



HAL
open science

La scission des phases de l'instance : la mise en état

Mélina Douchy-Oudot

► **To cite this version:**

Mélina Douchy-Oudot. La scission des phases de l'instance : la mise en état. De Code en Code, 2009.
hal-04014118

HAL Id: hal-04014118

<https://hal.science/hal-04014118>

Submitted on 6 Mar 2023

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

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

La scission des phases de l'instance : la mise en état

Mélina Douchy-Oudot
 Professeuse à l'Université de Bourgogne
 Doyen de la Faculté de droit et de science politique

Introduction

1. – La qualité et la célérité de la justice. – Face à l'enlisement de la justice, après le constat d'une justice sinistrée dans les années 90¹, le gouvernement a entrepris près de deux décennies plus tard de rechercher des réponses adaptées dans un contexte de crise budgétaire². Faute de pouvoir augmenter convenablement les moyens, une commission a eu pour rôle de réfléchir aux économies réalisables au stade du fonctionnement de la justice. Les termes du débat n'ont pas été posés en termes aussi prosaïques puisque c'est de qualité et de célérité de la justice qu'il est fait état dans les deux lettres de mission précisant l'objet de la réflexion confiée au groupe de travail. Pour le premier rapport il est indiqué que « La lettre de mission du garde des Sceaux ne nous demandait finalement rien d'autre, en nous sollicitant, à travers une « démarche qualité » d'identifier, en matières civile et pénale, “les divers facteurs de ralentissement du processus judiciaire afin de s'attaquer à tout ce qui est susceptible d'engendrer des lenteurs inutiles, voire des blocages, pour promouvoir et pérenniser des procédures et des pratiques mieux adaptées” »³, quant au second il est précisé, en lien avec la première étude, par Madame le garde des sceaux que « Ces préoccupations de célérité et de qualité de la justice sont partagées par les cours et les parties au procès d'appel. (...) L'objectif doit être de garantir au justiciable qu'une décision effective soit rendue dans un délai raisonnable et de permettre aux cours d'appel de devenir de véritables pôles d'excellence. Ce souci de rationalisation devra conduire à repérer toutes les sources de lenteurs inutiles à chacun des stades de la procédure devant la cour d'appel et à présenter les propositions de réforme propres à y remédier. Il serait également utile d'identifier, à l'effet de les promouvoir, certaines bonnes pratiques en matière de mise en état et de présentation des écritures dans les procédures civiles et commerciales »⁴. Le résultat de ces différents travaux a été celui d'une justice plus encadrée au plan procédural ayant pour maître d'œuvre un juge pilote du procès, le magistrat chargé de mettre l'affaire en état d'être jugée.

¹ Rapport Foyer en 1980 ou *comment donner aux juridictions les moyens de faire face à leurs charges* ; Rapport Daussy en 1982 ou *comment améliorer le fonctionnement et la gestion des cours et des tribunaux* ; Rapport Tailhades en 1985 ou *la modernisation de la justice* ; Rapport Terré en 1987 ou *l'amélioration de la formation, la carrière et l'activité professionnelle des magistrats et des avocats* ; Rapport de l'inspection générale des services judiciaires en 1988 ou *la Justice en état d'urgence* (commandé par P. Arpaillange) ; Rapport Le Vert en 1990 ou *le malaise des fonctionnaires des services judiciaires* ; Rapport Haenel et Arthuis en 1991 ou *Justice sinistrée : démocratie en danger* ; Rapport Jolibois et Fauchon en 1996-1997 ou *Quels moyens pour quelle justice ?*

² Voir déjà Rapport 1996, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, présidé par le président du tribunal de grande instance de Paris J.-M. Coulon ; S. Guinchard, *L'ambition d'une justice civile rénovée : commentaire du décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998*, D. 1999, Chr., 65, spéc. n°34, p. 70.

³ Rapport 1, *Célérité et qualité de la justice-La gestion du temps dans le procès*, 15 juin 2004, présidée par le président du Tribunal de grande instance de Paris J.-C. Magendie..

⁴ Rapport 2, *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*, 24 mai 2008, présidée par le premier président de la Cour d'appel de Paris J.-C. Magendie.

2. – La rationalité recherchée dans le procès. – Cette rationalité du processus juridictionnel s'est construite autour de différentes réformes qui, en dépit parfois d'un contentieux parasite, que l'on songe par exemple à celui des dernières conclusions, a conduit les acteurs du procès à davantage de diligence dans la gestion des dossiers : décret du 28 décembre 1998, décrets du 20 août et du 29 octobre 2004, décret du 28 décembre 2005 pour citer les plus importants. Afin de permettre une gestion rationnelle des dossiers, le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 a repris en partie les propositions du premier rapport Magendie. Le juge ou le conseiller de la mise en état ont reçu une sorte d'adoubement, devenus de véritables chevaliers des principes directeurs du procès, en particulier des articles 2 et 3 du code de procédure civile, ils sont maîtres du temps processuel. Le magistrat doit impartir des délais, négocier un calendrier, procéder par voie d'injonction pour que le procès aille bon train et que, dans un délai raisonnable, une décision puisse être rendue. Au-delà et de façon bien plus radicale, se profile une dissociation de la phase de jugement de celle de mise en état de l'affaire, selon le vœu des auteurs du rapport du 24 mai 2008, « par un renforcement considérable des pouvoirs du juge de la mise en état, au point de faire sortir l'instruction civile du modèle originaire d'instruction intégrée à l'instance principale pour l'orienter vers un modèle d'instruction autonome par rapport au jugement sur le fond »⁵. Ce nouveau modèle procédural du procès repose sur une distribution des compétences et conduit à ériger une nouvelle figure de juge, un juge chargé de la procédure⁶, à un moment où disparaît en appel les auxiliaires députés à celle-ci, les avoués⁷. Cette transformation implicite de l'instance participe de la modélisation du procès recherchée, non plus seulement au regard des droits fondamentaux⁸, mais de la procédure elle-même⁹.

3. – La modélisation du procès. – L'impératif est clairement affirmé dans le dernier rapport Magendie où il est soutenu que la modélisation du procès d'appel passe par « un formalisme garant de l'efficacité des droits de la défense et de la qualité des décisions »¹⁰. La Cour de cassation dans son arrêt du 7 juillet 2006¹¹, par un procédé discutable au regard de la séparation des pouvoirs¹², participe à cette évolution en consacrant le principe de concentration des moyens. Une instance mais une seule instance pour trancher une contestation (*infra* n° 19) et donc l'obligation *ab initio* pour les auxiliaires de justice de faire valoir tous leurs moyens. Outre les moyens « concentrés » au début de l'instance, le groupe de travail sur la procédure d'appel préconise une « structuration des conclusions d'appel » afin de faciliter le travail de lecture et de compréhension du dossier par le juge¹³. Le procès équitable, modèle de procès au regard des droits substantiels de la procédure, trouve pour soutien et réalisation, un modèle procédural de l'instance reposant notamment sur une scission des phases de la procédure particulièrement mis en exergue dans le second rapport « Magendie » et parmi celles-ci la phase de la mise en état.

4. – Plan. – La scission des différentes phases de l'instance, avec au cœur la mise en état de l'affaire, conduit à faire de celle-ci une phase procédurale autonome au regard des pouvoirs et compétences confiées au magistrat (I) mais aussi une phase procédurale cloisonnée, bien

⁵ Rapport 2 préc., p. 23.

⁶ F. Raji, G. Wendel, T. Malin, *La réforme de la mise en état*, Procédures juin 2006, p. 13.

⁷ Sur la disparition des avoués : le ministère de la justice a annoncé l'intégration de la profession d'avoué à celle d'avocat le 10 juin 2008.

⁸ S. Guinchard et alii, *Droit processuel*, 4^{ème} éd. 2007, n° 216, p. 391.

⁹ Sur le thème : Géraldine Maugain, *La modélisation du procès*, thèse en cours de réalisation Dijon.

¹⁰ Rapport 2 préc., p. 64.

¹¹ JCP 2007, II, 10070, note G. Wiederkehr.

¹² Notre étude, « *L'office de juge* », Mélanges G. Goubeaux, n° 24, à paraître.

¹³ Rapport 2 préc., p. 68.

distincte de la procédure au fond, par le moyen de l'autorité de la chose jugée conférée aux décisions de ce magistrat et le développement des recours immédiats (II).

I – Une phase procédurale autonome

5. – Le recul de la collégialité. – En 1996, le groupe de travail présidé par Jean-Marie Coulon avait déjà réfléchi à une rénovation de la mise en état avec une extension des compétences du magistrat en charge de celle-ci, notamment pour connaître de toutes les exceptions de procédure. L'objectif a été semble-t-il directement recherché, la prépondérance des pouvoirs reconnus au magistrat de la mise en état mais aussi de ses compétences conduit ni plus ni moins à un recul de la collégialité au profit du juge unique pour une plus grande efficacité : « il apparaît que le développement du juge unique milite en faveur d'une mise en état renouvelée, au cours de laquelle le rôle du juge et des auxiliaires de justice serait repensé »¹⁴. Le processus est en cours de réalisation quelques dix ans après, même si le groupe de travail réuni en 2004 préconise, au stade du jugement, un renforcement de la collégialité¹⁵. L'autonomie de la mise en état est réalisée par l'identification de l'instance à son juge (A) mais aussi par le maintien d'une compétence exclusive (B).

A – L'autonomie par l'identification de l'instance à son juge

6. – Le magistrat chargé de la mise en état. – Devant toute juridiction, il est parfois nécessaire de diligenter une instruction pour éclairer les juges chargés de trancher la contestation sur les différents éléments du dossier. Ce juge rapporteur sur le dossier a pour titre spécifique celui de magistrat de la mise en état – juge de la mise en état (JME) devant le tribunal de grande instance et conseiller de la mise en état (CME) devant la cour d'appel – depuis la réforme introduite par le décret du 13 octobre 1965. Mais le découpage du procès en deux phases, celle réservée au fond et celle réservée à régler les incidents de procédure *largo sensu* remonte bien avant le nouveau code de procédure civile, aux années 30¹⁶. Les décrets modifiant le code de procédure civile depuis 1998 n'ont eu de cesse de revenir à une dissociation de ces deux phases de l'instance par un renouvellement et par un renforcement des pouvoirs de ce juge.

7. – Un « office renouvelé du juge » dans l'instance. – « Le juge de la mise en état est devenu « un véritable gestionnaire de l'instruction civile » en raison de la volonté affichée de faire en sorte que l'affaire arrive devant la formation de jugement débarrassée de tout incident de procédure »¹⁷. Là se trouve le renouvellement de la mission confiée à ce magistrat. Ce faisant il conserve ses pouvoirs traditionnels en matière d'administration judiciaire de la preuve, mais ses attributions s'enrichissent. Le rôle du magistrat chargé de la mise en état reste fondamentalement le même. « *Celui-ci a mission de veiller au déroulement loyal de la procédure, spécialement à la ponctualité de l'échange des conclusions et de la communication des pièces* » (CPC, art. 763, al. 2). Il est le coordinateur de la phase d'instruction et doit permettre aux parties et à leurs défenseurs de produire dans les meilleurs délais les éléments nécessaires au succès de leurs prétentions, au besoin en les invitant à la conciliation si le dossier s'y prête. Coordinateur, il devient conseiller des parties conformément à la mission dévolue à tout juge par l'article 21 CPC et peut ordonner le retrait du rôle (CPC, art. 763, al. 3) ou encore homologuer à la demande des parties, l'accord

¹⁴ Rapport 1996 préc., p. 33 spéc. et 81 s.

¹⁵ Rapport 1, p. 90.

¹⁶ S. Guinchard et F. Ferrand, *Procédure civile*, 28^e éd. Dalloz, coll. Précis 2006, n° 662, p. 579.

¹⁷ Rapport 2, p. 73.

qu'elles lui soumettent (CPC, art. 768, al.2). Conseiller, il est aussi chargé de contrôler l'accomplissement diligent de leurs obligations par les parties, en leur enjoignant au besoin de mettre leurs écritures en conformité avec les prescriptions de l'article 753 CPC (CPC, art. 765).

8. – La gestion du temps dans l'instance. – Gestionnaire de l'instruction, le magistrat chargé de la mise en état l'est particulièrement du temps de l'instance. Les dernières réformes ont donné corps au principe directeur figurant à l'article 3 CPC : « *Le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires* ». Le décret du 28 décembre 2005 a pris le parti de légaliser la pratique judiciaire du calendrier de la procédure qui, sous la plume de ses auteurs, devient calendrier de la mise en état (CPC, art. 764). Ces dates prévisibles des échanges de conclusions et pièces entre avocats ne peuvent en principe être modifiées, seule une cause grave et dûment justifiée pouvant autoriser une prorogation. C'est au magistrat de la mise en état qu'il appartient en outre de fixer, la chose est plus originale, la date des débats et celle du prononcé du jugement, allant au-delà de la seule phase de la mise en état. Il ne restera cependant saisi que jusqu'à « l'ouverture des débats ou jusqu'à la date fixée pour le dépôt des dossiers des avocats » (CPC, art. 779, al.4).

Il est apparu, à la mission présidée par le Premier président Magendie, que le dilatoire se glissait subrepticement, en appel, à l'occasion des demandes d'aide juridictionnelle. Cette perte de temps résultant de la suspension de l'instance en cas de demande d'aide juridictionnelle en appel est en outre accentuée par le défaut de communication efficace entre la cour et le bureau d'aide juridictionnelle chargé de la procédure. Il est proposé d'associer le conseiller de la mise en état à la procédure d'attribution d'aide juridictionnelle provisoire et de droit lorsqu'elle a été accordée en première instance selon des modalités très précises¹⁸.

9. – La clôture de l'instruction. – Afin d'assurer une effectivité à l'impératif de célérité, les propositions faites dans le premier rapport « Magendie » ont contribué à étendre les pouvoirs du juge de la mise en état. Peu cependant ont été retenues¹⁹, sinon celle d'une clôture « à bref délai » en cas de non respect du calendrier fixé. La traduction du nouveau pouvoir conféré au juge à l'article 780 CPC, dit de clôture partielle, a une utilité bien circonscrite, dès lors que le juge aura l'obligation de rétracter son ordonnance de clôture partielle « pour permettre de répliquer à des demandes ou des moyens nouveaux présentés par une partie postérieurement à cette ordonnance ».

L'ordonnance de clôture reste, dans tous les cas, non motivée et non susceptible de recours (CPC, art. 782). Elle marque la fin de cette phase de l'instance, de façon plus formelle que son ouverture, l'affaire étant simplement distribuée au juge par le président de la chambre. L'effet de l'ordonnance est radical puisque « après l'ordonnance de clôture, aucune conclusion ne peut être déposée ni aucune pièce produite aux débats, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office » (CPC, art. 783, al. 1). C'est pourquoi, l'ordonnance sera toujours précédé d'un avis envoyé aux avocats des parties à toutes fins utiles.

10. – Vers de nouveaux pouvoirs. – Dans la droite ligne de l'évolution amorcée en 1996, les dernières propositions du groupe de travail présidé par J.-C. Magendie vont dans le sens d'un renforcement des pouvoirs du magistrat de la mise en état. Il est préconisé qu'il puisse enjoindre les avocats de mettre leurs écritures en conformité avec le principe de concentration

¹⁸ Rapport 2, p. 78 s.

¹⁹ N'a pas été reprise l'idée originale d'un juge de la mise en état juge de l'évidence (p. 77) qui aurait pu statuer uniquement sur « la » cause manifeste d'irrégularité de la procédure ou renvoyer l'affaire séance tenante en présence d'une fin de non recevoir.

des prétentions et des moyens, à peine d'irrecevabilité du moyen ou de la prétention en cas de non respect²⁰. Cette invitation concernerait également la nouvelle exigence relative à la structuration des conclusions, concentration procédurale écho à la concentration substantielle exigée des parties selon l'expression du professeur Cadet²¹. Là encore la sanction consisterait dans le fait que le juge ne serait pas tenu de répondre aux prétentions qui ne figureraient pas dans le « Par ces motifs » des conclusions structurées. Au-delà de nouvelles attributions pourraient être confiées au juge et au conseiller de la mise en état, et pour certaines spécifiquement au magistrat devant la cour d'appel, mais il s'agit alors de compétences plus que de pouvoirs, lesquelles conduisent par l'exclusivité de celles-ci à accentuer le caractère autonome de la phase de mise en état.

B – L'autonomie par le maintien d'une compétence exclusive

11. – Des compétences exclusives. – Le fait que le juge de la mise en état soit seul compétent pour trancher certaines questions lorsqu'il a été désigné était déjà, à l'origine du nouveau code de procédure civile, à l'article 771. Cette autonomie de la phase procédurale de l'instruction résulte de l'extension massive des compétences du magistrat, jusqu'à exclure toute possibilité pour les parties de soulever devant les juges du fond, après dessaisissement de ce magistrat, les exceptions de procédure ou incidents d'instance « à moins qu'ils ne surviennent ou ne soient révélés que postérieurement » (CPC, art. 771, aj. D. 28 déc. 2005). L'acquis (1) laisse encore de nombreuses perspectives aux réformes à venir (2).

1 – L'acquis

12. – Rétrospective. – Il suffit de comparer la rédaction de l'article 771 CPC en 1976 au jour de l'entrée en vigueur du nouveau code de procédure civile à la version modifiée par les décrets successifs de 1998, 2004 et 2005 pour saisir l'évolution des compétences du juge de la mise en état et du conseiller, son homologue en appel. Compétent uniquement « pour statuer sur les exceptions dilatoires et sur les nullités pour vice de forme », si l'on met de côté bien sûr les provisions, les mesures provisoires ou les mesures d'instruction, ce magistrat a été déclaré compétent pour « 1° statuer sur les exceptions de procédure et sur les incidents mettant fin à l'instance (...) ». L'évolution a été moins linéaire si l'on s'en souvient. En 1998, la compétence est étendue à toutes les exceptions de procédure, en 2004 s'ajoutent les incidents mettant fin à l'instance, sans que l'intégration des fins de non recevoir ne soit retenue, bien qu'à l'instar de la procédure communautaire devant la CJCE, elle ait été proposée par le groupe de travail dans le rapport du 15 juin 2004.

13. – Avis de la Cour de cassation. – A deux reprises, la Cour de cassation a précisé le domaine des compétences du juge ou du conseiller de la mise en état. Le conseiller de la mise en état ne peut connaître que les exceptions et incidents relatifs à l'instance d'appel et non de ceux qui auraient pu être soulevés par l'une des parties si elle n'avait pas été défaillante²². Quant à la nouvelle compétence relative « aux incidents mettant fin à l'instance » du magistrat chargé de la mise en état, elle ne l'autoriserait pas à connaître des fins de non recevoir. La Cour a indiqué que « les incidents mettant fin à l'instance visés par le deuxième alinéa de l'article 771 du nouveau code de procédure civile sont ceux mentionnés par les articles 384 et 385 du même code et n'incluent pas les fins de non-recevoir »²³. Déclarer une partie

²⁰ Rapport 2, p. 52.

²¹ Rapport 2, p. 68 et 72.

²² Avis, 2 avril 2007, Dr. et proc. 2007, jurisp. comm., p. 271, obs. O. Salati.

²³ Avis, 13 nov. 2006, Bull. civ.

irrecevable en sa demande, sans examen au fond, c'est considérer qu'il n'a pas ou n'a plus le droit d'agir (CPC, art. 122). Autoriser le juge de la mise en état à statuer sur les fins de non recevoir aurait supposé d'adapter le régime qui leur est applicable ou d'adapter celui qui a été défini pour les exceptions et incidents de procédure. Autrement dit, soit ne plus autoriser les plaideurs à soulever les fins de non recevoir en tout état de cause, mais la solution ne tient pas puisque cela reviendrait à considérer que les juges du fond pourraient être contraints de statuer sur une contestation alors que l'une des parties n'a pas ou plus le droit d'agir, soit, donner compétence au juge de la mise en état tout en réservant cette hypothèse et en autorisant les parties à invoquer malgré tout les fins de non recevoir devant les juges du fond ce qui n'a pas été fait. L'analyse de la Cour de cassation réservant les incidents mettant fin à l'instance à la définition qui en est donnée dans le Code de procédure civile paraît la plus conforme à la réforme de 2004. Le visa des articles 384 et 385 CPC n'est peut-être pas aussi judicieux qu'il y paraît au premier abord puisque le magistrat de la mise en état sera appelé à connaître des causes principales d'extinction de l'instance qui, elles, sont bien procédurales, mais aussi des causes accessoires à l'extinction de l'action qui outrepassent une simple approche procédurale du dossier²⁴.

2 – Les perspectives

14. – Le sursis à statuer dérivé de la règle « Le criminel tient le civil en l'état ». – La mission ayant travaillé sur la procédure en appel propose d'élargir la compétence du magistrat chargé de la mise en état à ce sursis. A la différence des autres sursis, le juge est tenu de le prononcer dès que les conditions légales sont réunies, il ne doit aucunement apprécier le fond, et il s'agirait, par analogie, d'une « exception dilatoire »²⁵.

15. – Une compétence exclusive du conseiller en matière de fin de non recevoir. – L'une des propositions faites dans le rapport du 24 mai 2008 concerne la recevabilité de l'appel. A la différence du juge de la mise en état, le conseiller est compétent pour trancher les questions relatives à la recevabilité de l'appel : « *Le conseiller de la mise en état est compétent pour déclarer l'appel irrecevable et trancher à cette occasion toute question ayant trait à la recevabilité de l'appel* » (CPC, art. 911). Si le conseiller déclare l'appel irrecevable, l'ordonnance mettant fin à l'instance pourra faire l'objet d'un déféré par application de l'article 914 CPC. En revanche, si l'appel est déclaré recevable, dès lors qu'il ne s'agit pas d'un incident mettant fin à l'instance au sens du décret du 28 décembre 2005 ayant modifié *in fine* cet article²⁶, aucun recours ne sera recevable et la fin de non recevoir pourra à nouveau être soulevée devant la cour statuant au fond. Il est donc proposé de donner une compétence exclusive au conseiller de la mise en état en matière de fin de non recevoir et de les relever au besoin d'office, en autorisant corrélativement le recours immédiat (*infra* n° 29)²⁷. Cette proposition s'inscrit dans « la volonté de scinder les diverses phases de l'instance afin que la formation de jugement n'ait pas à revenir sur des exceptions, incidents et fins de non-recevoir »²⁸.

16. – Un modèle exportable. – Doit-on et peut-on exporter le modèle procédural fondé sur une division des phases de la procédure au-delà du tribunal de grande instance et de la cour d'appel ? Les juridictions d'exception fonctionnant à l'aide de juges rapporteurs, lesquels sont

²⁴ Sur ce point : R. Perrot, RTD civ. 2007, p. 177.

²⁵ Rapport 2, p. 75.

²⁶ Avis, 2 avril 2007, Procédures 2007, n° 126, obs. R. Perrot.

²⁷ Rapport 2, p. 77.

²⁸ Rapport 2, p. 78.

des juges simplement chargés de l’instruction civile, ont-elles un intérêt à ce transfert ? Une telle approche supposerait de repenser entièrement la procédure devant les juridictions d’attribution, notamment en supprimant ou limitant l’oralité de celle-ci. Gageons que ce sera le prochain chantier de réforme du gouvernement !

II – Une phase procédurale cloisonnée

17. – Le cloisonnement par rapport au fond. – Scinder les phases de l’instance en conférant une autonomie à la phase de la mise en état conduit à modifier le régime applicable aux ordonnances du magistrat qui en est chargé. Ses décisions ne sont plus avant dire droit, elles ne se contentent pas de préparer le jugement au fond, elles se substituent pour le domaine qui leur est dévolu à la décision au fond en s’imposant à elle. C’est pourquoi, les réformes intervenues ont, par deux moyens, scellé la dissociation des phases de la procédure, celui de l’autorité de la chose jugée (A) et celui du recours immédiat indépendant de la décision au fond (B).

A – La clé de l’autorité de la chose jugée

18. – L’article 1351 du Code civil. – Ce texte a connu, en procédure civile, tous les feux du succès depuis que la Cour de cassation a sur son fondement interdit les instances successives pour une même contestation (1). Appliqué à la phase de la mise en état, l’autorité de la chose jugée confère à l’ordonnance du magistrat de la mise en état une force qui s’impose, au-delà de cette phase procédurale, au procès tout entier (2).

1 – Le nouveau rôle conféré à l’autorité de la chose jugée

19. – L’arrêt du 7 juillet 2006 et ses suites. – Procédé maladroit, l’Assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé bon de consacrer une proposition du groupe de travail alors que le décret du 28 décembre 2005 l’avait ignorée. Il s’agit bien sûr du désormais célèbre principe de concentration des moyens empruntés à nos voisins italiens et repris dans le rapport du 15 juin 2004. Le fondement invoqué est également discutable puisque c’est à l’autorité de la chose jugée telle que définie à l’article 1351 C. civ. qu’il revient d’endosser la paternité du principe. Une action en salaire différé et une action en enrichissement sans cause constituent pour la cour une seule et même demande celle de l’obtention d’une contrepartie financière à un travail non rémunéré, si on pourrait la suivre par rapport à l’objet de la demande, en revanche on peut être plus réservé s’agissant de la cause de celle-ci. L’attendu est clair : « il incombe au demandeur de présenter dès l’instance relative à la première demande l’ensemble des moyens qu’il estime de nature à fonder celle-ci » et de poursuivre « la cour d’appel en a exactement déduit que G. C. ne pouvait être admis à contester l’identité de cause des deux demandes en invoquant un fondement juridique qu’il s’était abstenu de soulever en temps utile, de sorte que la demande se heurtait à la chose précédemment jugée relativement à la même contestation ». La solution a été élargie depuis aux deux parties²⁹. Elle est en outre plus que délicate à mettre en œuvre lorsque le jugement revêtu de la chose jugée a été rendu en matière pénale³⁰.

²⁹ Com., 20 fév. 2007, n° 05-12913 : « il incombe aux parties de présenter dès l’instance initiale l’ensemble des moyens qu’elles estiment de nature, soit à fonder la demande, soit à justifier son rejet total ou partiel ».

³⁰ Civ. 2^{ème}, 25 oct. 2007, n° 06-19524 : Il incombe au demandeur à l’action de présenter dès la première demande l’ensemble des moyens qu’il estime de nature à fonder celle-ci ; il s’ensuit que se heurte à l’autorité de la chose jugée, l’action en responsabilité contractuelle engagée devant une juridiction civile pour l’indemnisation d’un préjudice, alors qu’une juridiction pénale avait, par une décision devenue irrévocable, débouté les parties

20. – Le « refus des instances successives ». – Le professeur Wiederkehr en commentant l'arrêt et, après avoir replacé la problématique de l'arrêt dans celle plus générale de l'office du juge, n'hésite pas à rattacher la solution à la « police des procédures » et doute légitimement du lien établi entre qualité et célérité de la justice³¹. Pour les auteurs du rapport Magendie 2, il s'agit de limiter les instances successives par une nouvelle définition de l'autorité de la chose jugée : « La conséquence essentielle de cet arrêt réside dans l'impossibilité dans laquelle se trouve le demandeur de saisir une nouvelle fois un juge d'une prétention ayant la même cause, s'il se contente d'en modifier le fondement juridique. Sa demande sera irrecevable, en raison de l'autorité de chose jugée attachée à la décision de première instance »³². On aurait cependant apprécié que la mission rappelle la différence entre l'objet de la demande et la cause de celle-ci pour clarifier la décision. D'autant plus que cela a pour effet de malmener les principes fondamentaux de la procédure³³.

Cette police des procédures ne va pas jusqu'à interdire les nouveaux moyens en instance d'appel, les plaideurs seront rassurés. L'appel demeure voie de réformation et voie d'achèvement du litige. Il est en revanche préconisé d'appliquer le principe de concentration à l'instance d'appel³⁴.

2 – L'application particulière à la phase de la mise en état

21. – L'extension du domaine de l'autorité de chose jugée. – C'est encore l'autorité de la chose jugée qui sera l'outil procédural pour une accélération du rythme du procès. En étendant le domaine de l'autorité de la chose jugée, le législateur libère les juges du fond d'un ensemble de questions sur lesquelles ils auraient pu à nouveau statuer. A la compétence exclusive du magistrat de la mise en état lorsqu'il est saisi d'une question entrant dans l'énumération de l'article 771 CPC, s'ajoute, pour certaines de ses décisions, l'autorité de chose jugée.

22. – Les ordonnances revêtues de l'autorité de la chose jugée. – « *Les ordonnances du juge de la mise en état n'ont pas, au principal, l'autorité de la chose jugée (Aj. D. n° 2005-1678, 28 déc. 2005, art. 27) à l'exception de celles statuant sur les exceptions de procédure et sur les incidents mettant fin à l'instance* » (CPC, art. 775, 910, al. 1 pour le conseiller). Le principe demeure, l'ordonnance rendue par le magistrat chargé de la mise en état ne lie pas les juges du fond car elle reste préparatoire de leur décision. Toutefois, pour tout ce qui aura trait à la procédure, le principe est inversé, les décisions du magistrat s'imposeront aux juges appelés à trancher la contestation. Il s'agit ni plus ni moins de scinder l'instance et de réserver à la mise en état la procédure et aux juges du fond les questions de droit substantiel. La

civiles de leur demande fondée sur la responsabilité délictuelle et tendant à la même indemnisation : voir observations critiques de R. Perrot, Procédures, novembre 2007 .

³¹ Note précitée ; voir nos observations au Mélange G. Goubeaux sur les répercussions du principe dans le contexte de l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007, n° 21.

³² Rapport 2, p. 42.

³³ Dans ces Mélanges, lire l'analyse du professeur Serge Guinchard, dénonçant le risque consécutif de déni de justice : L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil et de la simple faculté pour le juge de « changer le fondement juridique des demandes ». « Admettre que l'autorité de la chose jugée s'étend à des moyens non débattus par le juge et les parties pose problème au regard de la contradiction, considérée comme un principe directeur du procès civil, d'autant que la défaillance des parties n'est pas toujours comblée par l'office du juge, ce qui peut heurter le principe de l'égalité des armes, issu de l'article 6 § 1 de la Convention européenne » : N. Fricero, « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », Mélanges Burgelin, à paraître, n° 13.

³⁴ Rapport 2, p. 50 s.

cloison n'est cependant pas aussi étanche qu'il y paraît de prime abord puisque il a été vu que les fins de non recevoir sont toujours de la compétence des juges du fond. Ces irrecevabilités, bien qu'elles concernent le droit d'agir, ne supposent pas l'analyse au fond de la contestation. Ensuite, pour toute exception de procédure ou incident qui survient ou est révélé postérieurement au dessaisissement du magistrat chargé de la mise en état, les juges du fond sont compétents (CPC, art. 771, 1^o). Enfin, il ne faut pas oublier que la phase procédurale de la mise en état n'est pas systématique dans un procès (CPC, art. 760 et 761), et que pour de nombreuses affaires le fond et la procédure seront traités simultanément par les juges chargés de trancher la contestation.

B – Un recours immédiat contre l'ordonnance

26. – Une préparation du jugement au fond. – De façon générale, les jugements « préparatoires », qui se bornent dans leur dispositif à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire, ne peuvent être frappés d'appel indépendamment des jugements sur le fond, sauf dans les cas spécifiés par la loi (CPC, art. 545). Les décisions du magistrat chargé de l'instruction civile sont simplement préparatoires du jugement au fond, il s'ensuit que non revêtues en principe de l'autorité de la chose jugée, elles ne peuvent en principe faire l'objet que d'un recours différé avec la décision au fond³⁵. Un régime dérogatoire a été mis en place pour les ordonnances du magistrat de la mise en état revêtues de l'autorité de la chose jugée, même si le régime pourrait encore être amélioré en appel de l'avis des auteurs du dernier rapport « Magendie ».

27. – L'ultime version de l'article 776 CPC. – Le décret du 28 décembre 2005 en conférant aux ordonnances statuant sur une exception de procédure ou un incident d'instance l'autorité de la chose jugée a également modifié les modalités du recours contre ces décisions. L'opposition est exclue. L'article 776 CPC poursuit en disposant que l'appel est immédiatement recevable, dans les quinze jours de la signification des décisions, lorsque « (...) 1^o Elles statuent sur un incident mettant fin à l'instance, elles ont pour effet de mettre fin à celle-ci ou elles en constatent l'extinction ; 2^o Elles statuent sur une exception de procédure (...) ». *Mutatis mutandi*, l'article 914, al. 2 CPC prévoit le déferé lorsque l'ordonnance est celle du conseiller de la mise en état.

28. – Le contredit. - Le choix du recours ouvert contre l'ordonnance a fait l'objet d'hésitations. Initialement, le décret du 28 décembre 1998 autorisait l'appel, y compris pour les exceptions d'incompétence, de litispendance ou de connexité. Le décret du 20 août 2004 lui substitua le contredit. Désormais, l'appel est le seul recours possible à l'encontre des ordonnances du juge de la mise en état, ce qui inclut l'exception d'incompétence. Doit-on considérer que la voie du contredit est exclue et que l'article 80 CPC n'a pas vocation à s'appliquer lorsque le juge de la mise en état s'est prononcé sur la compétence et a ordonné une mesure d'instruction ou une mesure provisoire, ou encore lorsqu'il a statué uniquement sur une exception d'incompétence ? Cela semble peu probable dès lors que la voie du contredit simplifie la procédure et favorise un meilleur traitement des dossiers. En tout état de cause, le plaideur qui aura utilisé la voie du contredit ne sera pas pénalisé dès lors que l'article

³⁵ L'irrecevabilité de l'appel doit être soulevée d'office par la cour, conformément à l'article 125, al. 1 CPC. Le principe a été posé par un arrêt de chambre mixte de la Cour de cassation (*Ch. mixte*, 25 oct. 2004, n^o 03-14219, *Bull. civ.*, n^o 3) venant mettre fin à une divergence entre la deuxième (*contra* : *Cass. civ.* 2^{ème}, 27 juin 2002, *Bull. civ.*, II, n^o 145) et la troisième de ses chambres (*pro* : *Cass. civ.* 3^{ème}, 7 oct. 1998, *Bull. civ.*, III, n^o 186 ; 31 oct. 2006, n^o 05-16819, *Bull. civ.*, III, n^o 211).

91, al. 1 CPC dispose « *lorsque la cour estime que la décision qui lui est déférée par la voie du contredit devait l'être par la voie de l'appel, elle n'en demeure pas moins saisie* ».

29. – La décision du conseiller relative à la recevabilité de l'appel. – Il a été préconisé dans le rapport du 24 mai 2008 de donner compétence exclusive au conseiller de la mise en état en matière de fin de non recevoir (*supra n° 15*). Si l'article 911 CPC était modifié en ce sens, les ordonnances du conseiller pourraient être revêtues de l'autorité de la chose jugée et faire l'objet d'un recours immédiat, y compris en cas de rejet de la fin de non recevoir. Le déféré serait ouvert que l'irrecevabilité de l'appel soit prononcée ou non.