

Règlements des différends

Jacques Pellerin - avoué à la Cour d'Appel

ajpellerin@gmail.com

Déléguée : Verena

verena.kerscher@sciences-po.org

Table des matières

I	Le procès civil	5
1	La mission du juge judiciaire	7
2	Le cadre technique de la procédure	10
2.1	Le droit d'agir en justice	11
2.1.1	L'intérêt à agir	11
2.1.2	La qualité pour agir	12
2.2	La demande et la défense	13
2.3	les moyens de défense	16
2.3.1	L'irrégularité de la procédure : les exceptions de procédure	16
2.3.2	L'irrecevabilité de la procédure : les fins de non recevoir	18
3	Principes directeurs : Les obligations et des droits des parties et du juge dans le procès	19
3.1	Le principe du dispositif	20
3.2	Le principe du contradictoire	22
3.3	Le principe de la loyauté	23
3.4	Le principe d'impartialité et d'indépendance du juge	24
3.5	Le principe du libre accès au juge	24
4	Les voies de recours	25
4.1	Devant le même juge	25
4.1.1	Le recours en opposition	25
4.1.2	Le recours en tiers opposition	25
4.1.3	Le recours en révision	26
4.2	Devant un juge supérieur	26
4.2.1	Le recours en appel	26
4.2.2	Le recours en cassation	27
II	L'arbitrage	28
1	Petit détour explicatif	28
2	Qu'est ce que l'arbitrage ?	29
2.1	L'arbitrage international	30
2.1.1	Mécanisme de l'arbitrage	30
2.1.2	L'intervention du juge étatique	33
2.2	L'arbitrage interne	34
2.3	L'arbitre amiable compositeur	37

III	Le procès pénal	38
1	La procédure pénale	40
1.1	Juridiction de jugements	40
1.2	Juridiction d'instruction	41
1.3	La poursuite	41
1.3.1	Les procureurs	41
1.3.2	La police	43
2	Le déroulement de la procédure pénale	43
2.1	Vue d'ensemble sur la chronologie du crime	45
2.1.1	La constitution partie civile	48
2.1.2	Les témoins assistés	49
2.1.3	La mise en examen	49
3	Pour l'examen	50
4	Annexes	51

Introduction

Matière qui concerne les questions de droit privé et de procédure civile. Cours qui ne fait pas dans les généralités mais qui est une entrée dans les concepts de procédure civile : comment a-t-on construit le procès ? sur quelles techniques ? sur quels raisonnements ?

Comment on a créé un système de raisonnement ? Cet enseignement n'est pas seulement axé sur le procès civil, on abordera aussi le procès pénal (problème de la garde à vue) mais également la justice privée (droit de l'arbitrage, juges privés et rémunérés, chaque partie désigne son arbitre. Exemple : affaire Tapie). On étudiera aussi les procès internationaux (question de compétence) : des règlements sont institués entre les Etats. On cherche à comprendre les mécanismes qui inspirent ces solutions et les problèmes qui naissent. Derrière les questions techniques il y a souvent des questions politiques, voire sociales. Il faut intégrer la vision de la société pour expliquer les problèmes. Il faut aussi raisonner de manière technique.

Lire les articles 1 à 16 du code de procédure civile.

Déroulement du cours : présentation d'un thème pendant 1h15-1h30 puis questions et/ou exemples.

Première partie

Le procès civil

On ne peut se passer de faire un peu d'Histoire. **Le procès pénal a pour but d'assurer la sanction de la personne que l'on soupçonne d'avoir enfreint la loi alors que dans le procès civil il s'agit de l'affrontement des intérêts des particuliers entre eux.** Les parties s'opposent leurs droits. Dans la procédure, on est toujours dans la prétention, il n'y a pas de vérité. L'adversaire est débiteur de ce droit. D'emblée il n'est pas compliqué de penser que qq'un va prétendre avoir un droit (ex : propriété, on est dans les conditions que la loi impose pour être propriétaire) alors que l'autre se défendra. On a un conflit de gens qui prétendent avoir des droits concurrents. C'est lié à ce qu'est le droit privé, **c'est à dire des droits qui appartiennent à l'individu et dont l'individu est maître** (exemple : détenant une créance, j'en fais ce que je veux, je suis maître du droit que je peux avoir).

Dans l'histoire, avant la Révolution, le procès civil c'était **une grâce** que faisait le pouvoir royal de trancher les litiges entre les particuliers. On a cette idée que tous les actes que l'on fait devant le juge du Roi sont formels. **La procédure civile est marquée par cette idée de forme presque exagérée.** Comme le Roi donnait la grâce de sa justice, les actes qui devaient être fait pour saisir la justice du Roi étaient très formels et la moindre défaillance dans l'acte entraînait l'annulation. Le fondement historique était cette idée de formalité, d'actes précis à respecter. Contrairement à ce que l'on croit l'Empire n'a apporté aucun changement. **Le code civil a été une refonte de la société mais pour le code de procédure civile ça n'a pas été le cas.** Bonaparte a repris les ordonnances qui régissaient la procédure civile d'Ancien Régime. **Pendant la Révolution**, les juges étaient élus et les avocats ont été abolis. Les particuliers allaient plaider seuls face aux juges élus. Les abus de droit étaient fréquents. **L'Empire** revient à l'ancien code : au fond, ce sont les mêmes personnes que celles qui étaient en fonction en 1790, il ne s'est pas passé tant de temps que ça entre les deux... On va retrouver les mêmes personnes qui vont continuer avec leur manière de raisonner et leurs usages.

En arrivant au 19^{ème}, on applique le système ancien : la constitution de la chambre des avoués de 1790 et ceux de 1803 est à 70% identique. Au cours du 19^{ème}, quelques réformes arrivent. La vraie réforme arrive en **1975**. Jusqu'alors, l'objet de la procédure civile c'est faire des actes dont on est sûr. Il y a dans cette matière une très grande approche pratique mais avec peu de raisonnement sur le procès. La procédure civile a eu la chance d'avoir un auteur qui a rénové la matière : **Henri Motulsky**¹ (juriste allemand jusqu'en 33), écrivain d'une thèse dans le maquis

1. Il est l'auteur, pendant la guerre, d'une thèse³ sur la réalisation du Droit privé ayant eu beaucoup d'influence sur la procédure civile française. En 1962, il est nommé, avec Gérard Cornu, président de la Commission de Réforme de la Procédure civile par Jean Foyer.

Apportant un indéniable sang neuf à cette réforme par une approche plus conceptuelle et comparatiste, il s'interroge de façon récurrente sur le système français (Qu'est-ce que le droit d'agir ?).

Motulsky se rattache à cette tendance doctrinale selon laquelle le jugement se résume à un syllogisme dont

sur la réalisation de droit privé. Il se demande comment on réalise les droits, par quel processus intellectuel ? En 1946 il soutient sa thèse et il rénove en donnant des concepts qui se calque dans les solutions jurisprudentielles.

Grâce à la réforme du droit privé entre 1962-1975, le code de procédure civile est écrit comme un livre. Ils rédigent des articles qui définissent tous les concepts. Dans les principes directeurs en 25 articles tout est dit². Une idée forte de rénovation est présente. La commission a siégé pendant pratiquement 10 ans pour que finalement le code soit promulgué en 1975. Le nouveau code de procédure civile est maintenant le code de procédure civile, document exceptionnel dans les sources du droit français. C'est le seul code qui a une unité de conception, conçu comme un système.

Un nouveau phénomène la CEDH (convention européenne des droits de l'homme) ratifié en 1972 par la France, a encore modifié le code de procédure civile. L'État a été obligé de modifier le texte. On voit tout le droit qui est passé au tamis des libertés (propriété, vie privée, traitement judiciaire). **Le procès doit être équitable.** Un exemple : depuis Louis XV les avocats généraux avaient le droit d'être présents au délibéré de la Cour, ce qui leur permettait dans d'autres affaires d'utiliser des informations que les parties au procès n'avaient pas. La cour européenne³ (de Strasbourg) des droits de l'Homme a trouvé que cela n'était pas équitable. Les parties remettaient leur mémoire, l'avocat général aussi (qui n'était pas "branché" sur la même chose) et cela faussait le débat. La France a dû changer sa pratique.

Autre exemple : **l'impartialité du juge.** Comment, techniquement, on assure son impartialité ? Une partie a le droit de récuser le juge (par exemple : si un juge a été référé, en mesure d'urgence, et rejuge au fond, on ne trouvait pas ça anormal). La cour européenne considère que cela nuit à l'impartialité du juge, vu qu'il a déjà manifesté une opinion sur l'affaire.

Les décisions rendues en matière civile ont modifié notre procédure. C'est au fond le dernier changement : l'existence du procès équitable.

La procédure est constituée de règles de guerre. Il ne faudrait pas que les règles engendrent une bataille qui viendrait se greffer sur le 1^{er} procès. Il faut au moins s'entendre sur les termes, sur *les moyens de combat*. **On a fait un effort en termes de clarification des règles de manière à simplifier le procès.**

la majeure est la règle de droit, la mineure les faits de l'espèce et la conclusion la décision elle-même. Dans cette perspective, il propose une répartition des fonctions entre les parties qui apportent les éléments de fait et le juge qui apporte les éléments de droit (*da mihi factum, tibi dabo jus*). C'est la conception de base du Code de procédure civile de 1975. Elle est aujourd'hui largement atténuée par plusieurs règles légales ou jurisprudentielles qui obligent les parties à qualifier leurs prétentions et à alléguer tous les fondements juridiques qui pourraient leur servir de soutien.

2. Voir annexe

3. La cour européenne est saisie par n'importe quel citoyen d'un pays signataire de la convention. Maintenant elle étouffe sous les saisies. 44 000 affaires en attente actuellement à Strasbourg. Il faut avoir épuisé toutes les ressources du pays pour aller à la cour européenne (appel, cassation)

1 La mission du juge judiciaire

En 2 mots, l'organisation judiciaire.

- 1^{ère} instance : **juridiction de droit commun = TGI**. Il y a en moyenne un TGI par département.
- Il y a **les tribunaux d'exception**, qui ont pour objet de trancher certains types de litiges : tribunal de commerce (les magistrats sont élus ⁴ par les commerçants), il y a une répartition territoriale assez inégale (en particulier à cause des faillites) ; les conseils de prud'hommes (à parité salariés et employeurs, élus tous les 6 ans ⁵) ; le tribunal paritaire des baux ruraux (moitié propriétaires-moitié fermiers ⁶) ; le tribunal d'instance a pour compétence les petits litiges (les maux d'habitation, droit de la consommation par exemple), en principe c'est un tribunal de proximité (dans le canton). On peut être dispensé d'avocat devant tous ces tribunaux. Il peut y avoir des problèmes dans l'incompétence des tribunaux.
- 2^{ème} instance : **la Cour d'Appel**. Il y a plusieurs TGI pour une seule Cour d'Appel (27 en France). Les étendues territoriales sont très variables (Agen vs Aix). Elle s'occupe des appels envers les décisions rendues par les tribunaux. Elle rend un arrêt. Elle a des chambres commerciales, rurales ... Elle a une plénitude de juridiction.
- 3^{ème} instance : **La cour de Cassation** qui se trouve au Palais de justice de Paris. Un pourvoi est formulé par la partie qui a perdu en Appel. On ne rejuge pas les faits. On rediscute le droit : est ce que la règle de droit a été bien appliquée ? Le procès n'a rien avoir avec l'affaire. Il s'agit de savoir si le point de droit a été bien jugé. Le débat initial n'intéresse plus personne.
- Quand on a tout épuisé : il reste la Cour européenne des droits de l'Homme.

En 1804, il y a avait encore des quantités de coutumes locales différentes, en particulier en régime patrimonial ou en régime successoral. Le code civil a instauré le partage des successions à égalité, bye bye le droit d'ainesse. Les gens résistent à la loi : ils ne vont pas se laisser léser. Les juristes locaux détournaient le sens des textes pour retrouver les usages anciens. Il fallait mettre au dessus des Cours d'Appel locales une instance qui chapeaute. La nuit du 4 aout abolit les corvées personnelles (exemple : la réfection du toit du château par un "serf") : dans les campagnes on tente de refaire vivre ces corvées à travers des contrats de fermage ou des donations avec une charge par exemple. La cour de Cassation a cassé tous les arrêts de ce type. Il y a encore des arrêts comme ça en 1850. Les détournements de succession ont duré jusqu'en 1870-80. Les Cours

4. Une formation est imposée. C'est souvent un cadre comme le directeur juridique qui se présente.

5. Des conseillers sont également présents qui sont un peu plus des professionnels, qui connaissent bien le droit du travail.

6. Elus mais présidé par le juge d'instance

d'Appels validaient ces comportements parce qu'il s'agissait de juges locaux qui ne voulaient pas lâcher leur coutume.

Le statut du juge judiciaire : il n'est pas un fonctionnaire au sens strict. Il est **inamovible**, il ne peut pas partir. Il existe des systèmes d'avancement pour ces juges avec des commissions. Les juges s'organisent en grade. On part du 2ème grade pour arriver au 1er grade, puis hors cadre.

On ne parle pas du parquet, corps de magistrats, qui a pour mission de représenter l'intérêt général, l'Etat : le parquet est aux ordres du ministre de la justice. Les procureurs demandent à être libérés de la tutelle de l'Etat.

La mission du juge dans le procès civil : **il faut distinguer la mission contentieuse (trancher un litige) et la mission gracieuse (on lui demande une autorisation, une vérification d'une situation, il n'y a pas de litige entre les parties⁷).**

Le litige c'est une opposition d'intérêt. Il en existe de beaucoup de sortes. Les parties s'opposent mais chacune prétend appuyer sa prétention sur du droit : **c'est une opposition avec des prétentions juridiquement fondées.** Les parties invoquent des droits opposés. L'invocation du droit est essentielle dans le litige. Le juge est là pour trancher le litige, dire le droit. Cela se décompose entre la *jurisdictio* et l'*imperium*.

La jurisdictio : opération dans laquelle le juge dit le droit, il tranche et donne les torts à l'un ou à l'autre. La règle de droit vise toujours une hypothèse de faits, dont le droit tire des conséquences. Il faut que le demandeur entre dans les conditions théoriques de l'hypothèse. Il raconte une histoire. Le juge doit trancher les faits que les parties lui présentent. **Le juge fait un travail sur la preuve, il retient les faits pertinents de l'affaire.** Il en déduit la règle de droit puis la sanction. "Dire le droit" : c'est déterminer les faits ce qui va permettre de trouver la règle de droit qui va s'appliquer. Le procès du côté du juge c'est cette opération là.

L'imperium : terme ancien qui veut dire la contrainte. A l'état pur, c'est le chef militaire qui ordonne l'attaque. "Je le dis, on le fait". Tout le mécanisme de l'Etat est fondé sur le principe de commandement. Le juge est un organe de l'Etat et l'imperium est ce qui donne au jugement sa force exécutoire. La solution prise par le juge va **avoir force exécutoire**, on peut donc appliquer la décision par la force. On peut mettre en oeuvre la force publique. Aujourd'hui les obligations civiles ne peuvent plus s'appliquer sur la personne même mais sur son patrimoine oui (autrefois un débiteur pouvait être emprisonné pour non paiement).

Le pouvoir de contrainte, de commandement, permet de faire exécuter la décision rendue. En droit civil, la décision est revêtue de la formule exécutoire (D. 12 juin 1947) qui autorise l'exécution forcée grâce à l'intervention d'un huissier de justice auquel est reconnue la faculté de requérir l'assistance de la force publique. En matière répressive, cette assistance peut également être requise, à la demande ici du ministère public auquel revient la charge de poursuivre l'exécution

7. par exemple dans le cas d'une adoption ou pour le divorce par consentement mutuel

des condamnations pénales (art. 707 et s. C. pr. pén.).

Pendant le procès, le juge a une activité concrète, il instruit le procès, cela ne veut pas dire qu'il mène une enquête. Il fait marcher la procédure, il pousse les parties à donner des pièces (**il n'instruit pas lui même le dossier**). Ce sont les parties qui apportent les faits, le juge ne les cherche pas. Le juge va ordonner aux parties de faire les choses, **il peut même les condamner à des astreintes (dues à l'autre partie) s'ils ne donnent pas les pièces**. Tant que la pièce n'a pas été donnée, la partie peut être condamnée par exemple à payer 1 000 euros par jour. Si la partie met 15 jours à donner la pièce, l'autre demande la liquidation de l'astreinte. C'est un autre juge qui va liquider l'astreinte, le juge de la liquidation peut entendre des excuses du retard puis tranche. Mais la liquidation de l'astreinte ne stoppe pas l'astreinte. Elle continue tant que la pièce n'est pas là.

Dans le procès, il n'y a pas seulement de la *jurisdictio*. C'est un "mini" imperium qui s'appuie sur la *jurisdictio*. C'est pour exercer sa *jurisdictio* qu'il a le pouvoir de commandement dans le procès.

Quand une partie énonce un fait, elle a la charge de la preuve. Dans les éléments de preuve qu'on peut avancer, il y a des éléments directs (reconnaissance de dette) et des éléments indirects (faisceau d'indices, il y a des faits qui ne peuvent se comprendre que si ce fait là a eu lieu). On appelle ça des présomptions des faits de l'homme (on est dans la probabilité).

Le juge lui est dans l'intime conviction, il doit trouver ce qui est le plus probable. On tombe dans l'appréciation personnelle du juge. En matière civile, le juge dans le procès ne peut pas fixer les objets des demandes, les parties sont maîtres des droits. Il ne peut rien ajouter aux prétentions des parties. Il est impuissant à définir, il est passif. Pour demander ces choses, les parties énoncent des faits et des analyses juridiques = des moyens (raisonnement sur lequel s'appuient les parties). Le juge est maître du droit, si la partie se trompe sur le moyen juridique qu'elle utilise, **il peut modifier le moyen mais pas ce que demande la partie, le résultat requis**. Il est nécessaire que le juge en parle au cours du procès, pour que le nouveau moyen puisse être soumis au contradictoire. Le droit oblige le juge à mettre le moyen de droit soulevé sur le tapis, pour qu'il puisse être débattu, c'est possible tant que le verdict n'est pas rendu (dès l'assignation ou même pendant le délibéré). Le juge n'a pas à se mettre à la place des parties pour modifier ce qu'elles veulent. Mais au cours du procès, les parties **peuvent modifier leurs objets**, en écoutant de ce que dit le juge. **Le juge peut ajouter des moyens mais la demande est constante.**

Le principe du dispositif : le juge ne peut pas disposer des droits des parties, c'est aux parties de faire le travail pour établir leurs droits. Cependant, il a un pouvoir pour pousser les parties à avancer dans le procès, à faire des actes. Le juge ne fait pas de recherches sur les faits, mais il peut cadencer le procès. Il exerce une certaine pression, il peut obliger une partie à donner un acte dans le procès, il peut donner des délais pour que les parties fassent état de leurs moyens (de fait ou de droit) ; il peut obliger les parties à apporter les conclusions ; à un moment il va

clôturer le procès. **Il n'y a pas dans la pratique d'audition de témoin** (même si dans le code de procédure civile, une disposition existe pour qu'un juge soit délégué pour auditionner les témoins). Quand il a des témoignages de part et d'autre, le juge va essayer de tirer des présomptions, de trouver une "vérité moyenne". Il va avoir la règle de droit pour voir quelle partie à la charge de la preuve. C'est au créancier de prouver que le débiteur a fait une faute : c'est plus facile de prouver la faute que de prouver qu'on a fait tout ce qu'on a pu.

Par contre, s'il y a des choses contraires à la loi dans le litige (exemple : contrat d'échange de drogue), il peut refuser de juger.

En conclusion, il y a l'**objet de la demande** que le juge ne peut pas toucher et le **moyen de fait ou de droit, l'allégation de fait** (que je prouve) qui va me permettre de sortir le moyen juridique qui va me permettre de justifier ce que je demande.

2 Le cadre technique de la procédure

Dans le code de procédure civile, on a la description du cadre du procès. **Il faut partir de la notion d'action en justice**. L'article 30 du code de procédure civile dit que l'action est le droit pour le demandeur, auteur d'une prétention, d'être entendu par le juge pour que celui ci la dise bien ou mal fondé.

Article 30 : *L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention.*

Pour le défendeur, l'action c'est le droit d'être entendu pour faire rejeter la prétention du demandeur. C'est un droit processuel, de nature procédural. L'action est définie dans le code civil. La demande, c'est la volonté de mettre en oeuvre ce droit. Le procès a une structure "géométrique".

L'action n'est pas dirigée vers l'autre partie mais vers le juge. On n'agit pas contre quelqu'un. On a une prétention contre l'adversaire, le droit d'être entendu n'est pas contre l'autre, mais vis à vis du juge. Il y a donc deux droits : un de **substantiel** sur lequel on s'appuie pour avoir la condamnation (droit civil, commercial) et un **processuel** comment on va être entendu (l'action).

Tout l'effort du dernier siècle a été de bien isoler l'action en justice pour en faire **un droit détaché du droit substantiel**. Le droit processuel est dans la prétention. Il faut séparer les deux plans. Il y a le droit de saisir le juge et il y a le droit qui doit être débattu dans la prétention. Il y a le droit d'action autonome du droit substantiel, le bien ou le mal fondé. On peut avoir tort et avoir le droit d'agir. La demande en justice est un acte de volonté. En face le défendeur a aussi

un droit d'agir. Autant les droits substantiels opposent les parties, autant le droit processuel n'oppose pas les parties, elles demandent au juge de trancher les prétentions.

L'action en justice est l'objet d'un droit subjectif indépendant du droit substantiel qu'elle tend éventuellement à mettre en oeuvre, dont l'exercice peut constituer un abus. Si ce droit n'existe pas, l'action est irrecevable. **La recevabilité de l'action en justice est subordonnée à la présence de l'intérêt d'agir et à celle de la qualité à agir.**

Il faut cerner les conditions de l'action : est-ce que toute personne peut agir ? En principe toute personne physique ou morale a le droit de saisir le juge. L'accès au juge est en principe ouvert à tout le monde.

2.1 Le droit d'agir en justice

Article 31 : reconnaît le droit d'agir en justice aux personnes qui justifient d'un intérêt et d'une qualité pour agir.

2.1.1 L'intérêt à agir

L'intérêt à agir est défini de manière assez large : avantage pécuniaire ou moral que l'on peut retirer de l'action en justice. Il doit **être né et actuel**.

L'intérêt doit aussi être légitime, personnel et direct.

Mais est-ce que pour une prétention donnée, est-ce que j'ai le droit de l'invoquer devant le juge ? Il faut que celui qui agit ait un intérêt certain **à la prétention et une qualité**. C'est un niveau préalable au bien fondé. L'intérêt permet de trier ceux qu'on ne veut pas voir invoquer le juge pour cette prétention. **Il faut que l'intérêt soit personnel et actuel**. On ne veut pas que les gens agissent à la place des autres. Il faut un intérêt moral.

Cela devient intéressant en ce qui concerne les personnes morales. C'est un groupement de personnes physiques : en particulier pour une association, (dont le but est de satisfaire l'intérêt propre de chaque sociétaire), la question est la suivante "quel est son objet ?". Est-ce qu'elle a un intérêt à agir ? On est pas toujours dans un intérêt pécuniaire pour les associations (ex : l'association des lefévristes, les vieux croyants contre le film de Goddard "Ave Marie"). Autre exemple : Une association pour lutter contre l'alcoolisme, a-t-elle le droit d'agir contre des bistrotiers qui ferment plus tard que l'heure permise ? Réponse non, la lutte contre l'alcoolisme ne peut être appropriée par les membres. En réalité, la loi pouvait les instrumenter pour en faire des policiers privés. En donnant à l'association le pouvoir de poursuivre en justice les infractions, elle obtient une mission d'intérêt général. Il vaut mieux confier aux associations ce genre de défense que de donner ça à la gendarmerie qui est surchargée. On a étendu cette idée en donnant une mission aux associations d'épargnants, aux associations d'écologie pour lutter contre des violations de la réglementation.

Dans la théorie de l'intérêt, on sélectionne ceux qui vont devant le juge.

La loi (Art. 31) ajoute qu'il faut que **l'action soit légitime**. Dans l'esprit du rédacteur du texte, cela devait se voir au début du procès. Au fur et à mesure des intérêts peuvent apparaître : avant 1970, la concubine non adultère ne pouvait pas agir en justice si son concubin non adultère décédait.

Parfois le juge ne s'arrête pas à l'intérêt : une femme avait réclamé le sperme de son mari décédé, déposé dans une banque, en vue d'une fécondation *in vitro*. Est ce que le juge peut trancher ? Avait-elle l'intérêt ? Le juge n'a pas traité l'intérêt, il a finalement déclaré que le dépôt à la banque de sperme rend le bien indisponible. Il est allé directement au fond sans traiter l'intérêt.

La notion de la légitimité est finalement très politique : qu'est ce que dans la société on doit admettre ?

2.1.2 La qualité pour agir

Elle est exigée à peine d'irrecevabilité. **La qualité est aussi importante** : c'est une condition qui va concerner la personne qui agit et le droit qu'elle prétend mettre en œuvre (toujours pas le bien fondé). Il peut y avoir un lien dans la loi entre la personne qui agit et le droit qu'elle invoque. Par exemple, la belle mère ne peut agir en divorce. **La loi confère à certaines personnes le droit de se prévaloir de la prétention. La qualité c'est le lien qui va être vérifier par le juge entre la prétention et la personne qui agit.** Il ne s'agit pas encore du bien fondé. Pendant très longtemps, il y a eu une règle qui disait que s'il y a vice caché d'un bien (ex : une voiture), on ne peut se retourner que contre son co-contractant. Si le vendeur est en faillite, la victime n'a aucun recours car le vendeur est insolvable. Pour protéger les consommateurs, la jurisprudence décide que l'acheteur en bout de chaîne peut se retourner contre le constructeur. On reconnaît la qualité à agir au consommateur contre qq'un qui n'était par partie à son contrat. En faisant ça, la jurisprudence prend un parti pris économique : elle ne passe pas par une loi mais dit que **le consommateur a qualité**. Là nous avons la théorie de la qualité qui va permettre de reconnaître un droit qui n'était pas donné par la loi⁸ la jurisprudence crée une protection supplémentaire.

La qualité et l'intérêt ne sont pas immuables. Le défendeur va soulever les questions d'intérêt et de qualité. Le juge est obligé de trancher cela.

8. **L'action oblique** : un créancier a un débiteur 1 qui a lui même un débiteur 2. Le débiteur 1 ne bouge pas pour ne pas payer son créancier. Théoriquement le créancier n'a de droit que contre son débiteur. On va permettre au créancier d'agir pour mettre en œuvre sa créance contre le débiteur 2. C'est une théorie de la qualité. **Dans l'action oblique on utilise l'action du tiers.**

L'action directe : la possibilité d'agir avec qq avec qui on n'a pas de rapport juridique. Exemple : la victime d'un accident qui agit contre le responsable. Si la loi ne dit rien, la victime ne peut se tourner directement vers l'assurance du responsable. Pour empêcher que l'argent de l'assurance soit détourné, la victime va pouvoir avoir un droit direct pour demander le paiement. **On a créé une action** que l'on donne à quelqu'un un droit d'agir pour payer une certaine somme.

2.2 La demande et la défense

Regardons comment va se former la demande et la défense. Comment on va exercer ce droit ? La demande c'est un acte de volonté par lequel on met en œuvre le droit d'agir. **Cette demande est soumise à des questions de capacité.** On est dans l'exercice de l'action. Il faut que je sois capable de faire des actes juridiques, cela n'a rien à voir avec la qualité. Est ce que j'ai la **volonté libre** ?

Aparté sur la procédure

*[Cette demande qui a pour objet la prétention va se matérialiser par **des actes de procédures.** L'acte de procédure majeur est l'assignation. C'est un acte assez formaliste par lequel je vais adresser à mon adversaire l'objet de ma prétention (de fait et de droit) et la démonstration de ma prétention et l'inciter à venir devant le juge. En matière civile, le juge pour le moment n'a aucun rôle dans le lancement du procès. Le juge ne sait même pas qu'une assignation est délivrée. On prévient le greffe qu'une assignation a été lancée et une date de procès est déterminée. L'autre peut ne pas venir mais il peut quand même se faire condamner. L'assignation est très formaliste, elle est délivrée par huissier. Il a comme compétence de constater ce qu'il observe et de le porter par écrit, de donner preuve authentique. Ce qu'il constate est très difficile à contester (possible que pour des faux). L'huissier va délivrer l'assignation et précise la manière dont elle est remise (à personne, boîte aux lettres, des diligences peuvent être employées si on ne trouve pas la personne). L'huissier se fait payer par le demandeur pour les diligences. L'envoi par lettre recommandée n'est pas satisfaisant. Le postier n'a pas la capacité de faire un constat.*

Si le défendeur choisit un avocat qui prévient son confrère, avocat du demandeur. Le procès est formé. L'assignation n'est toujours pas entre les mains du juge. L'avocat dépose l'original de l'assignation, donnée par l'huissier qui l'a remis, au greffe et là le tribunal est saisi. L'avocat a 4 mois pour la déposer au greffe. Ce temps c'est pour que les parties puissent trouver un terrain d'entente à l'amiable. Le juge est saisi des prétentions⁹ Mais là, rien ne se passe concrètement. Au bout de x semaines, le greffe voit le dossier. Là l'avocat du demandeur tente de faire avancer le procès. Le défendeur a le droit de conclure en réponse. Devant le juge passe un échange contradictoire. Le juge donne un délai au demandeur de répondre. Puis le défendeur pourra faire une duplie. A ce moment là, le juge fixe une audience de plaidoirie pour que l'affaire soit expliquée devant lui. Puis on fixe un "planning" de délais pour les conclusions.¹⁰ Dans l'assignation, il doit y avoir le nom des parties, l'objet, la liste et le nombre de pièces, des sanctions (que le

9. La question est ce qu'il faut suspendre le procès pour rechercher l'autre ou avancer et ouvrir des recours est favorable à la seconde.

10. Si l'assignation n'a été remise à personne, on devra réassigner pour avoir le procès le plus contradictoire possible. S'il ne vient jamais, le procès aura lieu mais il sera susceptible d'opposition par le défendeur. S'il n'y a pas de défense, le juge n'a pas d'autre vision des choses que celle de la demande. Quand le défendeur ne comparait pas, le jugement n'est pas contradictoire et est altéré. Mais il y aura quand même un jugement.

défendeur risque de subir s'il ne comparait pas). Il y a des audiences de procédures pour voir l'avancement du procès. Puis le juge clôture et tout à la fin, il y a une plaidoirie.]

Le travail du défendeur est plus compliqué que celui de l'autre : la demande est présumée régulière et recevable, le demandeur n'a pas à les prouver. Le défendeur doit prouver que la demande est irrégulière ou irrecevable. C'est au défendeur de soulever que le tribunal est incompétent (régularité), la demande est nulle (demandeur mineur, régularité toujours), l'assignation contient une violation (régularité encore) elle est nulle. On peut aussi avoir un débat sur la recevabilité : il n'a pas le droit d'agir, il n'a pas intérêt personnel ou légitime, il n'a pas de qualité, l'action est prescrite. Enfin, on a le bien fondé : le demandeur n'apporte pas la preuve du fait, il déforme la règle de droit pour s'en prévaloir. Le défendeur va faire apparaître l'irrégularité de la demande, l'irrecevabilité de la demande ou encore que la demande est mal fondée. Le juge va statuer. Ce que dans le code de procédure civil on a imposé au défendeur, c'est de soulever en premier les questions de régularité, s'il ne le fait pas au début, il ne peut plus le faire après. On va essayer en classant les question de voir clair. On a bien les 3 plans du procès.

Dans le procès au civil, il n'y a pas de témoin, les parties ne sont pas présentes. Les avocats ne plaident pas, c'est une explication simple. Il y a des affaires où les conclusions détaillées ne permettent pas de voir tous les aspects.

Une fois qu'on a la condamnation on a alors des sociétés de recouvrements qui les recherchent.

On distingue la régularité (la capacité, est ce qu'elle a la possibilité de faire des actes juridiques, la manière de mettre en œuvre le droit, "pourquoi me parles tu comme ça ?"), la recevabilité (le droit d'être entendu, "est ce que ça te regarde ?") et le bien-fondé (est ce que j'ai les éléments de fait et de droit qui permettent de justifier ma prétention ?).

Si on ne met pas de l'ordre dans le procès, il faut qualifier les trois plans mentionnés ci-dessus. Cela n'est possible que si on a une conception du droit d'agir, indépendante du droit substantiel, voilà les conditions de recevabilité, les conditions de bien fondé et les conditions de régularité. L'instrument de qualification permet une meilleure visibilité du débat.

La demande et la défense sont des **volontés**. On peut tous avec des prétentions qu'on ne met pas en oeuvre. Il faut une volonté, voire une certaine énergie, pour aller en justice. La volonté a pour but de faire juger la prétention. La demande est un concept, c'est un acte juridique qui a un effet, vouloir faire juger la prétention. C'est un acte unilatéral (contrairement à un acte bilatéral comme le contrat). La demande existe par l'émission de la volonté. **La demande a une forme et un contenu.**

La forme : le défendeur ¹¹ peut dire que la demande a une forme irrégulière, la demande n'est pas recevable, la demande est mal fondée. Il y a 3 niveaux de possibilités. Elle est prévue dans le code de procédure civile (**Art. 56**). L'assignation est un terme qui vise un acte de procédure qui a une particularité, c'est qu'il est délivré à l'adversaire. L'assignation revêt un caractère contradictoire. L'assignation est la forme la plus accomplie car il y a un contradictoire. Outre ses modalités de signification par l'huissier, elle contient le résumé des moyens du demandeur et ce qu'il demande. Jusqu'au moment où l'assignation n'est pas déposée au greffe, le tribunal ne sait rien. Il y a d'autre forme de demande : il peut y avoir des demandes conjointes, les deux vont ensemble demander au juge de trancher. Il y a aussi des formes unilatérales dans des hypothèses très spécifiques (exemple : la caractérisation de concurrence déloyale. Si on prévient l'autre, il y a risque que le litige disparaisse - une disparition de fichiers par exemple.). 98% des procès commencent par une assignation contradictoire

Le contenu : il faut qu'il y ait les moyens de fait et de droit. Le demandeur a une prétention. Il doit prouver alors qu'il entre dans les hypothèses de la règle de droit. Quelque soit la situation, c'est toujours le même système. Il faut raconter les faits pertinents. Il y a dans tout ensemble de faits, un lot de faits pertinents, à partir desquels on va faire la qualification. Dans l'assignation, on cite les moyens de preuve que je pense suffire (exemple : le contrat signé par les deux parties). Quand des conclusions vont préciser les moyens de faits, les moyens de la preuve, les moyens de droit, le juge devra dire ce qu'il en pense. Le juge est débiteur du droit d'agir, il doit vider les moyens de fait et de droit que les parties s'opposent. Une partie du contentieux repose sur la preuve. Le juge doit regarder comment les faits sont établis, sur quel type de preuve. On a tout un ensemble de preuves possibles qui vont être proposées par les parties et le juge doit y trouver la vérité. Le juge est saisi de la prétention.

La défense va avoir la volonté de saisir le juge, s'il veut se défendre. Il peut ne jamais comparaître et ce sera à ses risques et périls. Quand le défendeur est là, c'est qu'il veut rejeter la demande. Il agit, tout comme le demandeur, mais **il agit en défense**.

S'il n'y a pas d'action, que le droit d'agir n'existe pas, le juge n'a pas à trancher, il n'est pas débiteur du droit de juger et donc l'action n'existe pas. C'est la recevabilité.

Si l'exercice de l'action a été irrégulier (il manque un élément dans l'assignation, il manque l'objet, le dispositif), c'est un problème de formation de la demande. Cela tient aux règles de l'acte. Si l'assignation est nulle, on a le droit de reformer le procès. C'est la régularité des actes.

Si c'est régulier et recevable, il faut également le bien fondé. A partir de là, **le défendeur à 3 plans de riposte. Il peut attaquer la recevabilité de l'action, la régularité et le mal fondé**. Il en a même un 4^{ème}, il peut se porter demandeur, en demande reconventionnelle, une demande liée à ce procès, dans laquelle il demande la condamnation du demandeur (exemple : il

11. défendeur : avocat et défendeur : partie

peut demander des dommages et intérêts pour demande abusive. C'est une demande qui a pour objet de pénaliser le demandeur ou de détruire son moyen de droit. On peut par exemple demander de prononcer la nullité d'un contrat. Si le juge donne gain de cause, le premier contentieux est remporté par le défendeur). Dans les défenses, il y a plusieurs leviers.

2.3 les moyens de défense

2.3.1 L'irrégularité de la procédure : les exceptions de procédure

¹² Il peut soulever l'**exception de procédure, c'est à dire l'irrégularité de la procédure**. Soit la juridiction saisie par le demandeur n'est pas compétente, l'affaire peut toujours être jugée mais c'est une question de régularité de la demande. La compétence est très superficielle, s'il ne la soulève pas avant toute autre défense, il ne pourra pas en parler ensuite. Si le défendeur soulève l'incompétence, il doit montrer dans ses conclusions quelle est la juridiction qui selon lui est compétente. Le tribunal statuera sur la compétence. Sa décision peut faire l'objet d'un recours, qu'on appelle le contre-dit, mais uniquement sous 15 jours après le jugement sur la compétence et ce recours doit être motivé. On fait tout pour que la règle de compétence ne soit pas souvent utilisée. C'est un régime très restrictif que celui de l'exception d'incompétence. C'est l'idée d'activer le procès. Mais cela n'annule pas le procès, il y a juste un transfert. **Tous les juges judiciaires civils sont capables de juger**. La cour d'appel va rejuger l'affaire mais sans prendre en compte l'incompétence du premier jugement. Les règles de compétences sont secondaires.

Deuxième moyen, il peut soutenir que l'affaire n'est pas bien distribuée : le tribunal est compétent, mais il y a d'autres tribunaux saisis pour des affaires connexes, (Article 101 : *S'il existe entre des affaires portées devant deux juridictions distinctes un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble, il peut être demandé à l'une de ces juridictions de se dessaisir et de renvoyer en l'état la connaissance de l'affaire à l'autre juridiction*). On appelle cela l'**exception de connexité**.

On peut aussi avoir la même histoire mais ce n'est pas le même procès. Mais si ce sont les mêmes faits... Exemple : un couple se sépare et chacun a un domicile séparé. Le mari assigne à Bordeaux et la femme assigne son mari à Paris. C'est le même procès, il va falloir que l'un des tribunaux se dé saisissent. C'est l'**exception de litispendance** (Article 100 : *Si le même litige est pendant devant deux juridictions de même degré également compétentes pour en connaître, la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir au profit de l'autre si l'une des parties le demande. A défaut, elle peut le faire d'office*). En pratique, celui qui aura la date en second devra automatiquement se désaisir. Remarque sur un exemple à l'étranger : quand deux procès ont lieu, un en France et un à l'étranger, la cour de cassation a décidé que l'exception de litispendance était applicable. Il faut que la décision rendue par le juge étranger puisse être reconnu par le juge français. On va anticiper, si les critères français sont remplis (conformes à l'ordre public) le jugement est reconnu. Le juge français saisi en second, va lâcher le procès. Mais dans l'autre sens, si le juge français est

12. Art 71 à 126 du code de procédure civile

saisi en premier, rien n'est sûr, sur le désaisissement de l'autre juge.

Troisième moyen, les problèmes de nullité d'actes du procès, notamment la nullité de l'assignation. Annuler l'assignation signifie annuler la procédure. On peut **annuler un acte** (expertise, conclusion etc.). La nullité est encourue pour irrégularité. La nullité ne fait tomber que cet acte. Elle sanctionne des actes irréguliers.

La théorie de la nullité : dans le système ancien, toute irrégularité de l'acte entraînait la nullité de l'acte, parce que l'idée était que saisir la justice du roi était un acte qui avait des formes précises et qu'on ne pouvait pas méconnaître. L'acte était sacré et les avocats en profitaient. En 1806 quand on promulgue le code de procédure civile, on reprend cette idée que les actes doivent avoir une forme et que cette forme doit être respectée. Peu à peu la jurisprudence commence à reculer. On ne peut annuler que si la loi prévoit cette nullité : pas de nullité sans texte. On dit aussi que si une formalité dans l'acte manque, mais qu'il y a une autre formalité qui aboutit à donner le même renseignement, il y a équipollence des formes. Quand il y a des formes de substitution on n'annule pas. Mais quand il y a des choses substantielles, essentielles, qui étaient obligés de figurer. C'est resté ainsi jusqu'en 1975 : au lieu de consacrer la forme, les auteurs du nouveau code vont dire que quand il y a une irrégularité de forme qui cause la nullité ne peut être prononcée que si l'irrégularité cause un grief. **Quelque soit l'importance de la règle de forme, elle peut ne pas être respectée, si ce non respect ne cause pas de grief**, c'est lui qui compte et non plus la forme. On sort de l'approche procédurale, la forme doit avoir une justification, le défaut de ce renseignement peut causer un grief mais pas forcément. On a un **changement total** de la théorie de nullité. Le problème tourne autour de "y a t il eu un grief?". Cela change énormément la procédure civile. Le débat porte à présent sur le défaut de forme et son implication en terme de grief.

A coté de cela on a maintenu des nullités de fond. Cela repose sur le pouvoir de faire l'acte. Il a des conditions qui n'ont rien à voir avec les formes, mais peuvent entraîner la nullité (3 cas prévus dans l'article 117) : l'incapacité (minorité), le défaut de pouvoir (du représentant de la personne morale ou de l'incapable majeur) et le défaut de pouvoir de l'avocat (mandataire ad litem). Ces cas sont des **nullités de fond**. La jurisprudence ne va pas ajouter davantage de nullité de fond (arrêt de chambre mixte : tout le reste est de la forme). Là le grief n'est pas nécessaire. **On distingue les nullités de formes et les nullités de fond.**

On est arrivé finalement à vider la procédure civile de ses règles purement formelles. Les nullités de formes doivent être soulevées dès le début du procès, *in limine litis*. Si c'est en cours de procès, pour les conclusions, il doit le faire immédiatement. Pour les nullités de fond, si la personne est incapable elle le reste, ça ne change pas au cours du procès. Le défendeur peut le soulever à tout moment du procès, ça touche à la capacité de celui qui a fait l'acte. C'est un vice qui affecte le procès tout au long. On est au delà de la forme, celui qui agit n'a pas le droit de le faire.

2.3.2 L'irrecevabilité de la procédure : les fins de non recevoir

Le défendeur peut s'attaquer à la recevabilité : le demandeur n'a pas le droit d'agir. Il conteste l'existence du droit d'agir : le défendeur n'a pas d'intérêt et n'a pas de qualité. On ne discute plus la régularité mais la recevabilité. Il peut le soulever à tout moment, parce que si on n'a pas qualité ou intérêt au début du procès, on ne l'a pas non plus au cours du procès. Il y a d'autres cas qui vont mettre en cause le droit d'agir.

Les fins de non-recevoir sont des moyens de défense qui tendent « à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut du droit d'agir ». Les fins de non-recevoir sont fondées sur :

- le défaut d'intérêt ou de qualité pour agir ;
- l'échéance de la prescription ou l'écoulement d'un délai préfix ;
- l'autorité de chose jugée ;
- l'estoppel.

Les fins de non-recevoir peuvent être invoquées en tout état de cause, sauf intention dilatoire. Elles ne nécessitent pas la démonstration d'un grief et relèvent de la seule compétence du juge du fond.

- Il se peut que pour des raisons distinctes le demandeur n'ait plus le droit d'agir, par exemple parce qu'il y a **prescription extinctive**. C'est pas le droit qu'on perd, mais le droit de demander, le droit d'agir.
- Il se peut aussi que le procès pour la même chose a déjà eu lieu. Le droit d'agir a donc disparu : c'est **l'autorité de chose jugée**. On ne veut pas que le demandeur attaque toujours le même défendeur. La jurisprudence dans un arrêt du 3 juin 1994 a eu l'occasion d'être très claire : une dame agée avait vendu son appartement à un prix ridicule. Elle assigne son acheteur en nullité de la vente pour erreur sur le prix. Elle est débouté, devant la cour d'appel et de cassation. Elle recommence sur une nullité en défaut de cause. (Elle aurait pu agir en rescision pour lésion, quand le prix est inférieur à 7/12 mais le délai est de deux ans). Sur la cause, en théorie des contrats : quand il y a une trop grande différence de valeur entre l'objet de la vente et le prix, on peut soutenir qu'il n'y a plus de cause, ou une cause insuffisante. En l'espèce, même objet, même personne mais pas le même moyen. La cour de Paris dit que le fondement est différent, donc ce n'est pas le même procès. On rejuge. La cour de cassation dit que c'est la nullité qui a déjà été jugée, elle casse l'arrêt. La cour d'Amiens revient sur la cour de cassation et reprend la position de Paris, disant que ce n'est pas le même fondement mais pour le même objet, il n'y a pas autorité de chose jugée. Quand la cour de renvoi résiste à la cour de cassation, c'est presque automatiquement renvoyé à la cour de cassation. Et là, la cour de cassation confirme la cour d'appel. Cela implique un développement du contentieux où les personnes cherchent un nouveau fondement juridique. Au bout d'un moment, le contentieux se met à grossir et la cour de cassation va essayer de trouver un moyen. L'arrêt 7 juillet 2006 (Césareo) : litige entre

deux frères après la mort des parents. Un des deux travaillait sur l'affaire et pas l'autre. Le premier réclame une part plus forte que l'autre. Une fois sur le salaire différé puis une fois avec le principe d'enrichissement sans cause (transfert entre personnes sans relation juridique entre les deux - l'appauvri doit être rémunéré), il dit qu'il n'avait pas de relation juridique avec ses parents (pas de contrat de travail, pas de dette). Mais l'objet reste le même. La cour de cassation tranche alors en disant que c'était la même affaire car c'est le même objet : le contraire de l'arrêt de 1994. La cour dit que dans la première affaire le demandeur aurait dû concentrer tous les moyens ayant le même objet. On sort de la logique de la chose jugée et on passe à une police de comportement. Du coup, on met plein de moyens différents, subsidiaires, dans les écritures parce qu'on ne peut plus les prendre après. Il n'y a aucun texte qui l'impose mais c'est la jurisprudence. La jurisprudence est rétroactive mais pas la loi. Le juge veut obliger le conseil des parties à étudier les litiges le plus profondément possible avant de le présenter.

- Il peut opposer le délai qu'il avait pour faire son action : c'est **le délai de préfixe**. Après le délai on ne peut plus agir. La prescription sanctionne une inaction. Le délai de préfixe est en général d'ordre public. Le délai de préfixe est fait pour obliger le créancier à agir. C'est une modalité de la loi, qui donne le délai pour qu'on puisse poursuivre l'autre. Il perd son droit sous-jacent.
- Et enfin, il peut lui opposer que le juge ne peut pas trancher ce litige parce que le juge est un juge qui ne prend que des mesures provisoires. Par exemple le juge référé prend des mesures provisoires, il ne statue pas au fond. Il n'a pas le pouvoir juridictionnel de trancher le litige. On a alors des fins de non recevoir. Ces moyens ont pour but de mettre fin au procès sans examen du fond. La cour d'appel ne peut pas juger la décision du référé, qui n'a pas pris de décision sur le fond. On est bien dans un problème de recevabilité parce que le juge saisi n'a pas le pouvoir de juger. On a une suppression du pouvoir de juger. C'est tout à fait différent de la compétence.
- **L'estoppel** est une fin de non-recevoir fondée sur l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui.

3 Principes directeurs : Les obligations et des droits des parties et du juge dans le procès

Comment envisager les droits et obligations des parties et du juge ? On a réparti les pouvoirs entre eux. Il y a au fondement de cette disposition le principe du dispositif qui explique comment va s'orienter l'organisation des droits et des obligations du juge et des parties. L'évolution du code de procédure civile fait qu'il va y avoir un équilibre entre ces tâches. Il y a aucune des deux entités qui l'emportent sur l'autre. Il y a toujours un balancement.

Il y a le principe du dispositif, celui du contradictoire, le principe de l'accès au juge et de loyauté.

3.1 Le principe du dispositif

Selon ce principe, les parties à un litige déterminent l'objet de la matière qui sera traité en apportant les éléments de fait qu'elles estiment nécessaires. La difficulté est de déterminer précisément la mission confiée aux parties et au juge.

Le principe du dispositif vient de l'idée de disposer. Qui dispose des droits ? En droit privé, les parties en disposent et non le juge, à la différence du procès pénal. Au fur et à mesure, le juge est passé d'observateur des moyens qui passent à chef d'orchestre des prétentions. Ce qui est demandé n'est défini que par les parties. Le juge ne peut pas ajouter les prétentions ni même les préciser. Le juge est lié par ce qui est demandé, mais le moyen juridique qui soutient l'objet est entre les mains du juge. C'est lui qui va qualifier, voire soulever d'office des moyens, ce qui va permettre d'obtenir l'objet. **L'objet est au moins des seules parties.** Du coup, la demande en justice, l'initiative du procès ne dépend que de la partie, le juge civil ne peut pas mettre en œuvre le droit de la partie. Il n'y a que deux cas où le juge peut s'auto-saisir : en cas de procédure collective (une des parties est en cessation de paiement - il peut ouvrir une procédure de redressement judiciaire) ou en cas de tutelle, quand dans un procès on s'aperçoit que l'une des parties a un état d'esprit visiblement faible, le juge peut alors demander la mise sous tutelle. Il y a l'idée de protection d'intérêt général. Il s'agit de cas très très particuliers. En pratique, **le juge ne peut pas définir les prétentions des parties.** (Article 5 du code de procédure civile).

Il existe une contrepartie à ce principe : le juge impulse la mesure du procès. Il prend des mesures facilitant la tenue du procès. Il impose des délais, les communications de telle ou telle pièce (à la demande de l'un ou de l'autre), il clôture les échanges à un moment. Il est actif dans le déroulement du procès. Et il va imposer aux parties son rythme. Il est maître de ce droit du déroulement. C'est un pouvoir très puissant. Cela a été inspiré par le droit allemand (notamment avec le retour de l'Alsace en 1918).

Un autre aspect du principe du dispositif : l'article 6 précise que le juge ne peut pas ajouter des faits, il n'y a que les parties qui ont la charge des faits. On n'est pas dans le droit pénal, le juge ne peut pas aller chercher des faits même s'il a des connaissances personnelles des faits. On va permettre au juge de ne pas être lié par l'ordre des choses présentées (quand il y a un fait au second plan, un fait accessoire, le juge peut le faire passer au premier plan, en fait pertinent). Il peut également poser des questions, des demandes d'explication qui peuvent susciter la révélation de faits nouveaux. Un juge adroit peut très bien faire surgir des faits que l'un ou l'autre ne veut pas révéler. Il y a un jeu subtil qui va se jouer entre les parties qui se contredisent. Exemple : dans le droit commercial. Une question sur une garantie fiscale : quand on demande à ce que l'actif et le passif représentent bien les richesses de l'entreprise. Il y a des secrets lourds pour tout le monde (comme une fausse déclaration fiscale) : le juge peut donc faire révéler des faits.

Le pouvoir du juge n'est pas de rechercher les faits mais de poser des questions. C'est une liberté considérable du juge.

La preuve des faits repose sur les parties. (Art 6 à 9) La règle est que le demandeur doit prouver les faits qu'il allègue. La charge de la preuve est essentielle dans le procès civil. Qui doit apporter la preuve de tel fait ? Parfois c'est celui qui l'allègue mais parfois c'est présumé. La charge de la preuve est déterminante, celui qui n'apporte pas la preuve perd le procès. Dans le droit substantiel, il y a des règles qui renversent la charge de la preuve. Par exemple si on a un accident chez un médecin (une brûlure par un appareil de radiologie par exemple). Dans le contrat médical, il y a des obligations de moyens (obligation de soin, diagnostic : il doit faire son possible pour guérir le patient). On est obligé de prouver que le médecin a commis une faute dans ses obligations. Le dysfonctionnement de l'appareil de radio fait que c'est le médecin qui doit prouver que ce n'est pas de sa faute. Selon le droit invoqué, on a des règles de charge de la preuve différentes. C'est une question qui est toujours problématique.

Le code de procédure a distingué deux situations :

Art 146 *"Une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver."*

"En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve." Le juge ne peut que conforter la recherche de preuve. Le juge ne peut pas se transformer en juge instructeur.

Art 145 : on est avant le procès, on ne sait pas ce que demande la partie. C'est une mesure *in futurum*. *"S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé."* On permet à la personne la désignation d'un expert permettant de prouver la prétention. Cela va permettre de trouver les causes du dommage.

Exemple : propriétaire d'un studio. Plafond qui est humide. Comment trouver d'où vient l'eau ? On ne peut pas assigner les autres propriétaires, ni les voisins, qui n'y sont pour rien. Dans les circonstances comme cela, il ne faut pas engager le procès avant d'avoir la preuve. On a donc la possibilité de demander au juge un expert, en dehors du cadre d'un procès. On cherche uniquement les éléments établissant les origines du trouble. On ouvre la possibilité d'une liberté dans la recherche de la preuve.

Dans le règlement des litiges, beaucoup d'affaires s'arrêtent là : les preuves font souvent que les parties vont s'arranger. Cette recherche avant tout procès est un mécanisme très important.

Les moyens de droit (art 12) : les parties doivent énoncer des moyens de droit. C'est le juge qui reprend la main. C'est lui qui doit dire le droit. Les parties définissent les faits mais le

droit c'est le juge. Les parties proposent des moyens mais c'est le juge qui qualifie le moyen de droit. L'idée de l'article 12 c'est que le juge applique le droit. *"Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée."* Nous avons un point très débattu. Est ce que le juge est obligé d'appliquer la bonne règle de droit ? Le juge peut soulever d'office le moyen mais peut on lui reprocher de ne pas avoir appliqué le bon moyen ? Bien sur quand le moyen est d'ordre public (c'est une règle qui ne permet pas aux parties d'y déroger. ex : il est interdit de conclure un contrat sur le corps humain), il n'y a pas de problème (ici le juge doit soulever l'illicéité du contrat). Mais quand il s'agit d'un moyen de droit qui n'est pas d'ordre public, est il obligé sous peine de cassation de le faire ? initialement on avait dit que oui, mais depuis on s'est rendu compte que si on imposait au juge de mettre au débat des moyens non soulevés, il fait le travail des parties. Le droit est devenu si compliqué qu'on peut facilement reprocher au juge de n'avoir pas soulevé tous les moyens de droit. Arrêt Cassation 21 décembre 2007 : le juge ne doit pas soulever les moyens de droit que les parties n'ont pas soulevé au moins que ce soit **un moyen d'ordre public**, seules qu'il puisse soulever.

Les règles d'ordre public sont les règles auxquelles les parties ne peuvent pas déroger. En général, la loi dit que la règle est d'ordre public, mais il peut aussi arriver que la jurisprudence le dise.

3.2 Le principe du contradictoire

Articles 13-16, surtout 16.

Les droits de la défense sont plus large exemple : l'obligation de motiver. Le principe du contradictoire = à la manifestation des droits de la défense au nom d'un principe d'équité et de loyauté au sein de la procédure civile.

Le débat qui a lieu entre les parties devant le juge doit être effectué de telle manière que les parties aient connaissance des moyens de faits et de droit et des pièces que l'autre partie invoque : il y a donc une nécessité d'échanger les moyens et les pièces, avant la clôture de la procédure. Il faut laisser à l'autre le temps de répondre. Il faut mettre le moyen dans le débat en temps utile. On est obligé de montrer **toutes ses cartes**. La logique c'est le contradictoire et de mettre dans le débat tout ce qui va être invoqué. Mais est ce que j'invoque tout ce que je sais est une autre histoire...

C'est le rôle du juge de vérifier que les pièces ont été bien échangées, en temps utile. Mais il a, outre son rôle de contrôle, le droit de mettre un moyen de droit que les parties n'ont pas invoqué. Il doit soumettre ce moyen de droit à la discussion des parties (il n'a pas le droit d'apporter de nouveaux moyens de faits). Mais le juge est le maître du droit, même si les parties n'ont pas bien appliqué le droit c'est à lui de le faire. Il peut imaginer un moyen de droit mais s'il ne correspond pas du tout au fait que les parties n'ont pas développé, ce qui fait qu'il n'est pas applicable. La cour de cassation casse tous les arrêts où les juges ne soumettent pas les moyens de droit aux parties.

Au début, quand l'article 16 alinéa 3 a été promulgué, la tradition judiciaire n'était pas du tout dans ce sens. Il a fallu 3 versions pour qu'il ne soit plus attaqué. Il y avait une obligation farouche des juges de devoir soumettre leur analyse juridique à l'analyse des parties. Il y a eu une pratique dramatique de cassation. La cour de cassation, pour ne pas annuler tous les arrêts, a trouvé un système, elle dit que le moyen de droit mis par le juge était en suspens dans le droit invoqué par les parties. Le moyen est dans la cause et finalement tout est dans tout. Mais ça permettait de sauver des arrêts qui auraient dû être annulés. La règle fondamentale qui veut que le juge ne mette pas de lui même un moyen de droit sans l'avoir soumis au débat des parties, fait qu'il existe un contradictoire. Aujourd'hui, les moyens mis dans la cause ne font plus partie du procès.

La règle du contradictoire est fondamentale : entre les parties qui doivent échanger en temps utile et du côté du juge qui doit surveiller que les parties l'ont fait et il faut qu'il soumette les moyens de droit à la contradiction des parties. Il doit ensuite laisser les parties conclure sur ces moyens (c'est pareil pour l'arbitrage).

3.3 Le principe de la loyauté

Non écrit dans les textes mais ce principe est en cours d'affirmation. Il n'y a pas d'article dans le code de procédure civile (mais dans le décret sur l'arbitrage si !). En droit français on a un problème avec la vérité du procès.

La loyauté ça concerne un comportement dans le procès, il faut se comporter de manière loyale, c'est à dire qu'il ne faut pas fournir de fausses pièces, il faut aussi avoir un comportement qui soit respectueux de l'adversaire et du juge. Respectueux de l'adversaire cela va être de **ne pas se contredire** sans sa position (ne pas soutenir une chose et son contraire). Il y a aussi l'obligation de **concentrer** les écritures, les moyens, de manière à ce que la position de la partie présente tous les aspects qu'elle soutient. Il y a les questions plus délicates : est ce qu'il faut donner toutes les pièces ? est ce qu'on peut trier/cacher les pièces ? Il y a en droit anglais une obligation de donner toutes les pièces (la discovery), même celles qui sont défavorables à la partie. En France, c'est un peu différent, les parties ont une maîtrise sur les pièces, elles choisissent mais elles n'ont pas le droit de tromper l'adversaire.

L'interdiction de se contredire soi-même : cela nous vient du droit britannique (*estoppel*). Un moyen qui permet de **déclarer irrecevable** le moyen de l'autre quand il commet une contradiction avec la thèse précédemment soutenue. Admis en 2005 dans un arrêt, affaire franco-iranienne. Pendant 10 ans dans un arbitrage, l'Iranien n'avait jamais soutenu la nullité de la clause. Ensuite il avait soutenu la nullité de la convention. La cour de cassation dit qu'il n'a pas qualité à se référer à ce moyen.

L'exemple le plus courant est le cas de l'ami qui accueille un occupant pendant qq mois et puis un jour présentation de loyer. En droit anglais, on dit qu'il y a *estoppel* car il y a un comportement

contractuel qui est en contradiction avec ce qui est demandé. En droit français, la même situation était traité différemment. La question n'allait pas être la contradiction mais on aurait statué sur le fond, on aurait pas statué sur l'irrecevabilité. Mais fait-il la preuve du contrat de bail ? On est sur le fond. Aujourd'hui le principe de l'*estoppel* est reconnu comme une irrecevabilité. Mais ça reste un moyen sophistiqué. C'est une sanction au défaut de loyauté, on change de civilisation : le juge peut écarter les moyens par lesquels la partie se contredit.

La concentration des moyens : l'arrêt du 7 juillet 2006 de la chambre mixte (affaire Césaire : définit l'autorité de chose jugée). L'idée de concentrer les moyens part de cet arrêt. On oblige les parties quand elles soutiennent une thèse, de mettre tous les moyens de droit qu'on peut à ce moment là soulever. Le fondement de la concentration de moyens est la loyauté.

Les pièces qu'on est obligé de mettre : la règle en droit français est que la partie est maîtresse, elle choisit les pièces. Mais un tel choix est **soumis à sa responsabilité civile ou pénale**. Rien dans la procédure n'oblige la partie à remettre les pièces. Bien sûr l'adversaire a le droit de réclamer des pièces. Il peut faire un incident pour faire arriver la pièce. On a une exigence de vérité, mais dans un cadre assez relatif, c'est par rapport aux pièces qui ont été mises dans le procès. Mais en contrepartie on va pouvoir désigner des experts (on verra plus tard).

3.4 Le principe d'impartialité et d'indépendance du juge

Principe issu de la CEDH (Article 6-1). Jusqu'alors le juge était supposé indépendant et impartial. Il y avait seulement des possibilités de le récuser dans des cas précis, quand le juge était ami/parent/relation d'affaire avec une partie. Le juge devait soit se déporter (ce qui demande une démarche de la part du juge), soit être récusé. Pour la CEDH, il y a un grand nombre d'Etat (47) et donc des conceptions du droit parfois folkloriques, il faut poser des règles générales. On voyait fréquemment des juges des référés qui jugeaient ensuite au fond (cf cours de droit administratif).

La cour de cassation annonce régulièrement des cassations parce que le juge d'appel a adopté uniquement la thèse d'une des parties. En ne faisant pas preuve de l'examen de l'autre thèse, le juge est partial.

3.5 Le principe du libre accès au juge

Article 6 de la CEDH toujours.

Tout être humain, vivant sur le territoire français peut saisir le juge. Le principe lui-même est comme les autres principes, il se diffuse dans tout le droit. On se pose la question : est ce que, dans telle situation donnée, qui dit que la partie ne peut pas agir, n'est pas une violation du principe de libre accès au juge ?

Dans le droit de la faillite, il y a des règles évidentes pour certaines personnes de ne pas aller devant le juge. Exemple : dans la procédure de faillite, il y a un cas qui est la liquidation judiciaire.

Quand elle constate le non avenir économique de la société, la cour nomme un liquidateur pour liquider l'actif et payer le passif. Le débiteur lui-même est dépossédé de ses droits, il ne peut plus agir en justice. Si le liquidateur ne veut pas agir contre un prétendu responsable de la faillite, est ce que l'entreprise n'est pas privée du libre accès à la justice ? Cette règle qui veut qu'on passe par le liquidateur est pourtant raisonnable, la société n'a plus d'activité économique. La jurisprudence, impressionnée par le principe de libre accès, a dit oui à des situations où l'entreprise peut agir même en dehors du liquidateur. Cela ouvre alors des contestations sur la liquidation. Il y a donc une modification des règles de droit.

Ces règles sont contestées par le principe de libre accès. Quand on a privé qq'un du droit substantiel, il faut passer la règle au peigne fin du principe de libre accès au juge. C'est une approche plus compliquée.

4 Les voies de recours

Il y a en droit français deux types de voies de recours. IL y a les recours qui s'exercent devant un juge supérieur et l'affaire sera rejugée devant celui-ci (Appel et Cassation). Il y a les recours qui s'exercent devant le même juge parce que le premier procès qui a eu lieu est altéré par un vice. On va revenir devant le même juge car il n'a pas pu juger l'affaire correctement à cause de ce vice.

4.1 Devant le même juge

4.1.1 Le recours en opposition

L'**opposition** c'est la possibilité d'aller devant le même juge mais en réalité le jugement qui a été rendu l'a été par défaut (le défendeur n'a pas comparu). L'opposition a pour objet de réparer un défaut de contradictoire. L'idée qui est derrière cela est qu'on peut aller devant le même juge puisqu'il n'a pas vu les arguments de l'autre. C'est qq'un qui n'a pas reçu personnellement l'assignation.

4.1.2 Le recours en tiers opposition

La **tierce opposition** c'est quand la décision rendue a des effets sur une personne qui n'est pas dans le procès. Il va devant le même juge et il donne son point de vue, que le juge n'a pas entendu : celui-ci ne change que la partie du jugement qui touche la tierce personne. Parfois la partie qui le concerne ne peut pas être indivisible de ce qui concerne les autres : le juge doit alors tout réexaminer en prenant en compte le tiers. Normalement, le juge ne devrait pas inclure un tiers, c'est le signe d'un dysfonctionnement. Mais le pouvoir du juge est limité car il ne peut modifier sa décision que sur les demandes qui sont préjudiciables au requérant. La nouvelle décision est en principe inopposable aux parties à l'instance initiale, sauf cas d'indivisibilité.

4.1.3 Le recours en révision

La **révision** c'est quand il y a une fraude qui a été à la base de la première décision, une des parties peut saisir le même juge pour refaire juger la décision. ce recours est ouverte quand certaines causes ont tronqué le débat initial. La fraude peut être une pièce fausse, un faux témoignage. Le juge se demande s'il y a fraude. Le recours en révision doit être formé dans les deux mois pour agir en révision à partir du moment où on découvre la fraude, le juge doit aussi vérifier le délai. Et enfin il doit vérifier que la fraude a eu un effet sur sa décision (il faut qu'elle soit décisive sur la décision). Si les 3 conditions sont remplies, il rejuge l'affaire. Il y en a peu. Mais c'est extrêmement étroit car les juges n'aiment pas revenir sur qqch qui a déjà été jugé.

4.2 Devant un juge supérieur

Ces recours sont au nombre de deux : l'appel et la cassation.

4.2.1 Le recours en appel

L'appel c'est la voie normale, où on remet tout en cause. Le juge d'appel va avoir la possibilité d'examiner le fait et le droit. On **ne peut faire de prétention nouvelle** mais mis à part ça, on peut tout modifier. On peut ajouter des faits, des pièces. Contrairement au droit administratif, l'appel est extrêmement large. On peut parfois amener des prétentions nouvelles si elles découlent d'un fait nouveau apparu au cours de la procédure précédente. L'instance d'appel a pour vocation de vider les contentieux, il faut achever tout le litige. Au niveau de l'appel, les arguments sont triés, on sait lesquels marchent ou non. Le débat a évolué.

En droit français on a retenu l'appel en "voie d'achèvement". Le juge d'appel tient compte de l'évolution éventuelle du litige depuis que le premier jugement est intervenu. En Espagne, c'est différent : on ne peut ajouter que des moyens de droit. Il est nécessaire de voir tout ce qu'il est possible de dire dès le début. En Allemagne, il faut démontrer l'erreur du juge. Et le débat est bloqué à ce qui a été dit en première instance. En GB, il n'y a pas d'appel, il faut demander l'autorisation. Il faut demander au juge qui a rendu la décision l'autorisation de faire appel. Chaque État a son système de contrôle de première instance. En France, l'idée c'est que le litige peut être résolu définitivement en appel. Notre système est économe, puisqu'il dispense de revenir en première instance dès lors qu'il y a une nouvelle demande accessoire. Mais du coup, on ralentit aussi la marche de l'appel. La voie d'achèvement qui reste le principe doit être effectuée le plus tôt possible. On essaie de restreindre la liberté des parties dans un souci d'efficacité mais aussi d'économie de moyens financiers.

4.2.2 Le recours en cassation

Pour **la cassation**, il faut uniquement une appréciation du droit et non du fait. Il juge l'arrêt et non les faits. Il regarde si le juge d'appel a bien appliqué la loi et a bien raisonné dans l'application de la loi. Elle est là pour s'assurer que les cours d'appel appliquent de manière unique les règles de droit. Dans la formation du droit français, la cour de cassation est essentielle (pour la suppression des coutumes). Au départ, la cassation était là pour unifier le droit nouveau du code civil en 1804. Les juges étaient plus incités à appliquer le droit coutumier que les règles de droit codifiées. On a eu un grand travail d'unification du droit jusqu'en 1850 environ. Les recueils de jurisprudence tournent toujours autour des mêmes questions (donations, aînesse etc.). Puis la deuxième période, après 1850, a été celle du contrôle du travail des cours d'appel, comment elles raisonnent (défaut de base légale) : c'est l'examen du point de savoir si les faits retenus par les cours d'appel suffisent pour appliquer la règle. Est ce que ce sont les faits pertinents ? Est ce que ce sont les faits sont suffisants pour appliquer la règle de droit ? Il faut retrouver dans l'arrêt d'appel les éléments de faits qui permettent de qualifier. Parfois on peut avoir une notion qui est dans la loi mais qui n'est pas défini par la cour de cassation, du coup il faut que la cour de cassation donne les critères pour sanctuariser la notion. Ce faisant la cour de cassation contrôle de manière très étroite la cour d'appel et elle définit elle même le domaine, l'étendu de son contrôle.

Elle a eu un rôle politique incroyable. Mais elle a aussi un rôle de surveillance du fonctionnement du système. On a toute une série de moyens de cassation, qui sont très rigoureux et qui sont des cas d'ouverture de cassation :

- la violation de la loi (est ce que c'est la bonne règle de droit qui a été appliquée ?)
- la violation d'un principe général du droit
- le défaut de base légale : les faits permettaient de dire qu'il y avait une faute. La cour de cassation n'a pas le droit de regarder les faits, mais elle a le droit de regarder si les caractéristiques de la faute ont été relevées. Les éléments imposés par la cour de cassation n'ont pas été relevé par la cour d'appel. Vous n'avez pas relevé les éléments pertinents.
- le défaut de réponse à conclusion : il faut bien vérifier que la cour d'appel a vraiment répondu aux moyens que soutiennent les parties. On ne peut pas non plus dire qu'elle doit répondre à tous les moyens. Elle ne doit répondre qu'à ceux qui sont susceptibles d'apporter une solution. Quand la cour d'appel n'a pas répondu à un moyen, et que la cour de cassation pense que celui ci aurait pu conduire à une solution différente, elle casse l'arrêt.

Quand le pourvoi paraît inutile, elle rend un arrêt de non admission. Pour cela il y a un rapport spécial qui est déposé par le rapporteur, dans lequel il estime pourquoi il propose la non admission.

Deuxième partie

L'arbitrage

1 Petit détour explicatif

On commence par un détour par le contentieux international de droit privé devant le juge national. L'analyse juridique du problème peut laisser penser qu'un aspect du litige peut être soumis à une autre loi que la loi française. Le droit français dit que le juge français est compétent selon les règles françaises pour appliquer le droit étranger. Mais c'est lui qui détermine les règles de droit étranger qui vont être applicables.

Exemple : un mineur de 24 ans au Mexique va acheter un bracelet à Paris, place Vendôme. Il peut demander la nullité de la vente car il est mineur. Le juge français est compétent mais quel est le problème ? il y a un contrat de vente qui se passe entre un commerçant français et un mexicain. Les parties visiblement ont soumis ce contrat de vente au droit français. La nullité du contrat normalement c'est la règle applicable au contrat qui la définit. Mais ici il invoque son incapacité. Est-ce que c'est la loi du contrat qui s'applique ou la loi de la personne qui contracte, puisque la capacité est rattachée à la nationalité ? Le juge français est saisi. Le défendeur est français donc c'est devant le juge français. Le juge se décide par rapport aux règles de conflit, jurisprudentiel : c'est la nationalité qui détermine la loi qui s'applique. Il va appliquer la loi mexicaine et annuler le contrat.

Mais si on change les hypothèses : il agit en défaut de cause, il n'y a pas eu de bracelet en contrepartie. Là c'est la loi française qui va s'appliquer.

Mais les autres pays n'ont pas les mêmes règles de conflit. Il peut y avoir des problèmes considérables pour obtenir des décisions de justices efficaces. Pour trancher des litiges relevant du commerce international, où il faut des décisions rapides, les juridictions étatiques ne sont pas outillées pour cela. **Elles ne peuvent assurer la rapidité des décisions. D'où la nécessité de passer par l'arbitrage** qui permet de confier le procès à des personnes privées.

La juridiction étatique qui est saisie applique son droit et son ordre public. En Europe, en droit de la concurrence, il y a convergence des vues des pays. Dans le cas des ententes par exemple, s'il y a un contrat d'entente, il serait annulé.

Dans les pays islamiques, avec la finance islamique, il y a prohibition de l'intérêt car c'est juste une rémunération du temps. Le droit musulman propose aujourd'hui ce que proposait St Thomas d'Aquin à l'époque. Si on arrive avec un contrat de prêt normal de juridiction islamique, il y a des chances qu'il soit annulé car contraire à la loi locale qui est d'ordre public.

Un autre problème : l'impossibilité d'aller devant les juridictions d'un pays. Quand une entreprise française conclut avec une entreprise publique où l'État de droit n'est pas installé, s'il n'y

a pas de paiement du produit, on risque d'avoir des problèmes de procédures.

Il n'y a pas d'autre système possible que l'arbitrage : 1958 - convention de New York, qui reconnaît la même valeur à une sentence arbitrale qu'à un jugement national.

A côté de la justice étatique il y a toujours eu des pratiques arbitrales (Grèce Antique). Cette pratique est née spontanément.

On ne parlera pas de droit international public mais des arbitrages privés, qui vont chercher à résoudre leurs litiges. On évoquera l'arbitrage international et l'arbitrage interne.

2 Qu'est ce que l'arbitrage ?

Dans beaucoup de situation il y a un tiers qui intervient (exemple : un courtier qui rapproche pour former une opération). Il peut être un tiers qui transige, dans un litige entre deux personnes : transiger c'est renoncer à une partie de ses prétentions. Le tiers n'est pas là pour juger, il est là pour faire "accoucher" la transaction. Il peut y avoir un mandat pour ce genre d'action mais ce n'est pas un arbitrage, il a uniquement un rôle de médiateur.

L'arbitre va dire le droit et va l'imposer aux parties. Parfois un expert donne la solution mais il n'est pas juge. Il ne devient arbitre que si il tranche le litige en cause. L'expert ne dit pas le droit, il dit le fait. L'arbitre est un juge, il a le pouvoir de juger. Mais dans le pouvoir de juger il y a à la fois la *jurisdictio* (dire le droit) et *l'imperium* (ordonner à la force publique de le faire respecter). L'arbitre comme il est le fruit d'une convention n'a pas *l'imperium*. En se soumettant à l'arbitrage, les parties confèrent le pouvoir de juger le litige. Dès lors ça sera lui le juge, le juge étatique n'a plus le pouvoir de juger (il y a néanmoins des domaines où l'arbitrage ne peut s'appliquer malgré la convention des parties : on ne peut pas le faire pour le divorce, la faillite etc.).

Le pouvoir de juger donne lieu à un procès, le juge écoute les parties et juge ensuite. La décision est une **sentence**, elle dit le droit aussi fortement que le jugement, elle a **autorité de chose jugée, elle n'a juste pas l'imperium**, on ne peut pas la faire exécuter de force. Mais on verra que le juge étatique peut lui conférer force exécutoire. Seule la décision d'exequatur émanant du TGI peut conférer la force exécutoire nécessaire à l'exécution forcée de la sentence arbitrale. La demande d'exequatur est adressée au président du TGI par **voie d'ordonnance sur requête**. L'arbitre dit le droit entre les parties. Le jugement a la même force qu'un jugement étatique.

Cette institution est contractuelle, fondée sur la volonté des parties (Article 1134), conférant à une personne privée le pouvoir de juger un litige qui les oppose. C'est une activité qui est en concurrence avec la compétence des tribunaux étatiques, désormais le litige ne pourra plus

être examiné par les juges étatiques. C'est une institution considérable en matière interne et en matière internationale. Le droit français est le plus ouvert à l'arbitrage. Depuis 1920, on a une série de juristes internationalistes qui ont été favorables à l'arbitrage¹³.

Il s'agit de confier à une personne privée, n'ayant aucun intérêt à la cause, la mission de rechercher une solution contractuelle, qui liera les parties au litige, lesquelles doivent d'abord avoir accepté de compromettre.

2.1 L'arbitrage international

2.1.1 Mécanisme de l'arbitrage

Il y a à Paris la CCI (Chambre de Commerce International). N'importe quelle société ou personne de n'importe quelle nationalité peut choisir de se référer aux règles d'arbitrage de la CCI. C'est une branche du droit très autonome, qui occupe au moins une branche des cabinets de Paris. **C'est le contrat qui organise l'arbitrage.** Les parties devront dès lors se soumettre à l'arbitrage.

Le **juge étatique ne contrôle pas la sentence.** C'est un **contrôle minimaliste**, il va uniquement regarder si "à l'évidence" cette décision **n'est pas manifestement contraire à l'ordre public.** Dans les pays favorables à l'arbitrage, on veut le rendre le plus efficace possible et on ne veut pas que le juge étatique ne rende la décision inefficace par l'exequatur. La convention de New York de 1958 impose de limiter le contrôle sur les sentences. Les pays qui l'ont ratifié donnent au juge étatique uniquement un rôle de contrôle.

Tous les pays (quasi) ont ratifié la convention de New York : les Etats reconnaissent les sentences, elle donne les cas de contrôles ouverts (régularité de l'arbitrage et non le fond). Les parties choisissent un Etat dans lequel la législation sur l'arbitrage est la plus favorable, c'est à dire que le juge étatique local n'a pas le droit d'intervenir dans l'arbitrage. La tendance du défendeur est de se réfugier dans la législation locale pour ne pas répondre de ses actes et il faut donc que le droit local refuse ces manoeuvres.

L'arrêt Putrabali, 29 juin 2009 : Dans cette décision accueillie favorablement à l'unanimité par les commentateurs, il s'agissait d'un litige opposant une société française (Est Epices devenue Rena Holding) qui a acheté du poivre blanc à une société indonésienne Putrabali. La cargaison a été perdue lors d'un naufrage au cours du transport. Devant le refus de la société française de payer le prix de la marchandise, Putrabali déclenche la clause d'arbitrage contenue dans le contrat en saisissant un tribunal arbitral siégeant à Londres sous les auspices de l'International General Produce Association (IGPA). Par une première sentence rendue le 10 avril 2001, le tribunal arbitral décide que la société française Rena Holding était fondée à refuser le paiement à la société indonésienne. Saisie d'un recours formé « sur un point de droit », la High Court de Londres annule partiellement cette sentence et renvoie l'affaire à un nouvel arbitrage. Jugeant que le défaut du paiement du prix constituait une violation du contrat, la deuxième sentence

13. 13 janvier 2011 a réécrit le droit de l'arbitrage

rendue le 19 août 2003 condamne Rena Holding à verser à la société indonésienne la somme de 163 068 euros.

Entre-temps, la société française avait demandé et obtenu, par ordonnance du 30 septembre 2003, l'exequatur en France de la première sentence lui ayant été favorable. La société Putrabali, quant à elle, a sollicité et obtenu l'exequatur de la deuxième sentence qui avait condamné la société Rena Holding au paiement du prix de la marchandise. Les deux ordonnances d'exequatur ont été respectivement attaquées devant la cour d'appel de Paris par chacune des deux sociétés. Par un arrêt du 31 mars 2005, la juridiction parisienne confirme l'ordonnance d'exequatur de la première sentence qui avait libéré la société française du paiement du prix de la marchandise. En revanche, un second arrêt de la même juridiction infirme l'ordonnance d'exequatur de la deuxième sentence arbitrale en arguant du fait qu'elle était insusceptible de recevoir exequatur en France en raison de son inconciliabilité avec la première décision ayant confirmé l'ordonnance d'exequatur de la première sentence qui avait condamné la société française à payer la somme de 163 086 euros. Non contente de ces décisions, la société Putrabali se pourvoit en cassation en prétendant notamment que la première sentence déclarée régulière par les juges français n'a aucune existence juridique, donc dénuée d'autorité de chose jugée, puisqu'elle a été annulée et remplacée par la deuxième sentence.

Dans l'affaire Putrabali, les hauts magistrats posent le principe selon lequel « la sentence internationale n'est rattachée à aucun ordre juridique ». Elle constitue « une décision de justice internationale » dont l'annulation par les juridictions du pays du siège de l'arbitrage n'a aucune incidence sur le contrôle de sa régularité par le juge français en vue de sa reconnaissance ou de son exequatur.

L'arbitrage est un mode de justice, c'est le mode de justice naturel pour le commerce. On a une consécration par le droit français de l'arbitrage. Cette idée se fonde sur l'idée que les sentences arbitrales viennent sanctionner des obligations contractuelles conclues dans le commerce international. Cette sphère **est en dehors des ordres juridiques étatiques** : c'est la *lex mercatoria*.

Arrêt Bechtel (Émirat et entreprise américaine) : une procédure qui oppose la société Bechtel à la Direction générale de l'aviation civile de Dubaï. Dans cette affaire, Bechtel cherchait à obtenir l'exécution en France d'une sentence arbitrale rendue à Dubaï et annulée par les juridictions locales au motif que l'arbitre unique n'avait pas fait prêter serment aux témoins selon les modalités requises. Le siège de l'arbitrage était les Emirats Arabes Unis.

La Cour d'appel de Paris a confirmé l'ordonnance d'exequatur et admis la reconnaissance en France de cette sentence annulée au motif notamment que "l'arrêt de la Cour de cassation de Dubaï du 15 mai 2004 ayant rendu définitive l'annulation de la sentence dans ce pays pour avoir entendu des témoins sans leur faire prêter serment, ne peut faire l'objet d'une reconnaissance en France, que les décisions rendues à la suite d'une procédure d'annulation, à l'instar des

décisions d'exequatur, ne produisent pas d'effets internationaux car elles ne concernent qu'une souveraineté déterminée sur le territoire sur lequel elle s'exerce, aucune appréciation ne pouvant être portée sur ces décisions émises par un juge étranger à l'occasion d'un procès indirect".

C'est par rapport aux critères de l'ordre arbitral que doivent être regardées les sentences : ça coupe tous les effets que pourraient avoir le juge étatique sur l'autorité de la décision arbitrale. Pour ne pas soumettre l'arbitrage à une administration locale, on détache la sentence du territoire. Elle peut être valable ailleurs et donner lieu à exécution ailleurs.

Le principe compétence/compétence (posé par l'arrêt Gosset) : question de savoir si le juge arbitral est compétent donne un droit de regard au juge étatique sur le litige. Du coup, pour la question de la compétence, il n'y a que le tribunal d'arbitrage qui peut statuer sur sa compétence.

En réalité il y a deux types de clauses d'arbitrage.

Soit quand rien n'est conclu dans le contrat et qu'un litige naît, les parties se réunissent et décident de se soumettre à l'arbitrage (**compromis d'arbitrage**), on détermine alors les arbitres tout de suite. Les parties s'étant d'abord accordées sur le principe même de l'arbitrage, elles délèguent ensuite la recherche de la solution à l'arbitre qu'elles se sont choisies.

Soit on prévoit uniquement les litiges à venir, "tous les litiges issus de ce contrat seront soumis à l'arbitrage". Il faut prévoir un système de mise en place de désignation de l'arbitre, la désignation des arbitres est soumise au principe d'égalité des parties.

Le problème du choix post litige, c'est qu'on renvoie le moment de la désignation. Mais celui qui est en tort va souvent "trainer des pieds" pour désigner son arbitre. On a donc la possibilité de désigner dans la **clause compromissoire** une personne morale où on renvoie au juge étatique qui décide de l'arbitre.

En France, quelque soit le lien entre le litige et la France, on peut saisir le juge parisien pour désigner l'arbitre pour désigner les deux arbitres, si ceux-ci ne parviennent pas à désigner le troisième, c'est le juge étatique qui le désigne également.

Si la partie défenderesse, l'autre peut demander au juge français de désigner l'arbitre, simplement parce que l'arbitrage se tient à Paris. Si personne n'est compétent, le juge français peut toujours désigner un arbitre. C'est parce que le droit français veut apparaître comme le plus favorable à l'arbitrage.

Comment s'assurer que les arbitres sont impartiaux ?

N'importe qui peut être arbitre. Il n'y a aucune condition de formation, c'est un choix de la confiance. Dans 98% des cas, il n'y a pas de difficulté car les gens choisis connaissent l'arbitrage. Ils ont une déontologie privée qui est assurée par le milieu (on connaît les gens qu'il faut nommer, ceux qu'il ne faut pas nommer). Les cabinets conseil aident à ce choix. Naturellement il peut y avoir des dérives. L'arbitre est voué à être en lien avec quantité de gens, il peut être partial. Quand les deux désignés par les parties se mettent d'accord sur le 3^{ème}, il faut une flexibilité,

une harmonie. Les arbitres ne sont pas mandataires des parties, ils sont indépendants des parties.

Dans le délibéré, si un arbitre désigné par une partie est totalement pour cette partie, l'autre va faire pareil dans l'autre sens et le président ne va pas apprécier. Soit il décide seul (ce qui revient à dire que les deux autres ne servent à rien) soit il tente de rapprocher les points de vue, si l'un continue à bloquer, il peut arriver que le président se mette du côté de l'autre.

En matière internationale, le président a un poids prépondérant. Ce tribunal est hors sol. Il peut siéger à Paris mais il n'est pas un juge français, il est extérieur, il est dans **l'ordre arbitral**. "L'arbitre est la juridiction naturelle du commerce international (échange de biens transfrontières)." Le commerce international est soumis à ses propres règles. Dans ces règles il peut y avoir des règles nationales mais il peut aussi très bien qu'il n'y en ait pas. Et alors les parties n'attachent pas leurs contrats à un droit national.

On a un mécanisme très puissant : il y a des branches, comme le commerce maritime, qui sont entièrement jugées par l'arbitrage.

N'importe quel pays peut exécuter la décision.

2.1.2 L'intervention du juge étatique

Le juge étatique **ne peut jamais rentrer dans le fond du litige**. C'est cette barrière qui fait que l'arbitrage assure une autonomie totale. Concrètement, quand les parties ont choisi l'arbitrage dans un contrat, le juge étatique n'a plus le pouvoir de juger les litiges visés par la clause d'arbitrage. Cette clause va s'appliquer même si le contrat est nul. Elle est autonome du contrat alors qu'elle est accessoire au contrat. Ce qui fait que même si le contrat venait demander la nullité du contrat, c'est devant les arbitres qu'ils doivent venir. La clause peut être sans loi applicable.

Il arrive néanmoins que le juge étatique soit sollicité dans les cas d'arbitrage.

Si le défendeur soulève **l'incompétence** en disant ce n'est pas le tribunal de commerce mais le tribunal désigné par la clause, le tribunal étatique doit y faire droit. Il ne peut pas statuer sur le fond. Il se déclare incompétent.

Si la clause d'arbitrage est manifestement nulle ou inapplicable, il faut laisser au tribunal étatique la possibilité de se déclarer compétent. Par exemple, dans un contrat entre un particulier et un professionnel, la clause est illégale.

L'équilibre législatif qu'on est arrivé à trouver (affirmer le principe de la compétence réservée au tribunal arbitral sur sa propre compétence et le remède quand le juge étatique est saisi et que la clause est manifestement nulle).

Quand il y a un problème dans la **désignation de l'arbitre** et que le juge en est chargé, il peut refuser la désignation de l'arbitre s'il juge la clause manifestement nulle ou inapplicable. Le caractère manifestement nulle va permettre au juge étatique de refuser de désigner l'arbitre, sinon il ne peut pas le faire.

Le troisième moment où le juge étatique peut venir mettre son nez dans le fond, c'est au moment du contrôle de la sentence. Il y a un recours spécifique en annulation, qui n'est ouvert que dans 5 cas : ils sont ceux prévus dans la convention de New York (qui précise aussi que les Etats peuvent réduire ce contrôle, en fait la convention de NY en liste 6).

- La validité de la convention d'arbitrage, de la clause compromissoire. Est ce que la clause a été acceptée ? est ce que les arbitres ont bien jugé ce point ?
- La régularité de sa composition. Comme la convention des parties le prévoyait et est ce que les arbitres satisfont au principe d'impartialité et d'indépendance (relation entre l'arbitre et la partie, l'arbitre et les avocats de la partie). Et c'est la théorie de l'apparence qui joue.
- La violation de la mission : mais quelle est la mission de l'arbitre ? La jurisprudence a tout de suite dit qu'on ne peut pas rejurer le fond avec ce moyen. C'est quand l'arbitre applique le droit français alors que les parties avaient demandé que ce soit le droit chilien. C'est aussi quand un juge statue en droit et non en amiable composition (équité).
- La violation du contradictoire : il faut que les moyens juridiques et de faits aient été échangés mais en même temps, il faut que l'arbitre ne peut pas soulever des moyens d'office qui n'auraient pas été dans le débat. C'est assez fréquent que l'arbitre ait la tentation de se dispenser du contradictoire. Capitaine au long court qu'on avait nommé arbitre pour statuer sur la responsabilité d'une avarie à l'entrée du port du Havre. L'arbitre unique refait la démarche du navire car il connaissait parfaitement le port. Mais sa sentence est annulée parce qu'il aurait dû mettre ses appréciations dans le débat.
- La violation de l'ordre public : c'est le sujet le plus délicat. Ce qu'on reproche à la sentence c'est d'être contraire aux règles "dures" (noeud représentant une certaine civilisation). Le problème c'est comment établir que la sentence a violé les règles sans entrer dans l'opération de jugement des arbitres. Par cette voie là on peut refaire le procès. Par exemple, deux entreprises qui font une association pour dominer un marché. L'association peut tomber sous le droit des ententes mais elle peut aussi être bénéfique. Si l'arbitre décide que l'association tombe dans les exclusions du principe des ententes. Mais est ce que le contrôle doit apprécier cette exclusion ? On est dans le fond.

Tout ça pour limiter l'intervention du juge étatique dans l'ordre arbitral.

2.2 L'arbitrage interne

Il pose des questions différentes. Il ne s'agit plus du commerce international mais des relations entre entreprises qui ont lieu sur le territoire français. Quelle est la nécessité de l'arbitrage en interne puisque les tribunaux étatiques fonctionnent ?

Il y a des questions qui exigent une plus grande **confidentialité** que d'autres. Il y a la possibilité dans l'arbitrage interne de juger dans un cadre confidentiel, permettant d'assurer le secret des affaires. Dans un tribunal les assignations et les conclusions des parties peuvent être connues de tous. Le fisc est informé, les inspecteurs des impôts peuvent vérifier l'application de la loi fiscale.

Ici on a juste une autre manière de traiter le contentieux, la décision s'applique sur le territoire français si le juge français lui donne l'exequatur.

Il y a aussi **l'aspect de la rapidité**; c'est un avantage habituel de l'arbitrage, bien que certains arbitrages soient parfois aussi lents qu'une procédure devant une juridiction étatique, du fait de multiples recours. Remarque : les parties peuvent s'interdire d'interjeter appel et si les parties renoncent à l'appel réformation, c'est plus rapide. En revanche, en France, contrairement à la Belgique ou la Suisse, on ne peut pas s'interdire l'appel nullité. Mais ce dernier n'est recevable, contrairement à l'appel réformation, que pour examiner des moyens de recours codifiés et en nombre limité.

Le coût de l'arbitrage est moindre; dans la justice étatique, on ne paie pas les juges, dans l'arbitrage, il faut le plus souvent payer les arbitres. Leurs honoraires sont élevés, mais sans rapport avec les enjeux des litiges moyens ou grands, ce qui fait que le coût est souvent un faux problème.

Enfin remarquons **la technicité des arbitres** d'origine juridique; dans la pratique, beaucoup d'arbitres sont des juristes de très haut niveau : lorsque le fond du litige est juridique, ils apportent une compétence déterminante; mais lorsque, pour trancher le litige, il convient de comprendre des faits très techniques (ce qui est fréquent dans les litiges d'affaires) ils font appel à des experts extérieurs au Tribunal arbitral : on peut alors se demander où est leur valeur ajoutée qui est censée justifier leur rémunération. Le remède consiste dans une composition adéquate du Tribunal arbitral en y intégrant les compétences nécessaires (ce qui est trop souvent omis).

En matière successorale il y a ce qu'on appelle la réserve, les héritiers ne peuvent pas être complètement déshérités, c'est d'ordre public. Si dans un partage il y a une clause compromissaire, on se rend compte que des biens ont été transféré du patrimoine du défunt à celui d'un des héritiers de son vivant. Les autres héritiers ont beaucoup moins. Ils disent que la réserve a été violée et demandent l'annulation. Si c'est une donation, le défunt a violé la réserve. Mais si il l'a vendu, l'autre a acheté, il n'y a pas eu de violation dans le partage. L'application de la réserve dépend de la qualification de l'acte juridique qui a permis de transférer le bien. L'arbitre va être saisi et peut dire "c'est une vente et la réserve ne s'applique pas" ou le contraire. Pour savoir s'il a violé ou pas la réserve, la cour devra voir s'il a bien ou mal qualifié le contrat. Si on veut vraiment un contrôle de l'ordre public, il faut que le juge étatique puisse rentrer dans l'opération de qualification qu'on rendra les arbitres. Ça c'est toujours impossible car on remet en cause le

fond de la décision.

Sur le fond on fuit le juge étatique, qui ne peut pas rejuger, il a un contrôle limité.

L'arbitrage interne a été construit pour faire face aux besoins dans les matières où on exige une confidentialité (cession d'entreprises, droit de la distribution, contrat de licence ou de brevet etc.).

La récusation des juges arbitres se fait devant le juge étatique.

Le principe du recours en matière interne est le même que pour l'arbitrage externe. Si les arbitres sont indépendants, la mission a été respectée, amiable composition si c'était prévu, est ce que l'ordre public interne est respecté ?

Si un héritier a reçu un bien (une maison) avant la succession. Si on compte sa part dans le partage plus la maison, il dépasse la réserve, il empiète sur les parts des autres héritiers. C'est vrai s'il a reçu la maison gratuitement mais s'il a donné une contrepartie au défaut, c'est une vente, la maison ne doit pas être prise en considération dans le partage. L'arbitre qui va juger pour savoir s'il y a eu violation de la réserve ou pas, va devoir qualifier l'acte : vente ou don ? En réalité pour faire jouer la réserve qui est d'ordre public, il va devoir qualifier le contrat.

S'il dit que finalement c'est une vente : il n'y a pas de faute. Quand la sentence est prononcée, la cour d'appel qui va vérifier la sentence, devra aller regarder la qualification du contrat parce que sinon la règle d'ordre public relative à la réserve est complètement sous le joug de l'estimation de l'arbitre. Le contrôle serait complètement vain. Dans le cadre du recours en annulation, le juge étatique n'a pas le droit de rejuger les éléments de fait et de droit.

Il y a une tension entre ouvrir un contrôle sur la sentence (est ce que l'ordre public a été violé ou pas) et ne pas trop ouvrir le contrôle (refaire le travail de l'arbitre). Cette tension n'est pas résolue.¹⁴ En arbitrage interne, comme on est sur le territoire, c'est l'ordre public interne qu'on applique. Mais le contrôle de celui ci ?

Il ne faut pas que le juge étatique rejuge la sentence. Il n'y a pas de problème qui ne touche l'ordre public interne. Pour assurer justement la volonté des parties qui ont justement voulu soumettre le litige à l'arbitrage, le juge étatique ne rentre pas dans le contrôle de la sentence, c'est la jurisprudence qui veut ça.

C'est une question beaucoup plus sensible en arbitrage interne qu'en arbitrage international, parce que là on sait quel est l'ordre public. Dans l'arbitrage interne on a des juridictions à côté. Si on veut s'en écarter, c'est que les parties ne veulent pas se soumettre au juge étatique.

Il y a des matières qui ne peuvent faire l'objet d'un arbitrage : le droit de la famille, le divorce, le droit pénal, le droit du travail en matière interne, les contrats entre particuliers et professionnels, en matière de brevet, pour sa validité il n'y a que le tribunal étatique qui peut se prononcer... Dans ces matières l'arbitrage est exclu, il n'y a pas de clause arbitrale possible. Mais quand c'est arbitrale, il se peut très bien qu'il y ait une question d'ordre public qui se pose. La matière peut avoir de l'ordre public mais pas la compétence.

14. C'est pareil pour l'arbitrage international. Sauf que là l'ordre public est coutumier.

Dans l'affaire Tapie/Crédit Lyonnais, on a dû passer à un moment à l'arbitrage qui a donné raison à Tapie en lui octroyant une bonne somme. Est ce que les juges étaient impartiaux ? est ce qu'ils ont bien jugé ? est ce qu'il y a eu un contradictoire ? Est ce qu'il y a eu une violation de l'ordre public interne ?

Sur le moment, la question de l'impartialité n'a pas été soulevée. Et après coup, on s'est posé la question : est ce que les arbitres étaient indépendants ? On s'est aperçu que l'un d'eux avait travaillé avec un des avocats de Tapie, un autre avait été vice président du parti dont faisait partie Tapie etc. Mais c'était trop tard pour en fait état.

Dans une procédure comme ça, il n'y a pas de contrôle des juges, il est limité sur le fond. La presse a été choquée qu'on ne rejuge pas l'affaire. Mais c'était une faute politique de ne pas faire de recours. Même si il n'aurait rien changé. Remarque : en matière interne, les recours sont suspensifs.

2.3 L'arbitre amiable compositeur

Il existe une variante à la forme précédente : l'article 1474 du NCPC prévoit que le compromis d'arbitrage (ou la clause compromissoire) peut stipuler que **l'arbitre statuera comme amiable compositeur**. L'autorisation donnée à l'arbitre par les parties de statuer comme amiable compositeur a d'importants effets. Elle donne à l'arbitre la liberté, s'il le juge nécessaire, d'écarter la règle de droit qui lierait un juge et de statuer en équité. L'équité est une notion séduisante considérée avec prudence par le législateur. Elle consiste à admettre que certaines contestations peuvent être résolues, eu égard à certains faits de l'espèce, en écartant une règle de droit qui s'imposerait au juge ordinaire. Une partie peut ainsi renoncer à réclamer l'application d'un droit, qui théoriquement s'appliquerait, en contrepartie d'une convention satisfaisante. Un droit auquel on peut renoncer est par exemple celui tiré d'une prescription, droit que l'on peut, même en justice, omettre de soulever. Amiable composition ne veut pas dire pour autant évasion dans le non-droit. L'arbitre amiable compositeur reste, d'une part, tenu d'appliquer les règles d'ordre public (celle auxquelles on ne peut déroger par contrat) mais d'autre part sa latitude d'écarter la règle est facultative, l'affaire pouvant fort bien se régler "équitablement" en application d'une règle de droit.

La possibilité de statuer en amiable composition est donc d'une exception, qui pourrait être très utile, à la règle générale donnant seule mission au juge d'appliquer et de faire respecter le droit. Le texte conditionne l'amiable composition par le juge à ce que le litige soit "né". La possibilité de stipuler une clause la prévoyant est donc exclue.

Dans le cas où les parties leur ont donné des pouvoirs d'amiable composition, les arbitres sont dits amiables compositeurs et peuvent se dispenser d'appliquer au fond du litige les règles juridiques applicables devant les tribunaux de l'État. Mais ils restent tenus d'appliquer les principes directeurs du procès civil et de respecter l'ordre public ; de plus, l'amiable composition les oblige à statuer en équité et à se référer explicitement à l'équité comme la cause déterminante de leur décision, dans le texte de celle-ci.

Tous les arbitres se doivent d'être impartiaux et indépendants des parties puisqu'ils participent de la fonction juridictionnelle, comme le feraient des juges. Ils rendent en effet une sentence, assimilable à un jugement, de nature juridictionnelle.

Troisième partie

Le procès pénal

Il assure la sanction de certains comportements : vol, vol en association (crime)... Pour chaque type de comportement il y a une définition très précise. Un des grands principes est celui de la légalité des peines : chaque infraction est définie par le texte, il y a des éléments matériels, intentionnels, quasi-intentionnels... On a nécessairement un principe de légalité qui nécessite qu'il n'y ait pas d'interprétation assouplissante, elle doit être stricte. Ce n'est pas au juge à essayer d'étendre les conséquences des infractions. Le droit pénal a cet aspect très juridique. Il faut que le jugement corresponde au texte et aux faits. On doit être dans l'interprétation stricte du texte mais par l'enquête on va essayer de trouver l'infraction la plus efficace. On a une grande variété de qualification et on va essayer de trouver la qualification qui va être applicable.

Par exemple la soustraction d'un objet par le vol :

- 1) la soustraction d'électricité : ce n'est pas une chose donc ce n'était pas un vol.
- 2) la soustraction implique de prendre à autrui, ça ne peut être un don : le cas classique du repas pris sans payé. Il n'y avait pas vol puisque ce n'était pas une soustraction. Il a fallu créer un délit spécial de la grivellerie d'aliments.

On distingue trois catégories d'infraction, elles sont distinguées par les peines qui sont prévues :

1. Les contraventions : infractions qui sont sanctionnées par une peine de prison maximale de 2 mois.
2. Les délits : infractions qui sont sanctionnées par une peine de prison pouvant aller de 2 mois à 5 ans
3. Les crimes : infractions qui sont sanctionnées par une peine de prison pouvant aller au delà de 5 ans. Par exemple un faux commis par un notaire est susceptible d'une peine de 10 ans c'est donc un crime.

Les peines sont théoriques : celles telles que le code pénal les prévoit. Les peines réelles peuvent être bien inférieures. On distinguera les trois infractions en fonction des peines prévues

dans le code. Mais le juge pourra donner ce qu'il veut.

Cette classification va déterminer la compétence des juridictions.

A l'autre bout, il y a **l'exécution de la peine**, qui a sa propre logique. C'est dû au mouvement de recherche sur la meilleure manière de punir. Est ce que la peine de prison est le meilleur moyen de sanctionner ? au cours de l'histoire, on a trouvé des peines complémentaires et des peines de substitution.

La peine de relégation a disparu : le condamné ne pouvait plus venir dans certains endroits après le bagne. C'était un bon système pour éloigner des centres urbains les gens jugés dangereux.

On est allé vers des systèmes de peine complémentaires plus complexes : qq'un de condamné pour proxénétisme on va joindre à sa peine l'interdiction d'ouvrir des commerces tournant autour de ces activités ; qq'un qui a des problèmes de conduite, on va lui confisquer son permis. On tente d'adapter des sanctions complémentaires, du type administratif. On cherche tout un faisceau de peines complémentaires qui empêche à un délinquant de continuer.

Les peines de substitution sont là pour éviter les peines de prison : les travaux d'intérêt général par exemple.

La peinologie sur les peines de prison a évolué sur un sens cherchant à réduire les peines de prison. C'est le système de la libération conditionnelle, des formations en prison etc. La tendance à l'individualisation de la peine se heurte un peu à la récidive potentielle. On dit par exemple que les peines de moins de 2 ans ne sont pas appliquées en Région Parisienne. Il y a une certaine inertie dans l'application de la peine.

Cette idée d'individualisation a été effective après la Seconde Guerre Mondiale. L'ordonnance de 1945 avait été d'autant plus facilement adoptée que beaucoup de résistants avaient été emprisonnés et beaucoup de dirigeants avaient connu la prison. Cela a facilité la compréhension du monde carcéral.

On a dans un premier temps décidé que l'administration pénitentiaire devait s'occuper de l'individualisation des peines, mais ce n'est pas son rôle, elle est là pour la garde des prisonniers. On a institué un juge spécialisé : **le juge d'application des peines**. Il peut avoir des relations avec des psychologues, des assistantes sociales proches de la famille etc. Il y a beaucoup de questions humaines qui peuvent resurgir. Le Juge d'application des peines peut réduire ou adapter les peines.

En résumé, le code prévoit des peines avec souvent des variations, le tribunal qui va adapter cette peine et puis l'application de la peine qui est souvent modifiée.

1 La procédure pénale

C'est un ensemble de règles qui vont permettre de régler les différentes opérations qui sont extrêmement variables. Il faut régler les problèmes de lien, de pouvoir, de la police dans les enquêtes, dans les moments préliminaires. Puis après il y a l'intervention du parquet ¹⁵, qui est l'instrument de la poursuite, qui sont des personnes qui vont être chargés et maîtres de la poursuite. L'avocat qui va participer au début (après la 4^{ème} heure).

1.1 Juridiction de jugements

Soit on va en citation directe devant le tribunal.

Soit on prévoit l'instruction, il y a un juge très spécial ¹⁶ (le juge d'instruction qui cherche à charge et à décharge) qui entre en jeu. Puis il y a le juge des libertés, pour les demandes de mise en liberté. Enfin il y a des recours possibles, avec le renvoi au tribunal. Mais cela est différent de la procédure civile. Le juge d'instruction n'est pas celui du droit civil.

Il n'y a pas de principe du dispositif au profit des parties. Il a un pouvoir d'instruction, c'est lui qui dispose des faits.

Pour les juridictions compétentes correspondent à la distinction des peines :

- Pour les contraventions : relèvent du **Tribunal de Police**, c'est l'équivalent du tribunal d'instance pour le droit civil. Dans les petites villes, c'est souvent le même. Cour d'appel.
- Pour les délits : relèvent du **Tribunal correctionnel**, c'était avant une chambre du TGI. En appel, il y a une chambre correctionnelle.
- Pour les crimes : relèvent de la **Cour d'assises**, **l'appel est possible depuis 2000**, devant une autre cour d'assises. Dans une cour d'assises, il y a des jurés. C'est le principe de la souveraineté populaire. Le jury était souverain au début, il avait la totalité de l'appréhension du crime (à la fois peine et culpabilité). On s'est aperçu dès la fin du 19^{ème} que les magistrats professionnels devaient encadrer le jury. Aujourd'hui, ils délibèrent avec le jury. 3 magistrats et 9 jurés (12 en appel). Ils doivent être présents. La souveraineté du juré a donc été peu à peu altérée. Peu à peu on est venu à l'idée, comme le juré n'est plus souverain, que l'appel est possible. Les magistrats font attention à l'égalité des jurés et à ne pas trop influencer les jurés.

Toutes leurs décisions peuvent faire l'objet de pourvois devant la Cour de cassation en chambre criminelle.

15. Dans l'Ancien Régime, ils étaient au dessus des avocats, sur un parquet ciré, debouts. Le terme est resté

16. Juge d'instruction : Création du code de Napoléon. Il a été critiqué et l'affaire d'Outreau n'a pas arrangé les choses. Mais la suppression du juge d'instruction, cela veut dire que la poursuite est dans les seules mains du parquet. Il est indépendant. Mais le parquet lui ne l'est pas. Il y avait des infractions qui pouvaient être poursuivies parce que le ministère le disait. On a imaginé qu'il n'était pas prudent de supprimer le juge d'instruction tant que le parquet n'était pas libéré de la tutelle de l'exécutif.

Cette répartition à trois niveaux est le fondement de notre système répressif.

A coté des juridictions de jugements, il y a les juridictions d'instruction.

1.2 Juridiction d'instruction

Au niveau du TGI et de la cour d'appel ensuite, il y a le **juge d'instruction**, qui est un juge du siège, indépendant, qui fait partie des juges du tribunal. Normalement il y en a un par tribunal. Mais l'affaire d'Outreau a montré qu'il y avait un risque qu'une affaire importante tombe sur un juge d'instruction moins compétent. Il est parfois dans l'impossibilité de dominer l'ensemble des pièces du dossier et de les connaître. On a essayé de les regrouper pour certains types de délit et de crimes, afin d'assurer un échange entre eux. On a rendu possible la co-instruction.

Pour les affaires de pédophilie, les affaires financières, les affaires de terrorisme, on regroupe les affaires dans un seul endroit, indépendamment de la géographie.

On a créé le statut de **juge des libertés**, qui va prendre des décisions relatives à la mise en liberté. On a une juridiction autonome, il vient du TGI et sert de juge des décisions que prendra le juge d'instruction.

Au dessus de ces deux là, il y a la cour d'appel avec une chambre dite d'instruction. Et la chambre criminelle de la cour de cassation.

Ce système est très compliqué à faire fonctionner parce qu'il faudrait beaucoup de moyens pour développer une véritable instruction et un véritable contrôle de l'instruction.

1.3 La poursuite

Elle est assurée dans le cadre de l'action publique. L'État dans son rôle de garant de la paix sociale poursuit le délinquant. Elle est assurée par un corps de l'État : les procureurs, ils sont magistrats et non pas fonctionnaires. En tant que magistrats, ils sont inamovibles et ne peuvent recevoir d'ordre. En tant que procureur, il est soumis. Il n'y a aucun scandale à dire qu'il suit ce que dit le ministre.

1.3.1 Les procureurs

On a les **procureurs de la République** devant les TGI, les procureurs généraux devant la cour d'appel et le **procureur général** près la cour de cassation (il n'est pas le chef du parquet,

il ne poursuit pas, il rappelle l'intérêt de la loi).¹⁷

Ainsi, **le parquet est hiérarchisé**, ce qui signifie que **le procureur de la République a autorité sur ses substituts et qu'il est lui-même soumis aux instructions et directives du procureur général près la cour d'appel du ressort**. L'ensemble des membres du parquet sont soumis in fine à l'autorité du ministre de la Justice.

Au sommet se trouve **le ministre qui est le chef du parquet**. Si on rentre dans le détail de la hiérarchie on voit que dans le parquet de la République, le chef est le procureur mais il y a aussi des vices procureurs et des substituts (niveau basique du parquet), à l'audience c'est souvent le substitut qui fait les requêtes. Le procureur général (chef du parquet pour le ressort) a des avocats (grade dans le parquet, qui requiert à l'audience) et des substituts généraux. Le lien entre le ministère et les procureurs généraux. Le parquet est indivisible, ce que dit l'un doit pouvoir être opposé à l'autre.

Mais pendant très longtemps, les parquets étaient aux ordres des gouvernements, ils n'étaient pas tous obéissants mais pas tous, et un obéissant suffisait. On a essayé de construire une sorte d'autonomie du parquet et le rendait le plus indépendant possible du pouvoir exécutif.

Sur quels leviers on a tenté d'agir pour construire l'autonomie du parquet ?

Les nominations : en particulier les grands postes et auprès des grands tribunaux. Ces postes là, sous la surveillance de l'Etat, sont souvent attribués aux personnes conformes à la conception de la répression de l'Etat. Il y a une commission du parquet qui a été instituée, dans laquelle il y a des représentants des magistrats, des personnes non magistrats autorisées et des magistrats nommés par le pouvoir.

Pour les promotions internes, on a pas besoin de passer devant la commission. Mais il y a des effets dits de transparence, il faut aviser tous ceux qui peuvent aussi demander cette nomination.

Les ordres : On distingue l'ordre général et l'ordre individuel. Il n'est pas contesté que le ministre d'une manière générale donne des ordres au parquet (au moyen de circulaires par exemple). Comme maître de la procédure pénale, il a le pouvoir de donner des injonctions générales. Il y a un corps d'inspecteur judiciaire pour vérifier si la politique pénale du ministre est vraiment appliquée et dans quelles conditions. Mais il y a aussi des ordres individuels : c'est le pouvoir exécutif qui dit "on va poursuivre contre telle personne". En droit c'est possible. Mais on a senti de plus en plus anormal que le ministère puisse donner des ordres individuels de poursuite. La pratique fait que le ministère s'auto-limite dans de tels ordres. Nous avons une tension : en principe il y a une hiérarchie dont le ministre est le chef, mais ils sont également des magistrats, ils peuvent donc refuser un ordre du ministre. Le ministre donne l'ordre au procureur général, qui peut refuser, mais l'avocat général peut lui obéir. Chaque magistrat est autonome. Le ministre qui se heurte à un procureur général peut trouver d'autres personnes qui pourront agir. On est dans

17. Un avocat général est un magistrat placé sous les ordres du procureur général, qui représente le ministère public (ou « Parquet ») devant la Cour de cassation, la Cour des comptes, les cours d'appel ou les cours d'assises.

une situation où il faut que le parquet ait une sorte de cohésion autour de son chef. C'est ce que souvent les chefs de parquet essaient d'entretenir. Mais un membre du parquet qui résiste peut être bougé.

"La plume est servie mais la parole est libre". A l'écrit, il doit suivre la demande de sa hiérarchie, mais à l'audience il doit suivre l'inverse. Il exécute la hiérarchie mais il pense ce qu'il veut. Dans l'affaire *Urba*, qui porte notamment sur les conditions d'attribution de marchés publics et concerne le financement occulte du Parti Socialiste français, les ordres du procureur général étaient de montrer que l'ordonnance était nulle. L'avocat général, de droite, a indiqué ce que disait le ministère et a plaidé le contraire.

C'est dans cette ambiance complexe que se déroule la poursuite.

1.3.2 La police

Sur le terrain, il y a **les policiers**. Ils sont dépendants du ministère de l'intérieur et ont un statut de fonctionnaires. Depuis qq années, la police judiciaire (avec une hiérarchie, des fonctionnaires) et la gendarmerie (corps de militaire) sont encadrés par le ministère de l'intérieur. Dans la gendarmerie il y a trois corps : la gendarmerie judiciaire (grades argentés), la garde civile (grades dorés) et la garde républicaine. Ce qui nous intéresse c'est la première, qui quadrille la campagne et les petites villes. La police est davantage centrée dans les villes de moyennes et grandes tailles. Les policiers municipaux eux n'ont pas eu de droit de poursuite.

Comment s'est-on appuyé sur la police pour la poursuite sans être à la merci de la police ? On a donné le **statut d'officier de policier judiciaire** (à la fois aux policiers et aux gendarmes), ils ont un office de police judiciaire, ils ont le droit de constater certains crimes et délits (de **faire des actes authentiques**). En donnant à certains policiers ce statut, on va permettre à cet instrument qu'est la police d'acter la recherche criminelle.

Il y a une construction qui permet à l'instrument de force de faire remonter l'information dans le procès pénal. L'instrument juridique d'officier de police judiciaire permet d'éviter la contestation.

Le parquet est la chef de la police judiciaire, pour un crime donné. Ce n'est pas vrai dans la vie de tous les jours de la police, c'est toujours le chef hiérarchique qui dirige.

2 Le déroulement de la procédure pénale

Un cas à mettre à part : Quand il y a un délit ou un crime **flagrant**, quand l'officier de police judiciaire peut constater lui même le délit ou le crime, beaucoup de choses sont simplifiées. Quand on est dans la flagrance, la procédure est très rapide.

Très souvent, le délit ou le crime est commis et il faut effectuer une enquête. C'est la police qui va faire **l'enquête préliminaire**. C'est signalé au parquet et c'est le procureur de la République qui va être le maître de la poursuite. Elle va faire des perquisitions, interpellé des gens. Le parquet peut ordonner une expertise. Mais combien de temps peut durer cette enquête ?

La garde à vue c'est quand les personnes sont interpellées et qu'on veut encore les garder. Théoriquement, elle dure 24h deux fois. Au terme des 24 premières heures, il faut aviser le parquet de la reconduction. Dans les vingt dernières années, on a cherché à instaurer un statut à la garde à vue. Le droit français était extrêmement lacunaire. La première question qui se posait : quels sont les droits du gardé à vue ? L'assistance médicale ? Oui au bout de 2 heures. Peu à peu on a admis l'immixtion d'un médecin, choisi par la police. Ensuite la question de l'avocat s'est posée : traditionnellement il n'y avait pas d'avocat pendant la garde à vue, dans la mesure où elle avait pour but la recherche de l'aveu. L'intervention de l'avocat est contrariante pour le policier. La CEDH a condamné la France et la Turquie pour avoir une absence d'avocat des gardés à vue (violation des droits de la défense). On a permis à l'avocat de venir après un certain nombre d'heures. Mais on s'est aperçu que la police à ce moment là ne commençait pas à définir la garde à vue comme une garde à vue dès le début. On ne disait à la personne qu'elle était gardée à vue que plus tard. Cette loi a été déclarée anticonstitutionnelle par le Conseil Constitutionnel. Maintenant le point de départ de la garde à vue a été reporté (Article 63, aliéna 3, du Code de procédure pénale : *Le point de départ de la garde à vue se situe au moment où l'individu est privé de sa liberté, donc au moment de l'interpellation ou au temps de son audition s'il s'est présenté spontanément.*).

Le conflit entre la police et la présence de l'avocat a conduit à 17% de moins d'inculpation. Pour les délits on a maintenant mis en place une négociation contre aveu. La religion de l'aveu peut avoir des conséquences dramatiques.

Qu'arrive-t-il après ?

Pour les délits, le procureur a le choix entre la citation directe et donc l'envoyer devant le tribunal correctionnel, ou ouvrir une instruction par un réquisitoire introductif. Il va saisir alors un juge d'instruction.

Pour les crimes, l'instruction est la seule voie possible.

Le réquisitoire introductif est narratif, le parquet raconte comme il voit l'affaire. Le juge d'instruction est saisi *in rem*, il est saisi de faits, dans les choses mêmes. Ce qui fait que le juge d'instruction va pouvoir instruire ces faits même si ça conduit à reprocher un comportement délictuel ou criminel à quelqu'un d'autre. S'il ouvre de nouveaux faits, qui profile une nouvelle infraction, il faut un **réquisitoire supplétif**¹⁸ de la part du parquet pour saisir le juge d'ins-

18. Lorsque des faits, non visés au réquisitoire, sont portés à la connaissance du juge d'instruction, celui-ci doit immédiatement communiquer au procureur de la République les plaintes ou les procès-verbaux qui les constatent. Le procureur de la République peut alors soit requérir du juge d'instruction, par réquisitoire supplétif, qu'il informe sur ces nouveaux faits, soit requérir l'ouverture d'une information distincte, soit saisir la juridiction de jugement, soit ordonner une enquête, soit décider d'un classement sans suite ou de procéder à l'une des mesures prévues aux articles 41-1 à 41-3, soit transmettre les plaintes ou les procès-verbaux au procureur de la République territorialement compétent. Si le procureur de la République requiert l'ouverture d'une information distincte, celle-ci peut être confiée au même juge d'instruction, désigné dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article 83.

truction de ces faits là. L'élargissement au delà du réquisitoire introductif peut être annulé si le juge d'instruction ne le formule pas.

Le juge d'instruction qui veut clôturer fait une ordonnance de renvoi. Lorsqu'il estime son information terminée, il en informe les parties qui peuvent demander l'accomplissement d'actes supplémentaires, puis communique le dossier au PR qui lui fait parvenir ses réquisitions définitives dans les 3 mois.

Passé ce délai, le juge d'instruction rend une ordonnance de règlement du dossier (ou « de clôture ») motivée :

- de non-lieu : motivée en fait ou en droit
- de renvoi devant le tribunal correctionnel ou de police (délit ou contravention)
- de mise en accusation devant la cour d'assises (crime)

2.1 Vue d'ensemble sur la chronologie du crime

Pour un crime le point de départ est la découverte ou la plainte, la période qui suit est appelée l'enquête, placée sous la responsabilité du procureur de la République et menée par la police (qui est d'une durée variable), à son terme vient le choix du procureur de la République : soit il classe la plainte (classement sans suite), soit elle rejoint le flux des affaires. Il y a bien des gens suspects, qui sont interrogés, et il y a une période, la garde à vue, pendant laquelle le suspect est retenue dans les locaux de la police et cela peut durer 2 fois 24h. Toujours le procureur de la République dirige l'affaire. Il faut qu'on ait des charges suffisantes sur le suspect. A partir de ce moment là, il y a un petit débat sur le point de départ de la garde à vue : à partir du moment où on la suspecte ou à partir du moment où on la retient ? Ce point de départ est important, car il met en oeuvre la présence de l'avocat. Les avocats voudraient que la garde à vue soit portée dès le moment où la personne est entendue et suspectée, et la loi, reconnue constitutionnelle, dit que le point de départ est le moment où on retient la personne dans les locaux. Si la garde à vue commence dès que la personne est suspecte, il devient impossible d'obtenir des aveux.

Au terme de la garde à vue, on a plusieurs possibilités : soit on arrête les poursuites, soit on renvoie le dossier au procureur, et la personne est déférée. L'instruction vient ensuite. Elle est menée par **un juge d'instruction** qui est un juge du siège. Il y a un roulement, on ne choisit pas son juge d'instruction. **Il est saisi par le réquisitoire introductif**. Il est saisi des faits, *in rem*, et de tous les faits adjacents. Le juge d'instruction va interroger les gens. Les constitutions de parties civiles (gens qui sont les victimes) se font à ce moment là, elles réclament qqch à la personne suspecte.

La particularité du droit contemporain c'est d'avoir donné un statut aux témoins, ils peuvent être témoins et suspects ! Dans le droit antérieur soit cette personne était mise parmi les poursuivis, soit on la mettait dans les témoins extérieurs. Au début, le juge d'instruction indique au délinquant les charges qui pèsent contre lui, et cela entraîne **la mise en examen** (suspicion est évidente). Ce qui fait qu'il est partie au procès et il a accès au dossier, il peut maintenant faire

des actes. Le témoin-suspect (mais vis à vis duquel on n'a pas de charges) peut maintenant être assisté d'un avocat et avoir connaissance du dossier (c'est ça la révolution depuis les années 2000).

Il faut que le juge d'instruction le déclare témoin assisté au cours de l'instruction. Il n'est pas une vraie partie, mais il est intéressé par l'affaire.

Le juge d'instruction est un peu Janus. Il doit s'occuper des deux côtés. Pendant très longtemps pendant l'instruction, la procédure pénale déniait le droit de faire des actes dans la procédure. Jusqu'en 1893 il n'y avait pas d'avocat pendant l'instruction. Le suspect était soumis à la toute puissance du juge. Depuis 1893, on a admis que devant le juge d'instruction le suspect peut être assisté d'un avocat mais qui ne pouvait pas parler. Il ne pouvait demander que la copie des pièces de procédures. Ce qui fait qu'en 1993, l'avocat a le droit dans le cadre de l'instruction de demander que le juge fasse des actes, il a le droit de demander la nullité de certains actes de procédures faits par le juge. Il a un rôle moteur dans la procédure, c'est un instrument d'approfondissement du dossier. De 1994 à aujourd'hui il y a eu 27 lois qui sont revenues sur les avancées de 1993.

A l'issue de l'instruction, le juge d'instruction renvoie devant la cour d'assises, il pense avoir tout réuni. Il décrit les faits qu'il pense avoir établi, la culpabilité qu'il a forcément établie puisqu'il déferre (ordonnance de renvoi). Il peut néanmoins trouver qu'il n'y a pas de culpabilité et la procédure s'arrête (ordonnance de non-lieu). Les décisions du juge sont susceptibles de recours (désignation d'un expert, demande d'une perquisition etc.). **La chambre d'instruction est la juridiction d'appel de l'instruction.** Les parties qui ont un intérêt peuvent la saisir. Aux assises, le choix des jurés se fait par les avocats et le parquet (procureur). Ils peuvent les récuser, mais cela se fait "à la tête". Il y a à l'audience une nouvelle instruction, par le président de la cour d'assises. Les témoins retenus vont être ré-entendus. Le témoin est plus protégé que dans le système américain. Le parjure n'existe pas en droit français. Le débat porte d'abord sur les explications des avocats. L'instruction à l'audience est très importante parce qu'on revoit les choses. Tel témoin paraît fragile, pareil pour l'expert. L'instruction n'est pas définitive ni monolithique. On va chaque fois essayé de voir les actes commis par le criminel et sa personnalité. On juge l'acte et la personne. On a ce qu'on appelle en droit pénal français **l'individualisation de la peine** : on cherche la sanction la plus adaptée à la personne. La plaidoirie de l'avocat a évolué dans son genre, quand l'avocat était muet ou absent, il devait tout reconstituer (faits, personnalité) à partir des documents qu'il avait. Il fallait que l'avocat remonte le cours de toute l'opération pénale. Ce qui veut dire qu'il fallait toucher les jurés et comme ils n'étaient pas encore encadrés par les magistrats, tout se jouait sur la sensibilité. L'avocat aujourd'hui du fait de son intervention dès la garde à vue, va être au courant de toute la formation du dossier, de toutes les perquisitions, de tous les errements de la police etc. Son intervention n'a plus besoin de se baser sur les sentiments.

La partie civile qui a aussi suivi l'instruction, demande elle un dédommagement. Elle va plaider elle même pour justifier ses intérêts civils. Elle va parfois juste être là pour que le dossier avance qu'il ne tombe pas de l'oubli de l'instruction. Il y a des affaires où l'instruction fait jusqu'à

80 volumes d'actes. C'est les juges du siège qui décident des dommages et intérêts. Quand la partie civile est constituée, elle est partie au litige. Dès lors, si le parquet abandonne, l'instruction se fait sous la conduite de la partie civile quand même. Elle se constitue pour être partie à la poursuite, pour la compléter normalement. Le juge d'instruction peut refuser ce que demande la partie civile. Ses décisions peuvent être "appelables". Il est juge et doit statuer à charge ou à décharge. Il regarde l'aspect pénal tel que soutenu par le parquet et tel que présenté/complété par la partie civile. Elle est demanderesse avec le parquet.

Le suspect gardé à vue a deux solutions : soit on pense qu'il n'est pas dangereux et on peut le relâcher soit on le trouve dangereux et on demande au procureur une détention préventive. Celui ci demande après au juge des libertés. La détention préventive ne peut dépasser deux ans (quatre ans pour le grand banditisme ou le terrorisme). Il faut vraiment que les personnes présentent un vrai danger pour qu'ils soient placés en détention ou qu'elles soient susceptibles de s'enfuir.

Le débat de l'individualisation de la peine va avoir lieu au vu des faits et de la personnalité. Le juge d'assises comme le juge correctionnel, peut appliquer une peine variable. Le juge a une certaine souplesse mais en plus il peut y avoir des circonstances atténuantes. Il peut alors passer en dessous du seuil prévu par la loi pour la qualification.

Dans les crimes et les délits, il y en a qui ont eu un grand succès parce qu'ils étendent l'infraction : **le recel**, c'est un délit qui au départ se présente comme la suite du vol. Pour toucher cette criminalité très importante, on s'est dit qu'il fallait faire un délit séparé "un délit de recel des objets volés", c'est un comportement criminel en soi. Mais cela peut se faire pour d'autres cas : par exemple l'abus de biens sociaux. Pour qu'il y ait recel il faut que la personne sache que le bien vient d'une activité frauduleuse. L'homme politique qui reçoit un pot de vin peut être receleur d'un bien social. Même s'il n'a pas touché d'agent mais qu'il a bénéficié d'un service. Le fait que le bien soit détenu par qq'un qui le savait va en fait des délinquants autonomes. Ce qui est très intéressant dans le droit pénal des affaires : des gens qui n'ont rien à voir avec l'entreprise peuvent bénéficier de recel.

De même le secret de l'instruction, ne peut être détourné. Si le tiers détient des informations, c'est un receleur. La protection des sources du journaliste (on n'a pas le droit de les connaître, c'est un délit issu de la CEDH) est violée : si l'information est transmise à qq'un d'autre, l'autre est un receleur. On peut donc par le biais du recel de poursuivre des gens qui n'ont pas commis l'infraction en elle même. Cela étend donc le champ de l'infraction¹⁹.

La dénonciation calomnieuse : quand qq'un porte plainte au début de l'enquête, que le parquet ne suit pas (c'est fréquent). Ca oblige à porter une plainte avec constitution de partie civile et là le juge d'instruction est obligé de suivre. Si jamais il échoue contre la personne, celle ci va se retourner contre lui en dénonciation calomnieuse. Il y a des délits qui sont liés au combat lui

19. Néanmoins, dans les puces ou les ventes aux enchères, le passage du bien fait qu'il est purgé de toute revendication.

même.

2.1.1 La constitution partie civile

Le dommage causé doit être réel et avoir pour origine la commission d'un délit ou d'un crime car la plainte avec constitution de partie civile n'est pas admise pour les contraventions. Pour se constituer partie civile il faut remplir des conditions :

- avoir la qualité de victime c'est-à-dire être la victime d'un dommage direct et personnel
- avoir un intérêt à agir
- avoir qualité pour agir au jour où l'action est introduite

La plainte peut être déposée à deux moments différents de la procédure, on parle de mode d'action. Le premier mode est la plainte par voie d'action, qui oblige le ministère public à agir. Le deuxième mode est la plainte par voie de l'intervention, qui permet à une victime d'intervenir dans la procédure et d'avoir accès au dossier.

La plainte par voie d'action

C'est la plainte qui met en mouvement l'action publique, puisqu'elle est déposée avant la mise en mouvement par le ministère public ou par une autre victime.

La plainte est constituée par une lettre envoyée au doyen des juges d'instruction compétents, qui en désignera un pour traiter la plainte. Il doit y être obligatoirement fait mention des faits puisque ceux-ci vont permettre de délimiter la saisine du juge d'instruction. Il n'est pas besoin que ces faits soient pénalement qualifiés, ni que soient prouvés l'infraction et le préjudice. Il faut seulement faire état de circonstances les rendant vraisemblables.

La plainte par voie de l'intervention

C'est la plainte faite alors que l'action publique est déjà en mouvement. Les effets de la plainte sont donc moins graves, ce qui justifie son régime plus souple.

La plainte peut être déposée au greffe avant le jugement, à l'audience du jugement jusqu'aux réquisitions du ministère public et à tout moment devant le juge d'instruction.

Les effets de la constitution partie civile Le procureur ne pouvant alors pas la classer sans suite, la victime a l'assurance que l'action de justice sera instruite et ira à son terme, avec éventuellement condamnation. La préparation de la lettre permet de prendre un certain recul sur les événements, propice à une plus grande exactitude des faits exposés.

Le principal inconvénient de la procédure est le montant de la consignation à payer. Mais d'une part celui-ci sera en relation avec la chose à juger et les revenus du plaignant, d'autre part, certaines assistances juridiques (assurances) pourront éventuellement la prendre en charge.

2.1.2 Les témoins assistés

Le statut de témoin assisté, propre au droit français, résulte d'une procédure récemment généralisée[précision nécessaire] dans le cadre de la loi sur la présomption d'innocence (2000). Il vise, d'une part, à protéger les individus entendus par un juge d'instruction afin que l'audition des témoins n'aboutisse pas à faire échec aux droits de la défense ; d'autre part, à permettre de différer la mise en examen, éventuelle, en fin d'instruction.

Désormais, les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont le juge d'instruction est saisi ne peuvent plus être entendus comme simples témoins.

En conséquence, toute personne nommément visée par un réquisitoire introductif, ou faisant l'objet d'une plainte, ou mise en cause, contre laquelle existent de simples indices, sans justifier une mise en examen, ne peut être entendue que comme témoin assisté.

A la différence du simple témoin, **le témoin assisté bénéficie du droit d'être assisté par un avocat qui est avisé préalablement des auditions et a accès au dossier de la procédure.** Il peut demander à être confronté avec la ou les personnes qui le mettent en cause. Par contre, le témoin assisté n'a pas la faculté d'exercer des voies de recours contre les décisions du magistrat.

Le témoin assisté ne peut être placé sous contrôle judiciaire ou en détention provisoire, ni faire l'objet d'une ordonnance de renvoi ou de mise en accusation devant le tribunal correctionnel ou la cour d'assises. Toutefois, à tout moment de la procédure, le témoin assisté peut demander au juge d'instruction à être mis en examen et bénéficier ainsi de l'ensemble des droits de la défense. A l'issue des auditions, le juge peut également décider d'une mise en examen.

En pratique, le recours au statut de témoin assisté reste encore relativement limité. S'il est très utilisé en matière économique et financière, il ne se substitue pas à la mise en examen pour les autres infractions. Il est notamment peu utilisé pour la délinquance de voie publique. C'est essentiellement dans les cas de plaintes avec constitution de partie civile que les juges d'instruction choisissent de recourir à ce statut.

2.1.3 La mise en examen

Le juge d'instruction peut mettre en examen les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer comme auteur ou complice, à la commission d'infractions.

La mise en examen ne peut intervenir qu'après que la personne concernée ait pu faire des observations lors de son audition :

- soit en qualité de témoin assisté,
- soit lors d'un interrogatoire de première comparution.

Le juge d'instruction notifie à l'intéressée sa décision.

Soit elle n'est pas mise en examen, il l'informe alors qu'elle bénéficie des droits du témoin assisté.

Soit elle est mise en examen, il l'informe alors des faits qui lui sont reprochés et peut décider d'une mesure de contrôle judiciaire ou saisir le juge des libertés et de la détention s'il envisage une détention provisoire.

Mise en examen d'un témoin assisté

Un témoin assisté ne peut être mis en examen qu'après en avoir été informé par le juge d'instruction, le cas échéant par lettre recommandée ou durant la première comparution. Celui-ci procède à cette mise en examen s'il considère que des indices graves ou concordant justifiant une mise en examen sont apparus au cours de la procédure.

Il peut également demander de lui-même à être mis en examen à l'occasion de son audition ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

La personne est alors considérée comme mise en examen et bénéficie des droits de la défense.

Le mis en examen a des droits

-Le droit à l'assistance d'un avocat qui a accès au dossier de l'intéressé.

-L'intéressé peut demander au juge de procéder à tout acte lui paraissant nécessaire à la manifestation de la vérité tel l'audition d'un témoin, d'un tiers, un transport sur les lieux...

La mise en examen ne peut intervenir qu'après que le juge ait préalablement entendu les observations de l'intéressé et de son avocat.

3 Pour l'examen

Qui dure 10 minutes, un quart d'heure. Un temps de préparation (10 minutes) pour recouper les idées.

Quel type de sujet ?

Sur la procédure civile : la fin de non recevoir ? le droit d'agir ? l'appel ?

Il faut un peu construire la question. Dire de quoi il s'agit, donner l'essentiel sur le sujet. Quel est le point essentiel ?

4 Annexes

Code de procédure civile

Livre Ier : Dispositions communes à toutes les juridictions

Titre Ier : Dispositions liminaires.

Chapitre Ier : Les principes directeurs du procès.

Section I : L'instance.

- **Art. 1** Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement. Elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi.
- **Art. 2** Les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent. Il leur appartient d'accomplir les actes de la procédure dans les formes et délais requis.
- **Art. 3** Le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires.

Section II : L'objet du litige.

- **Art. 4** L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originales par un lien suffisant.
- **Art. 5** Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé.

Section III : Les faits.

- **Art. 6** A l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder.
- **Art. 7** Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat. Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions.
- **Art. 8** Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige

Section IV : Les preuves.

- **Art. 9** Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention.
- **Art. 10** Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles.

- **Art. 11** Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus. Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime.

Section V : Le droit.

- **Art. 12** Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat. Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé.
- **Art. 13** Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige.

Section VI : La contradiction.

- **Art. 14** Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée.
- **Art. 15** Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense.
- **Art. 16** Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.
- **Art. 17** Lorsque la loi permet ou la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief.

Section VII : La défense.

- **Art. 18** Les parties peuvent se défendre elles-mêmes, sous réserve des cas dans lesquels la représentation est obligatoire.
- **Art. 19** Les parties choisissent librement leur défenseur soit pour se faire représenter soit pour se faire assister suivant ce que la loi permet ou ordonne.
- **Art. 20** Le juge peut toujours entendre les parties elles-mêmes.

Section VIII : La conciliation.

- **Art. 21** Il entre dans la mission du juge de concilier les parties.

Section IX : Les débats.

- **Art. 22** Les débats sont publics, sauf les cas où la loi exige ou permet qu'ils aient lieu en chambre du conseil.
- **Art. 23** Le juge n'est pas tenu de recourir à un interprète lorsqu'il connaît la langue dans laquelle s'expriment les parties.
- **Art. 23-1** Si l'une des parties est atteinte de surdité, le juge désigne pour l'assister, par ordonnance non susceptible de recours, un interprète en langue des signes ou en langage parlé complété, ou toute personne qualifiée maîtrisant un langage ou une méthode permettant de communiquer avec les sourds. Le juge peut également recourir à tout dispositif technique permettant de communiquer avec cette partie. Toutefois, l'alinéa précédent n'est pas applicable si la partie atteinte de surdité comparaît assistée d'une personne de son choix en mesure d'assurer la communication avec elle.

Section X : L'obligation de réserve.

- **Art. 24** Les parties sont tenues de garder en tout le respect dû à la justice. Le juge peut, suivant la gravité des manquements, prononcer, même d'office, des injonctions, supprimer les écrits, les déclarer calomnieux, ordonner l'impression et l'affichage de ses jugements.