d'irrecevabilité et mettant fin à l'instance, sont instruits conformément au droit commun. Ainsi, s'agissant de l'appel, l'article 599, alinéa 1^{er}, du NCPC prévoit que « *l'affaire est instruite sous le contrôle d'un conseiller de la chambre à laquelle elle est distribuée, dans les conditions prévues par les articles 203 à 228 et par les dispositions qui suivent.* » (¹⁵²). Ces dernières ne précisent toutefois pas si le CME est compétent pour statuer sur les exceptions dilatoires, sur les nullités, sur les moyens d'irrecevabilité, et d'incompétence, qui avaient été

¹⁴⁷ En France, l'article 916 du CPC indique que les ordonnances du CME peuvent faire l'objet d'un recours par voie de requête devant la formation collégiale, à compter de la date de l'ordonnance. La jurisprudence a admis que le déféré peut être formé par voie de conclusions signifiées à l'avoué adverse et déposées au greffe, CA Paris, 13 juill. 1988, Bull. avoués 1988, n° 3, p. 102.

¹⁴⁸ CA Versailles, 6 juin 2002, Bull. inf. C. cass. 2003, n° 510 ; CA Paris, 25 juin 1974, Gaz. Pal. 1974, 2, p. 850. V. aussi X. MARCHAND, JCl. Proc. civ. 2008, Fasc. 222, précité, p. 24, n° 77 et 78. Sur l'interprétation stricte des cas limitativement définis pour lesquels l'appel des ordonnances du JME est ouvert, v. aussi C. TIRVAUDEY-BOURDIN, JCl. Proc. civ., Fasc. 213-1, précité, p. 44, n° 94.

¹⁴⁹ Dans ce sens, CA Paris, 20 juin 2001, Gaz. Pal. 2001, 1789, note G. VERDUN.

¹⁵⁰ CA Paris, 20 juin 2001, Gaz. Pal. 2001, p. 1789, note G. VERDUN, à propos d'une ordonnance du JME statuant sur une exception d'incompétence.

¹⁵¹ X. MARCHAND, JCl. Proc. civ. 2008, Fasc. 222, précité, p. 24, n° 77 et 78. V. aussi 910 du CPC.

¹⁵² A la différence des articles 199 à 201 du NCPC en première instance, l'instruction de l'appel se fait toujours devant le CME.

soulevés en première instance devant le JME ⁽¹⁵³⁾. La jurisprudence française a cependant considéré que la compétence exclusive conférée au CME, suivant les dispositions combinées des anciens articles 771 et 910 du CPC, qui correspondent aux articles 212 et 599, alinéa 1^{er}, du NCPC, ne s'applique qu'aux exceptions relatives à la procédure pendante devant la cour d'appel et non à celles qui affectent la procédure de première instance ⁽¹⁵⁴⁾. Ainsi, le CME n'a-t-il pas le pouvoir de statuer sur la régularité de la procédure de première instance, pouvoir qui appartient à la cour, juge d'appel ⁽¹⁵⁵⁾.

S'y ajoutent les moyens spécifiques à la procédure d'appel, l'article 600 du NCPC prévoyant que « *Le conseiller de la mise en état est compétent pour déclarer l'appel irrecevable et tranche à cette occasion toute question ayant trait à la recevabilité de l'appel.* ». Cette disposition relative à l'instruction de l'affaire devant le CME lui attribue ainsi une compétence exclusive jusqu'à son dessaisissement, pour statuer sur les toutes les nullités de forme et de fond de l'acte d'appel, sur toutes les fins de non-recevoir, dont la tardivité de l'appel ou l'acquiescement à l'ordonnance du JME.

L'expérience montre là encore que le CME n'exerce pas la compétence que lui confèrent les articles 599 et 600 du NCPC et qu'il renvoie systématiquement le jugement de l'affaire à la formation collégiale de la Cour d'appel, y compris dans les cas où elle prononce la rupture du délibéré et renvoie l'affaire devant le CME pour conclure, par exemple, sur la recevabilité de l'appel ⁽¹⁵⁶⁾. L'encadrement des échanges entre parties « *avant que le juge de la mise en état ne statue* », tel qu'il est prévu par le Futur Article 212 du NCPC et qui aura vocation à s'appliquer devant le CME, en vertu de l'article 599 qui y renvoie, devrait toutefois permettre d'éviter de tels dysfonctionnements.

La mise en œuvre de ces pouvoirs ne manquera cependant pas de soulever la question de l'éventuel effet dévolutif de l'appel ⁽¹⁵⁷⁾. Sur ce point la jurisprudence actuelle n'est pas satisfaisante puisqu'il a été jugé d'une part qu'une « *exception d'incompétence n'épuise pas la juridiction de première instance, et en cas de réformation de cette décision, l'effet dévolutif ne peut pas jouer* » ⁽¹⁵⁸⁾. En revanche, il a été décidé qu'« *une décision qui déclare une demande irrecevable sur base de l'exception du libellé obscur, partant sur base d'un moyen de pure procédure, épuise la juridiction de première instance et entraîne le jeu de l'effet dévolutif* » ⁽¹⁵⁹⁾. Critiquée en doctrine, ces hésitations jurisprudentielles ne devraient logiquement pas perdurer à la suite de la réforme envisagée par le Projet de Loi 7307, car l'obligation explicitement faite

¹⁵³ En France, v. l'art. 914 du CPC qui prévoit précisément de domaine de la compétence du CME. S'agissant par exemple de la nullité des actes pour vice de forme, « sa compétence se limite aux actes postérieurs à la décision frappée d'appel », J. BAUCHARD, JCl. Proc. civ., Fasc. 137, précité, p. 29, n° 99.

¹⁵⁴ CA Paris, 5 nov. 2002, D. 2003, somm. 1404, obs. JULIEN.

¹⁵⁵ CA Paris, 27 juin 2001, Bull. ch. avoués 2001, 1, 25 ; CA Paris, 30 janv. 2001, Gaz. Pal. 2001, 1790, note VERDUN.

¹⁵⁶ CA Lux., 3^{ème} ch., 23 nov. 2017, n° 81/18 – III-TRAV, n° 43784, puis CA Lux., 3^{ème} ch., 17 mai 2018, n° 121/17 - III - TRAV, n° 43784. Au total, vingt-deux mois se sont écoulés depuis l'acte d'appel pour aboutir à un arrêt d'irrecevabilité.

¹⁵⁷ H. OUAISSI, Appel – Évocation, JCl. 2007, Fasc. 717-4, n° 15, p. 16.

¹⁵⁸ Th. HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, précité, p. 767, n° 1449 et les jurisprudences y citées.

¹⁵⁹ Th. HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, précité, p. 767, n° 1450 et CA Lux., 25 avril 2002, n° 25219

aux parties de conclure deux fois au plus sur les moyens d'irrecevabilité avant que le JME ne statue, aura pour effet de limiter l'effet dévolutif de l'appel à ces seuls moyens ⁽¹⁶⁰⁾.

De la même façon, les modalités d'instruction de l'affaire en première instance où le JME devra statuer sur les moyens d'irrecevabilité soulevés devant lui, feront obstacle à toute évocation de l'affaire par la formation collégiale de la Cour d'appel, puisque le fond de cette affaire n'aura pas fait l'objet d'une instruction complète. L'infirmité de l'ordonnance du JME par la formation collégiale, saisie de l'appel, entraînera, là encore, un renvoi devant les premiers juges.

2. Le déféré contre les ordonnances du CME admettant un moyen d'irrecevabilité

En vertu de l'article 599, alinéa 1^{er}, du NCPC qui renvoie aux l'article 212, a) et 216 du même code, les ordonnances du CME statuant sur un moyen d'irrecevabilité ont l'autorité de chose jugée. Deux situations peuvent alors se rencontrer.

Soit le CME refuse de faire droit au moyen d'irrecevabilité soulevé devant lui et alors son ordonnance ne met pas fin à l'instance et n'est pas susceptible de faire l'objet du recours institué à l'article 602 du NCPC ⁽¹⁶¹⁾. A propos de la disposition équivalente, la doctrine française considère que l'article 916 du CPC doit « être interprété strictement. (...) Si le conseiller déclare l'appel recevable, il ne met pas fin à l'instance, et l'ordonnance n'est susceptible d'aucun recours indépendamment de l'arrêt sur le fond » ⁽¹⁶²⁾. La procédure de déféré n'est donc utilisable que dans les cas prévus à l'article 602 du NCPC ⁽¹⁶³⁾.

Soit, et c'est la deuxième situation qui est susceptible de se présenter, le CME fait droit à un moyen d'irrecevabilité et, dans ce cas, son ordonnance met fin à l'instance. Il en irait notamment ainsi d'une ordonnance du CME déclarant l'appel irrecevable ⁽¹⁶⁴⁾. En vertu de l'article 602 du NCPC, de telles ordonnances du CME mettant fin à l'instance peuvent alors faire l'objet d'un recours immédiat : le déféré, procédure qui est reprise de l'ancien article 914 du CPC français, dans sa version en vigueur du 1^{er} janvier 1976 au 1^{er} mars 1999, donc à une période où les ordonnances du JME français ⁽¹⁶⁵⁾ et, par renvoi, celles du CME français ⁽¹⁶⁶⁾, n'avaient jamais l'autorité de chose jugée.

¹⁶⁰ V. cep. Th. HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, précité, p. 766, n° 1447, estimant que lorsque l'examen d'une fin de non-recevoir nécessite une appréciation quant au fond, alors « la juridiction de premier degré qui a retenu le bien-fondé d'une fin de non-recevoir a épuisé sa juridiction sur l'intégralité du litige et l'effet dévolutif de l'appel a pour conséquence de soumettre l'intégralité du litige à la juridiction d'appel, qui doit dès lors trancher le fond du litige ».

¹⁶¹ Cass., avis, 2 avr. 2007, n° 0070006, JurisData n° 2007-038457 ; Bull. civ. 2007, avis, n° 5.

¹⁶² N. FRICÉRO, JCl. Proc. civ. 2011, Fasc. 721, précité, p. 24, n° 76. V. aussi CA Lyon, 3^{ème} civ., 15 juin 2006, n° 04/06715, JurisData n° 2006-302458.

¹⁶³ N. FRICÉRO, JCl. Proc. civ. 2011, Fasc. 721, précité, p. 24, n° 76. V. aussi CA Paris, 12 juill. 1985, Bull. avoués 1986, 1, p. 1, à propos d'une ordonnance du CME accordant une provision sur une créance ne figurant pas dans l'énumération de l'article 916 du CPC. Ainsi, une ordonnance du CME luxembourgeois qui statuerait par rapport une mesure d'instruction en application de l'article 212, b) du NCPC auquel renvoie l'article 599 du même code, ne met pas fin à l'instance ni ne constate l'extinction de l'instance d'appel. Elle ne peut pas donner lieu à déféré.

¹⁶⁴ N. FRICÉRO, JCl. Proc. civ. 2011, Fasc. 721, précité, p. 24, n° 72 ; Cass. civ. 2^{ème}, 27 avr. 1979 ; Bull. civ. 1979, II, n° 179.

¹⁶⁵ V. art. 775 du CPC dans sa version en vigueur du 1^{er} janvier 1976 au 1^{er} mars 2006.

¹⁶⁶ V. art. 910 du CPC dans ses versions successives en vigueur du 1^{er} janvier 1976 au 1^{er} mars 2006.

Cette procédure qui existe depuis 1996 ne manque pas de susciter des interrogations auxquelles la jurisprudence n'a pas répondu. Tout d'abord, la nature même du recours est ambiguë, dans la mesure où le texte de l'article 602 du NCPC dispose que les ordonnances du CME « *peuvent être déferées par acte d'appel à la cour* », empruntant ainsi à la fois les termes d'appel et de déferé, sans même prendre le soin de définir cette deuxième notion, ni d'en organiser le régime juridique. Au surplus, il semble curieux de recourir à la terminologie de l'appel contre une ordonnance prise elle-même à hauteur d'appel.

Ensuite, se pose la question de savoir comment concilier l'autorité de chose jugée que les articles 216 et 599, alinéa 1^{er}, combinés du NCPC octroient aux ordonnances du CME mettant fin à l'instance avec la possibilité de déférer à la Cour d'appel les décisions de ce dernier. En effet, « *l'autorité de chose jugée interdit à un même ordre de juridiction de connaître de la décision qui en bénéficie, c'est à la juridiction de l'ordre supérieur qu'il faut s'adresser* »⁽¹⁶⁷⁾. Dans leurs commentaires des articles, les auteurs du projet sur le projet de loi n° 3771 relevaient que « *les ordonnances du JME ont autorité de chose jugée au principal s'il s'agit de celles qui constatent l'extinction de l'instance, de celles qui statuent sur les exceptions dilatoires, sur les nullités pour de forme et de celles qui statuent sur les dépens. Le juge du fond, statuant en formation collégiale est par conséquent tenu de respecter l'autorité des ordonnances du JME en ces domaines* »⁽¹⁶⁸⁾. Dans l'hypothèse où la formation collégiale viendrait à réformer l'ordonnance du CME, alors elle méconnaîtrait l'autorité de chose jugée et s'exposerait à la cassation de son arrêt.

Par ailleurs, la procédure de déferé devant la formation collégiale questionne sur le respect du droit au procès équitable⁽¹⁶⁹⁾. En effet, après avoir fait droit à un moyen d'irrecevabilité, le CME est amené à se prononcer, au sein de la formation collégiale, sur le recours immédiat introduit contre sa propre ordonnance. Dans son avis sur le projet de loi n° 3771, le Procureur général d'Etat Camille WAMPACH avait considéré qu'« *il est évidemment inadmissible qu'un conseiller siège dans une chambre appelée à connaître d'un recours dirigé contre l'une de ses décisions. A mon avis le législateur devrait écarter également le juge de la mise en état de la composition saisie de l'affaire* »⁽¹⁷⁰⁾. Même si ces préconisations n'ont pas été retenues à l'époque, la procédure de déferé telle qu'elle est organisée par l'article 602 du NCPC, ne manquera pas de susciter un important contentieux devant la Cour d'appel et la Cour de cassation, notamment parce que le CME ne devrait pas être en mesure de statuer sur le déferé au sein de la formation collégiale, après avoir rendu une ordonnance faisant droit à un moyen d'irrecevabilité⁽¹⁷¹⁾.

Quoi qu'il en soit, le déferé devant la Cour d'appel revêt un caractère exclusif de tout autre recours. Ainsi, seule la formation collégiale de la Cour d'appel, à l'exclusion de la Cour de

¹⁶⁷ Lamy, vol. 2, 2013, V° art. 916 du CPC.

¹⁶⁸ PL n° 3771/00, Commentaire des articles, p. 49, à propos de l'article 104 du CPC luxembourgeois qui est devenu l'article 216 du NCPC après la recodification.

¹⁶⁹ H. OUAISSI, Appel – Évocation, JCl. 2007, Fasc. 717-4, n° 15, p. 16.

¹⁷⁰ PL n° 3771/01, Avis du Parquet du 2 février 1994, p. 9. Le Conseil d'Etat avait ensuite repris cette suggestion, v. PL n° 3771/05, Avis du Conseil d'Etat du 16 mai 1995, p. 17.

¹⁷¹ D'aucuns considèrent toutefois que le déferé n'a pas le caractère d'un appel, de sorte que la Cour d'appel, lorsqu'elle statue sur un tel recours, peut valablement comprendre le CME dans sa composition. En ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 1992, n° 90-11088, Bull. civ. I, n° 73, JCP G 1993, I, n° 21997, note E. du RUSQUEC, RTD civ. 1993, p. 199, obs. R. PERROT.

cassation, peut connaître du déféré formé contre une ordonnance du CME, même lorsque le grief allégué est un excès de pouvoir ⁽¹⁷²⁾. Un pourvoi en cassation exercé directement contre une ordonnance du CME n'est pas donc possible, même lorsqu'elle fait droit à un moyen d'irrecevabilité et met fin à l'instance, en déclarant un appel irrecevable ⁽¹⁷³⁾. Dans ce cas, la Cour de cassation française a eu l'occasion de juger que « *le pourvoi en cassation n'est ouvert que lorsque la partie ne peut exercer aucun autre recours ; qu'il s'ensuit que le pourvoi n'est pas recevable* ». En revanche, les arrêts rendus par la Cour d'appel sur le recours spécial prévu par l'article 602 seront susceptibles d'un pourvoi ⁽¹⁷⁴⁾.

Cette solution semble toutefois dépourvue de toute logique à partir du moment où les ordonnances du CME faisant droit à un moyen d'irrecevabilité ont non seulement l'autorité de chose jugée en vertu de l'article 216 du NCPC, auquel renvoie l'article 599, alinéa 1^{er} du même code, mais aussi elles mettent fin à l'instance. Comme la formation collégiale de la Cour d'appel ne peut, en principe, plus revenir sur l'autorité de chose jugée attachée à l'ordonnance du CME, le déféré ne peut jamais aboutir à une solution différente. Il conviendrait donc de modifier le libellé de l'article 602, alinéa 2, du NCPC en prévoyant soit que les ordonnances du CME ont l'autorité de chose jugée sous réserve du déféré, soit qu'elles sont susceptibles de pourvoi en cassation lorsqu'elles ont pour effet de mettre fin à l'instance ou lorsqu'elles constatent son extinction. Et le délai pour former un tel pourvoi devrait être celui prévu à l'article 7 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.

Conclusion

Les aménagements de l'instruction des affaires civiles et commerciales introduits en 1996 par la mise en état s'étant avérés partiellement inefficaces, il était grand temps d'y apporter des améliorations ⁽¹⁷⁵⁾. Le but de la réforme voulue par les auteurs du Projet de Loi 7307 est d'accélérer le traitement des exceptions dilatoires, des exceptions d'incompétence et des irrecevabilités, afin d'éviter que le plaideur malhonnête ne les utilise dans le seul but de retarder l'avancement de la procédure, avec la complicité bienveillante du JME et du CME qui rechignent à statuer sur les moyens relevant pourtant de leur compétence exclusive. Cette réforme a donc pour objectif d'obtenir rapidement une décision sur les moyens susceptibles de suspendre l'instance ou d'y mettre fin, et notamment sur les moyens de recevabilité, en encadrant les échanges entre parties et rappelant au magistrat de la mise en état les pouvoirs qu'il détient. Ce faisant, il apparaîtra comme « *une véritable autorité juridictionnelle, ayant compétence exclusive pour statuer sur les (moyens visés au Futur Article 212, a) du NCPC par des décisions ayant dès leur prononcé autorité de chose jugée relativement à la contestation qu'elles tranchent* » ⁽¹⁷⁶⁾.

¹⁷² Cass. civ. 2^{ème}, 18 sept. 2003, n° 01-13.885, JurisData n° 2003-020207 ; Bull. civ. 2003, II, n° 284 ; JCP G 2003, IV, 2725 ; D. 2004, p. 1202, obs. P. JULIEN ; Gaz. Pal. 2004, p. 22, obs. E. Du RUSQUEC. V. aussi D. FOUSSARD et N. FRICÉRO, La détermination de la voie de recours ouverte en cas d'excès de pouvoir, à propos des ordonnances du conseiller de la mise en état, Bull. inf. C. cass., 2004, hors-série, n° 3, p. 61.

¹⁷³ Cass. com, 26 mai 1992, n°90-12.230, Bull. civ. IV, n° 202.

¹⁷⁴ Sur l'ensemble des problèmes concernant le CME, v. G. RIVES, La juridiction du conseiller de la mise en état, RTD civ. 1984, p. 645. V. aussi Lamy sous art. 916.

¹⁷⁵ Sur la même période, l'article 771 du CPC a été amendé à six reprises, pour tenir compte de la pratique des justiciables, des juges et de la jurisprudence. Son contenu est désormais repris à l'article 789 du CPC.

¹⁷⁶ X. MARCHAND et J. SERAPIONIAN, JCl. Proc. civ., Fasc. 134, précité, p. 17, n° 75.

Toutefois, si la réforme actuellement soumise à la Chambre des Députés est votée puis appliquée, elle ne manquera pas de faire émerger de nouvelles problématiques juridiques qui ne tiennent d'ailleurs pas tant à la formulation du Futur Article 212 du NCPC qu'à la mise en œuvre de dispositions actuellement en vigueur, mais qui n'étaient pas appliquées, faute pour le JME ou le CME de statuer sur les exceptions dilatoires et les nullités de forme. Les praticiens vont donc notamment découvrir qu'une ordonnance du JME sur un moyen tiré de la violation d'une règle de forme, et bientôt sur un moyen d'irrecevabilité, est revêtue de l'autorité de chose jugée et qu'elle peut faire l'objet d'un appel dans un délai de quinze jours devant la Cour d'appel. Mais ils vont aussi s'interroger sur la nature du recours spécifique prévu à l'article 602, alinéa 2, du NCPC s'agissant des ordonnances du CME mettant fin à l'instance et de sa validité au regard du droit au procès équitable.

Luxembourg, le 4 août 2020



Guy PERROT

Avocat à la Cour
Président de la Commission
de procédure civile du barreau de Luxembourg
guy.perrot@harvey.lu