**Séance 7 : accès au juge + la justice privée + la preuve**

*L’accès au juge*

Article 6 de la CEDH : accès au juge

Moyen de régler les différents => on substitue un affrontement verbal à un affrontement physique. Moyens utilisés pour une finalité autre => le respect des droits et libertés. L’accès au juge permet de régler les différents.

Qu’est ce qu’un tribunal ? différence de définition entre la CEDH (définition large, fonction jurisprudentielle) et les juridictions françaises. Un tribunal est saisi dans un litige, un différent entre deux personnes. Juge et tribunal = investi d’un pouvoir de trancher un différent.

Dans les prud’hommes : pas des magistrats mais des représentants. => mais tribunal car rend des décisions exécutoires et tranche un différent.

Donc pas besoin de faire partie de la magistrature pour être considéré comme un tribunal. Définition fonctionnelle et non pas organique.

Pour avoir accès, on doit avoir le droit d’accéder. Deuxième moitié du siècle : changement dans l’approche juridique des phénomènes sociaux. Anatole France : « la loi .. pour tous » => aube de la prise en considération des conditions réelles dans lesquelles vivent les gens = il ne suffit pas d’avoir des droits sur le papier mais il faut que concrètement on ait la possibilité de les exercer.

Obstacles éventuellement financiers, complexité du droit. Le droit est complexe car la réalité est complexe => on ne simplifie pas le droit mais on facilite l’accès à l’interprète du droit, l’avocat. Rendre le droit intelligible est de permettre l’accès aux intermédiaires. => Système d’aides juridictionnelles.

Il faut être en dessous du seuil du pauvreté pour que la prise en charge sois complète. Elle est partielle si jute au dessus => peu satisfaisant. Aux US, il y a des défenseurs publics payés par l’Etat pour défendre les gens gratuitement.

*Airey c/ Irlande*, 1979, CEDH. Mme Airey était mariée mais voulait divorcer de son mari. Mais elle manquait d’argent, et demande l’aide judiciaire. Sauf que le système n’existait pas en matière de divorce (pays très catholique). Sur le papier, elle a accès à un tribunal, mais cet accès est-il effectif ? La Cour a développé la notion de droit effectif, en opposition au droit théorique. Dès lors que Mme Airey n’a pas les outils juridiques qui lui permettent de mener elle même sa défense, le droit est violé.

Le droit d’accès au juge comporte aussi le droit à l’exécution du jugement.

*Hornsby c/ Grèce*, 1997, CEDH. Des anglais vivant sur une ile grecque veulent créer une école avec des cours en anglais. Il n’obtiennent pas l’autorisation, et vont à la Cour de Justice qui leur donne raison. Mais l’administration Grecque refuse d’appliquer le jugement. Ils vont ensuite devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme, laquelle dit qu’accéder inclus un droit à l’exécution du jugement, ce qui est cohérent.

*La justice privée*

Justice = pouvoir régalien de l’Etat donc rendue par des organes d’Etat par des fonctionnaires. Peut on choisir de ne pas être jugé par les juges d’Etat ? choisir son juge ? Ca dépend. Pas possible en matière pénale, pas en matière de divorce, de nationalité.. demandes impératives des juridictions d’Etat auxquelles on ne peut pas échapper.

C’est dans le domaine des litiges civils et commerciaux que l’on choisit éventuellement de recourir à l’arbitrage. C’est une justice de luxe, car non seulement il faut payer les avocats, mais il faut également payer les juges. Pourquoi certaines parties choisissent-elles de recourir à des arbitres ? Pour des raisons de rapidité ? Pas forcément, car le litige est tranché plus vite si le perdant exécute spontanément la sentence. Mais c’est rare. Si il fait des recours devant une juridiction d’Etat, il n’y a pas de gain de temps. Il faut demander l’exequatur de la sentence arbitrale pour pouvoir l’exécuter de force. Depuis 2011, cette procédure est simple et rapide mais en réalité, dans certains, si le récalcitrant est très récalcitrant, il faudra retourner devant une cour d’appel.

Pour des raisons de confidentialité, mais surtout de confiance : les opérateurs ont peur des juges d’Etat. Peur diffuse et complexe. Le tribunal arbitral est composé de 3 juges : 2 choisis par chacune des parties, les deux juges choisissent ensuite le président. Ainsi les parties sont sûres d’avoir un juge au moins, sensible à leur cause. Les arbitres ont le temps et prennent le temps.

Mais l’arbitrage est quand même contrôlé par la loi. Dans le Code de procédure civile, dispositions qui encadrent le fonctionnement des procédures arbitrales. Mais aussi la convention de NY de 1958 sur l’exécution internationale des sentences arbitrales. Refonte récente par décret du 13 Janvier 2011. Ce n’est pas un mode alternatif de résolution de conflit car l’arbitre ne fait pas autre chose que ce que fait un juge : il tranche, même si c’est un juge privé.

Les Etats peuvent-ils se faire juger par des tribunaux d’arbitrage ? Oui. Dans l’affaire du Rainbow Warrior (1985), quand la France s’apprêtait à faire une campagne nucléaire, Greenpeace a envoyé un navire pour les gêner. Des agents secrets ont été envoyés pour le faire couler dans le port. Ils ont été condamnés à de la prison ferme. Comme l’Etat bénéficie d’une immunité, la France a négocié leur relâche en se soumettant à un tribunal arbitral. Le litige a été résolu par un arbitrage qui s’est tenu à Londres, à la suite duquel la France a été condamnée.

Comment cela fonctionne-t-il ? On distingue trois phases :

1. Avant le début de la procédure.

* Soit les parties n’ont rien prévu. Les parties ont généralement signé un contrat, qui ne prévoyait pas le recours à l’arbitrage. Si un litige survient, elles peuvent recourir à l’arbitrage si elles parviennent à s’accorder sur ce point. Les parties rédigent alors un compromis d’arbitrage, rédigé après la naissance du litige (comme dans l’affaire du Rainbow Warrior). Le compromis organise l’arbitrage selon certaines conditions (interne, international, etc.). Soit arbitre unique, soit 3 arbitres. Si c’est un arbitre unique, choix conjoint. Les parties délèguent aux arbitres le choix du 3ème arbitre. Désignation très informelle. => Dans ce cas, c’est un compromis d’arbitrage (accord après naissance du litige).

Quel type de procédure ? On peut prévoir que la sentence est insusceptible d’appel (la plupart du temps), car le principe est d’avoir choisir les arbitres les plus compétents. Ensuite, les arbitres statuent-ils en droit ou leur confère-t-on le pouvoir d’amiable composition ? Cela signifie qu’ils sont affranchis des règles de droit (fond), et que les arbitres statuent donc en équité, ce qui est extrêmement subjectif, et donc dangereux. D’autant plus que l’on ne peut pas contester la décision qui en sort en droit, vu qu’on a décidé de s’en affranchir.

* Les parties peuvent avoir anticipé une difficulté dans leur relation contractuelle, et donc avoir prévu avant tout litige que si un litige apparaît, ce sera tranché par voie d’arbitrage. C’est une clause compromissoire insérée par les parties dans le contrat. Au moment où le contrat est signé, le degré de vigilance des parties est bien inférieur, donc cette clause est risquée. Ce n’est pas quand on est amoureux que l’on réfléchit au divorce. Ainsi, pendant longtemps, les clauses compromissoires ont longtemps été regardées de manière suspicieuses, et étaient facilement annulables par le juge. En effet, la différence de puissance financière, et les asymétries d’information (la difficulté pour une partie « faible » de trouver un arbitre) introduisent des déséquilibres. La clause peut être introduite par la partie « forte » comme un moyen de dissuasion, car elle envisage que ce sera plutôt elle qui risque de ne pas respecter le contrat (car elle a décidé de la quasi totalité du contrat, et l’autre est tellement dépendant qu’il est peut probable qu’il ne respecte pas le contrat) et donc veut rendre la tache la plus difficile possible pour l’autre. Arbitrage ad-hoc, arbitrage CCI (chambre commerciale internationale), etc. La clause compromissoire est nulle si insérée dans un contrat avec un consommateur.

Que se passe-t-il si une des parties décide de ne plus aller en arbitrage ? elle peut saisir le juge d’Etat et dans le Code de procédure civile, si pas d’arbitre désigné, le juge d’Etat peut désigner l’arbitre à notre place. Donc forcée d’aller en arbitrage + perte de la possibilité de choisir son arbitre. => La politique de la chaise vide est donc très dangereuse. On peut dire que la clause est non valable => qui apprécie la validité de la clause ?

1. Déroulement de la procédure.

Une des parties déclenche les hostilités, désigne un arbitre, le notifie à l’autre en la sommant de désigner à son tour un arbitre. Que se passe-t-il si elle ne veut pas aller à l’arbitrage ? Si pas de clause compromissoire, pas de problème. Autrement, si elle ne désigne pas d’arbitre, quelqu’un le désigne à sa place. Une fois l’arbitre décidé, la partie peut toujours contester la compétence des arbitres. Qui est compétent pour savoir si les arbitres sont compétents ? Soit les juges étatiques décident (mais de quel Etat ? le juge du lieu ou doit se tenir l’arbitrage, de la signature du contrat, etc. Cela relève du droit international privé), mais dans ce cas cela autorise les manœuvres dilatoires : il suffirait d’arguer la nullité de la clause pour passer plusieurs années à décider si les arbitres sont compétents. Ce n’est donc pas la solution dégagée par le droit positif. On a développé le principe allemand competenz - competenz : les arbitres sont compétents pour statuer sur leur propre compétence.

La partie défenderesse peut donc essayer de saisir un juge d’Etat et lui demander de prononcer la nullité du contrat ou de la clause compromissoire seule. Il y a donc deux procédures concurrentes engagées, d’où un risque de contrariété des décisions. Le tribunal doit alors décliner sa propre compétence (article 1448 Code de procédure civile, encore plus radical depuis le décret de 2011) sauf dans un cas particulier qui suppose deux conditions cumulatives : si le tribunal arbitral n’est pas encore saisi, et si la convention d’arbitrage est manifestement nulle ou inapplicable. Si l’on conteste que l’ensemble du contrat est nul, la nullité du contrat est censé entrainer la nullité de la clause compromissoire. Mais ce n’est pas la solution retenue par le droit positif. La clause surnage à l’engloutissement du contrat. C’est l’autonomie de la clause compromissoire. C’est la solution la moins illogique. Car la décision par laquelle les arbitres décideraient en fin de procédure que le contrat est nul signifierait qu’ils n’avaient pas compétence dès le début pour se prononcer sur la nullité.

Selon quel droit les arbitres doivent-ils statuer (si ce n’est pas prévu par le contrat) ? L’appréciation de la nullité de la clause va varier selon le droit retenu. Respect des principes processuels. Certains Etats ont un droit positif plus ou moins favorable à l’arbitrage. Place très importante de la France car la Cour de Cassation y est extraordinairement favorable. Facteurs conjoncturels avec certains traités.

Clause d’amiable composition : on peut décharger le tribunal arbitral du respect des règles de droit et demander au juge de statuer en équité => très dangereux, problème de définir l’équité. On autorise à ne pas respecter donc on ne peut pas contester. « ramassis des préjugés d’une règle de droit v. ramassis des préjugés d’un individu ».

1. Après le prononcé de la sentence arbitrale. La sentence doit être motivée.

La sentence peut être décidée en dernier ressort si décidé dès le début dans la clause compromissoire. C’est comme ça dans la plupart des cas. Ensuite :

* Soit la partie perdante se résout à sa défaite et exécute spontanément la sentence.
* Soit la partie perdante ne veut pas exécuter la sentence (pas forcément de mauvaise foi). Articles 1478 et suivants. La sentence a certes autorité de la chose jugée, mais n’a pas la force exécutoire d’un juge étatique. Ne peut pas être exécutée par la force. Il faut donc aller devant le juge d’Etat faire une procédure d’exequatur. Décret de 2011 : simplifie, l’exequatur est simplifié et ce n’est même plus contradictoire. Cette procédure était jadis contradictoire ; aujourd’hui le juge ne rend qu’une ordonnance (article 1487) au terme d’une procédure non contradictoire. Cette évolution se justifie que subsiste toujours l’appel-nullité. Parfois, on veut contester la sentence, et si l’appel n’est pas autorisé, le Code permet l’appel-nullité. La partie peut toujours se pourvoir devant la cour d'appel en lui demandant d’annuler la sentence arbitrale. La CA ne peut pas rejuger l’affaire car accepter le tribunal arbitral est renoncé à la juridiction classique. Mais la CA peut non pas réformer mais annuler purement et simplement la sentence. Cette possibilité est d’ordre public (article 1491 : est réputée non écrite toute clause empêchant l’appel-nullité). Cependant, il n’est ouvert que dans si cas de figures limitativement énumérés (article 1492) : tribunal sorti de la mission que lui ont confiées les parties, non respect du contradictoire, sentence contraire à l’ordre public, sentence non motivée, etc. La cour d'appel peut annuler la sentence ou prononcer l’exécution de la décision.

Exequatur pas toujours demandée en France. On veut récupérer ce que l’adversaire nous doit. On va chercher l’exequatur dans le pays où est l’argent.

La jurisprudence française est très favorable à l’arbitrage, beaucoup plus qu’ailleurs => Paris = une des premières places d’arbitrage mondiales.