



**COUR EUROPÉENNE D'ARBITRAGE
COLLOQUE INTERNATIONAL MED-MID VIII
TOULOUSE, LE 18 OCTOBRE 2014**

Dr. Prosocco

I - L'État

1. Quel est le rôle que le Parlement et le Gouvernement jouent en matière de justice dans le domaine des affaires civiles?

• **Abstention**

Le gouvernement et le parlement n'interviennent pas directement dans les affaires civiles. Ils laissent les juridictions trancher librement les litiges et ils ne jouent pas un rôle actif dans la résolution des affaires elles-mêmes.

• **Intervention indirecte.**

En revanche, le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif interviennent indirectement de deux manières :

Tout d'abord, ils jouent un rôle prépondérant dans l'établissement de la norme applicable¹ et dans la qualification de règle d'ordre public qui est insusceptible de dérogation. Ensuite, le gouvernement et le parlement encadrent le déroulement du procès civil. Ils établissent les règles de son fonctionnement. De même, le pouvoir exécutif joue un rôle dans le déroulement de la carrière des magistrats (voir question numéro 3).

Enfin, le parquet, placé sous l'autorité hiérarchique du ministre de la justice, est toujours en mesure d'intervenir pour le cas où une infraction pénale lui serait révélée ou encore lorsque l'ordre public est intéressé².

2. L'Etat a-t-il seulement une obligation négative de ne pas entraver l'accès à la justice ? L'Etat assure-t-il en plus, une obligation positive, celle de faciliter l'accès à la justice ?

L'Etat ne doit pas entraver l'accès au juge. Mais il a aussi, devant la justice publique, une obligation positive de permettre cet accès. Les manifestations de cette charge sont multiples.

Ainsi, dans notre pays - sauf devant le tribunal de com-

merce - la justice est en principe gratuite. Ceci signifie que les plaideurs ne paient pas les juges ni les greffiers qui sont rémunérés par l'Etat.

De même, le maillage géographique issu de la carte judiciaire permet aux litigants de saisir des tribunaux répartis sur tout le territoire.

Il existe également l'aide juridique. Cette institution permet à des personnes démunies de ressources suffisantes d'être dispensées d'avoir à payer tout ou partie des frais et honoraires des auxiliaires de justice (avocats, huissiers, experts) dont le concours est nécessaire pour obtenir certains conseils en marge de tout procès ou le cas échéant pour plaider ou transiger devant les tribunaux. Pour le bénéficiaire de l'aide juridique totale (justiciable percevant au maximum 930 euros par mois sans aucune personne à charge), le service de la justice sera totalement gratuit, ce qui veut dire que le plaideur dans ce cas n'aura aucune somme à avancer pour financer l'intervention de la justice. Pour le bénéficiaire de l'aide juridique partielle, le justiciable devra s'acquitter d'une partie des frais et honoraires du procès.

Enfin, le dispositif est complété par une aide à l'accès au droit que l'on doit se garder de confondre avec l'aide juridictionnelle classique. Dans certains cas, des personnes démunies rencontrent des difficultés. Elles ont besoin d'un conseil juridique en marge de tout procès, ou d'une assistance au cours de procédures non-judictionnelles. L'aide à l'accès au droit répond à ces nécessités. Elle est organisée au niveau départemental sous l'égide du Conseil Départemental de l'Aide juridique, en partie financée par le Département et l'Etat.

Au-delà de ces aides publiques, les justiciables sont libres de souscrire des polices d'assurances privées qui sont susceptibles de prendre à leur charge le coût du procès. Ces polices sont quelquefois distribuées par les banques ou encore les syndicats professionnels. Il arrive qu'elles soient incluses dans d'autres contrats.

3. Est-ce que l'Etat répond au justiciable du fonctionnement de la justice ?

L'Etat répond des dysfonctionnements du service de la justice mais le régime de responsabilité est extrêmement prudent. En effet, on admet que le magistrat puisse commettre des erreurs ou encore que le service ne remplisse pas sa mission de manière convenable. Mais on ne souhaite pas que l'autorité du juge puisse être facilement remise en cause par la menace d'actions en responsabilité admises trop largement. Le plaideur qui n'est pas satisfait de la décision rendue peut, en général, relever appel ou exercer les voies de recours qui lui sont offertes.

En matière judiciaire, il existe l'hypothèse générale d'un fonctionnement défectueux du service public de la justice. Il est possible de mettre en cause la respon-

¹ La loi et le règlement sont les sources majeures du droit. La coutume n'occupe aujourd'hui qu'une place quantitativement secondaire et le rôle du juge comme créateur de norme est extrêmement débattu.

² Il intervient en particulier dans les affaires de filiation, de tutelle, de sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire des entreprises, dans les affaires de responsabilité pécuniaire des dirigeants sociaux, dans les affaires de faillite personnelle, dans les interdictions de gérer les entreprises, dans les affaires gracieuses. Dans ce cas, le défaut de communication du dossier au ministère public est un cas d'ouverture

à cassation. Le ministère public peut en toute matière et devant toutes les juridictions demander la communication d'un dossier. De même, le juge peut ordonner que le dossier qui lui est soumis soit communiqué au parquet. Il est à noter que la possibilité pour le ministère public de communiquer des pièces dans un dossier dans lequel il n'intervient pas est contestée. Le ministère public peut intervenir comme partie principale lorsque l'ordre public est intéressé. Il a toujours la possibilité d'intervenir comme partie jointe pour donner un point de vue objectif, celui de la loi et de la société.



sabilité de l'Etat dans ce cas (art. 141-1 C du COJ). La notion de fonctionnement défectueux est très large. Elle correspond à une situation dans laquelle le dommage a été causé par une défaillance du service en général (par ex. juge + greffe). L'action doit être engagée devant une juridiction de l'ordre judiciaire. Elle n'est ouverte qu'en cas de faute lourde (=toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi) ou de déni de justice. A défaut, la responsabilité ne peut pas être retenue pour fonctionnement défectueux. Depuis une loi du 5 mars 2007, le magistrat responsable du fonctionnement défectueux pour lequel l'Etat a été condamné peut faire l'objet de poursuites disciplinaires.

Toujours en matière judiciaire, on peut également agir en responsabilité pour faute personnelle du juge. Un plaideur se prétend victime d'une faute commise par un magistrat déterminé. Par exemple, le juge a égaré une pièce importante du dossier. Le régime est différent selon qu'il s'agit d'un magistrat de carrière, ou d'un juge non professionnel. Dans le cas d'un magistrat de carrière, l'action est dirigée contre l'Etat qui ensuite peut se retourner contre le magistrat. Dans le cas d'un magistrat non professionnel, la procédure est différente. La victime peut au terme d'une procédure préalable faire examiner l'affaire par deux chambres réunies de la Cour d'appel.

En matière administrative, la responsabilité personnelle du juge administratif peut être recherchée en cas de faute personnelle caractérisée. L'Etat peut également être mis en cause et devoir répondre des dommages résultant de l'exercice de la fonction juridictionnelle assurée par les juridictions administratives. Les solutions dégagées par le droit administratif ne sont donc guère éloignées de celles en vigueur en matière judiciaire.

II - LE STATUT DU JUGE.

1. La formation du juge.

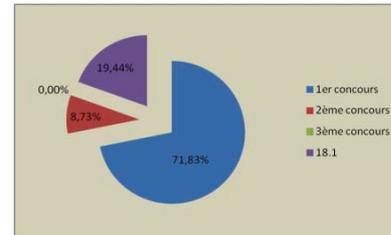
a) Le juge judiciaire de carrière.

- La voie de l'ENM.

Le juge, qu'il soit judiciaire ou répressif, est en principe formé à l'ENM (Ecole Nationale de la Magistrature) après un master (ou équivalent) dont il n'est point requis qu'il soit spécialisé en droit. L'ENM est un établissement public à caractère administratif placé sous la tutelle du Garde des Sceaux. Elle a son siège à Bordeaux. Elle est chargée des formations initiale et continue des magistrats. L'ENM organise périodiquement des sessions de formation auxquelles les magistrats doivent obligatoirement participer. L'accès à l'ENM peut se faire sur concours (concours étudiants ou premier concours, concours fonctionnaire ou deuxième concours, concours réservé aux personnes ayant 8 années d'activité dans le domaine privé ou troisième concours) ou sur titres (ex. pour les docteurs en droit), ce qui diversifie les profils.

Total promo 2013	1 ^{er} concours*		2 ^{ème} concours		3 ^{ème} concours		Recrutement sur titres	
252	181*	71,83 %	22	8,73%			49	19,44 %

*15 auditeurs sur 181 du 1^{er} concours (8,29 %) sont issus de la classe préparatoire ENM 2011/2012 ; 1 auditeur de la classe préparatoire Enm 2010/2011 soit un total de 16 auditeurs (8,84 %).



Source : secrétariat du Directeur-adjoint chargé des recrutements, de la Formation Initiale et de la Recherche

Les concours de l'ENM sont sélectifs. Pour le premier concours, en 2012, 1968 candidats se sont présentés et 181 ont été admis. Pour le second concours, il y avait 279 candidats pour 22 admis. Pour le troisième concours, 67 candidats pour 3 admis.

Répartition des candidats au 1er concours – session 2012					
	Hommes		Femmes		Total
	Nombre	%	nombre	%	
Inscrits	385	19,56%	1 583	80,44%	1 968
Renoncements	1	7,69%	12	92,31%	13
Rejets (non admis à concourir)	3	37,50%	5	62,50%	8
Admis à concourir	381	19,57%	1 566	80,43%	1 947
Absents	153	21,89%	546	78,11%	699
Présents	228	18,27%	1 020	81,73%	1 248
Admissibles	59	17,15%	285	82,85%	344
Abandons aux épreuves orales	3	42,86%	4	57,14%	7
Admis	43	23,76	138	76,24%	181

Répartition des candidats 2ème concours – session 2012					
	Hommes		Femmes		Total
	Nombre	%	nombre	%	
Inscrits	85	30,47%	194	69,53%	279
Renoncements	0	0,00%	2	100,00%	2
Rejets (non admis à concourir)	2	22,22%	7	77,78%	9
Admis à concourir	83	30,97%	185	69,03%	268
Absents	56	36,84%	96	63,16%	152
Présents	27	23,28%	89	76,72%	116
Admissibles	10	23,26%	33	76,74%	43
Abandons aux épreuves orales	0	0,00%	0	0,00%	0
Admis	7	31,82%	15	68,18%	22

Répartition des candidats 3ème concours – session 2012					
	Hommes		Femmes		Total
	Nombre	%	nombre	%	
Inscrits	26	38,81%	41	61,19%	67
Renoncements	0	0,00%	1	100,00%	1
Rejets (non admis à concourir)	2	28,57%	5	71,43%	7
Admis à concourir	24	40,68%	35	59,32%	59
Absents	14	35,00%	26	65,00%	40
Présents	10	52,63%	9	47,37%	19
Admissibles	2	25,00%	6	75,00%	8
Abandons aux épreuves orales	0	0,00%	0	0,00%	0
Admis	0	0,00%	3*	100,00%	3*

* 2 Adj renoncement au profit du concours complémentaire - 1 Adj démissionnaire.
Source : secrétariat du Directeur-adjoint chargé des recrutements, de la Formation Initiale et de la Recherche



Lors de leur passage à l'ENM, les auditeurs de justice reçoivent une formation de 31 mois. Lors de la première période, dite de « formation générale », ils sont familiarisés à la vie judiciaire et aux problèmes économiques et sociaux auxquels ils devront faire face.

Cette première étape se subdivise en :

- un stage de longue durée dans une administration, une entreprise, une collectivité territoriale, ou institution juridique étrangère ou européenne.
- une phase de scolarité à Bordeaux (l'étude se focalisera notamment sur les principes fondamentaux de l'institution judiciaire, l'éthique, la déontologie, la culture judiciaire).
- un stage dans une juridiction au cours duquel l'auditeur participe à l'activité de la juridiction.

À l'issue de la première étape, les auditeurs sont soumis à un examen de classement destiné à vérifier leurs connaissances et leurs aptitudes à exercer les fonctions judiciaires. Le classement est déterminant du choix des postes. Le jury émet une recommandation sur l'aptitude de chaque auditeur de justice à l'exercice d'un premier poste.

Ensuite, vient une seconde étape dite « formation spécialisée ». Elle dure 6 mois. Elle prépare l'auditeur de justice à l'exercice de son premier poste (directions d'études, séminaires, conférences, etc). Cette période se termine par un stage de pré-affectation en juridiction dans les fonctions qu'il sera appelé à occuper.

• *Le juge administratif*

L'ENA (Ecole Nationale de l'Administration) est la voie normale d'accès à la fonction juridictionnelle administrative. L'admission se fait sur concours. Il existe trois concours différents :

- concours externe : le concours externe s'adresse aux diplômés de l'enseignement supérieur ayant validé un cursus équivalent à 3 années,
- concours interne : le concours interne s'adresse aux agents publics ayant au moins 4 années de services effectifs au 31 décembre de l'année du concours,
- troisième concours : le 3^{ème} concours s'adresse aux actifs du secteur privé, aux personnes exerçant un mandat au sein d'une assemblée élue d'une collectivité territoriale ainsi qu'aux personnes justifiant d'une ou de plusieurs activités en qualité de responsable, y compris bénévole, d'une association (Dans tous les cas, ils devront justifier de 8 années d'activité).

Les concours de l'ENA sont sélectifs. Au concours externe, 1086 candidats étaient inscrits pour 43 places offertes. Au concours interne, 402 candidats étaient inscrits pour 38 places. Au troisième concours, il y avait 136 candidats pour 9 places.

◆ Pour l'année 2014, le nombre d'inscrits aux trois concours était de 1624 pour un total de 90 places offertes.

Répartition par concours du nombre de candidats et des places offertes en 2014

Concours	Inscrits	Présents au 1 ^{er} jour	Présents au 5 ^{ème} jour	Absentéisme au 1 ^{er} jour des épreuves	Admissibles	Nbre de places offertes / admis	% admis par rapport aux inscrits
Externe	1086	665	651	38,77%	NC	43/NC	NC
Interne	402	281	276	30,10%	NC	38/NC	NC
3 ^{ème}	136	86	85	36,76%	NC	9/NC	NC

Source : site ena.fr

La scolarité dure 24 mois. Dès leur admission, les élèves prennent la qualité de stagiaires. Ils perçoivent une rémunération mensuelle. La formation comporte des stages qui peuvent avoir lieu en préfecture, dans une ambassade, auprès d'une administration étrangère, ou encore dans une organisation internationale. Au terme du stage, commence alors, dans les locaux de l'ENA, une période consacrée aux études. Du point de vue de la fonction juridictionnelle, la différence principale entre l'ENA et l'ENM est que l'auditeur de justice de l'ENM est destiné à devenir magistrat, alors que l'élève de l'ENA pourra devenir conseiller dans un tribunal administratif ou occuper une toute autre fonction dans l'administration.

• *Les juges non-professionnels.*

Les juges non-professionnels sont des juges élus qui ne font pas carrière dans la magistrature.

o Le juge consulaire.

Les fonctions des juges consulaires sont continues, non permanentes et gratuites.

Les juges des tribunaux de commerce sont des dirigeants d'entreprises. Ils sont désignés par une élection à deux degrés auprès de leurs pairs sans qu'aucun diplôme ne soit exigé. Les juges sont en effet élus par un collège électoral composé des délégués consulaires et des juges et anciens juges de tribunal de commerce. Les délégués consulaires sont eux-mêmes élus par et parmi les commerçants inscrits au registre du commerce et des sociétés et par certaines personnes assimilées comme les capitaines au long cours.

Les juges consulaires ont généralement un mandat de quatre ans (après un premier mandat probatoire de deux ans). Ils peuvent exercer jusqu'à quatre mandats successifs (soit 14 ans au total sans interruption).

Une formation est donnée aux juges commerciaux. Elle est organisée sur tout le territoire par l'Ecole Nationale de la Magistrature. Les formations sont dispensées par un juge consulaire chevronné et par un magistrat professionnel. Elle porte sur les principes fondamentaux de droit et de procédure et sur la rédaction des jugements. Elle est le plus souvent complétée par une formation interne au tribunal de commerce dispensée par des juges consulaires expérimentés.

La formation se poursuit tout au long de la judicature.



o Le conseiller prud'homal

Le conseiller prud'homal siège comme représentant soit des salariés, soit des employeurs. Aucun diplôme n'est exigé pour devenir juge prud'homal. Il suffit d'avoir remporté l'adhésion des électeurs.

L'Etat organise, dans des conditions déterminées par décret, la formation des conseillers prud'hommes et en assure le financement (Code du travail, Article L1442-1). Les employeurs accordent aux salariés de leur entreprise, membres d'un conseil de prud'hommes, sur leur demande et pour les besoins de leur formation, des autorisations d'absence (Code du travail, Article L1442-2). L'employeur est tenu d'accepter la demande de formation. La durée des absences pour formation est d'au maximum 6 semaines pour un mandat de 5 ans. Ces absences peuvent être fractionnées, mais elles ne peuvent excéder 2 semaines au cours d'une même année civile.

La formation des conseillers prud'hommes peut être assurée :

- 1° Par des établissements publics ou instituts de formation des personnels de l'Etat ;
- 2° Par des établissements publics d'enseignement supérieur ;
- 3° Par des organismes privés à but non lucratif qui :
 - o sont rattachés aux organisations professionnelles et syndicales ayant obtenu, au niveau national, cent cinquante sièges aux dernières élections prud'homales répartis dans au moins cinquante départements ;
 - o Se consacrent exclusivement à cette formation (Code du travail, art. D1442-1).

2. Les critères de nomination du juge.

• *Ordre judiciaire*

Le service de la justice est un service public dont l'Etat a la responsabilité. Le juge de carrière est nommé par un décret du président de la République sur proposition du Garde des Sceaux. On a pu craindre que ce système ne donne de l'importance au recrutement arbitraire, au favoritisme et aux recommandations diverses. Mais ce risque a été corrigé par l'instauration de conditions strictement définies par la loi après vérification des aptitudes professionnelles par un organisme dont l'indépendance ne peut pas être suspectée. La voie normale d'accès aux fonctions judiciaires est celle du concours ouvert à de jeunes candidats de 31 ans au plus qui sortent de l'université et qui en principe feront toute leur carrière dans la magistrature. Ils suivront une formation à l'Ecole Nationale de la Magistrature. Ils choisiront leur affectation en fonction du classement de sortie à l'Ecole et des postes disponibles.

Mais à côté de cette filière dite normale, il en est deux autres qui prennent de l'importance. Elles consistent à intégrer dans le corps de la magistrature des personnes

plus âgées, ayant exercé des activités professionnelles plus ou moins importantes dans divers secteurs de la vie juridique, économique ou sociale et qui, à un certain moment, souhaitent devenir juges de manière définitive (1) ou temporaire (2).

(1) Certains professionnels peuvent vouloir devenir magistrats de manière définitive. Il existe pour cela deux concours (deuxième et troisième concours, voir supra question n°1).

(2) La voie du détachement est également ouverte. Elle consiste pour des fonctionnaires (par ex. maître de conférences ou professeurs) à se mettre au service pour une durée limitée d'un tribunal ou d'une cour d'appel. Le poste attribué dépend de l'expérience professionnelle.

On note enfin que le magistrat doit être diplômé d'un master (ou équivalent), de nationalité française, jouir de ses droits civils et civiques, être de bonne moralité, être en situation régulière vis-à-vis du Code du service national. Il faut enfin qu'il réunisse des conditions d'aptitude physique, qu'il soit en bonne santé.

Les juges consulaires et prud'homaux sont élus.

• *Ordre administratif*

En matière administrative, le mode de recrutement est autonome. L'Ecole Nationale de l'Administration (ENA) est la voie normale d'accès à la fonction juridictionnelle publique. On entre à l'ENA sur concours (concours externe, concours externe, troisième concours).

Les membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel sont nommés et promus par décret du Président de la République.

3. Le juge (magistrat du siège) est-il indépendant du gouvernement ?

Le juge du siège peut soit être un magistrat de carrière, soit un magistrat élu. Le mécanisme garantissant son indépendance n'est pas exactement le même.

3.1. *Juge de carrière*

Le juge du siège bénéficie d'une totale indépendance à l'égard du pouvoir exécutif. Il n'existe pas de rapport hiérarchique entre la chancellerie et le juge du siège. Son indépendance est garantie par son inamovibilité, le régime de son avancement et de nomination et un régime disciplinaire spécifique.

a) *Inamovibilité.*

Le juge du siège est inamovible. Il ne peut pas faire l'objet d'une mesure disciplinaire individuelle prise à son encontre par le gouvernement (révocation, suspension, mise à la retraite prématurée, déplacement) en dehors des cas prévus par la loi. Ce principe figure à l'article 64 de la Constitution. Le principe d'inamovibilité vaut pour les conseillers des Tribunaux Administratifs et Cours Administratives d'Appel autant que pour les magistrats du siège en matière judiciaire. Un magistrat du siège ne



peut faire l'objet d'une mutation, même en avancement, sans son accord.

En revanche, les magistrats du parquet (ministère public en matière pénale – rôle d'accusation) ne bénéficient pas de cette garantie d'inamovibilité.

Il faut enfin ajouter que l'inamovibilité n'est pas incompatible avec une limitation de la durée des fonctions du magistrat dans certaines hypothèses dès lors que cette limitation est prévue par la loi (ex. magistrats placés qui assurent des remplacements en cas de maternité ou de maladie), ni avec une certaine forme d'organisation de la carrière des magistrats. Ainsi, l'inamovibilité ne signifie nullement que les magistrats méritants ne seront pas valorisés, les éléments plus moyens sanctionnés, et les magistrats malades soumis à des dispositions leur permettant d'être dispensés de leur service.

b) *Avancement.*

• **Ordre judiciaire**

o Magistrats du premier et deuxième grade

• *Changement de grade.*

Les magistrats sont classés de la manière suivante : magistrats de second grade, de premier grade, et magistrats hors hiérarchie.

Le régime d'avancement entre ces différents paliers garantit aussi l'indépendance du magistrat. L'avancement suppose une certaine ancienneté du magistrat mais là n'est pas l'essentiel. L'accès du second au premier grade est subordonné à l'inscription à un tableau d'avancement qui constitue la pièce maîtresse de la promotion. Ce tableau est élaboré par une commission d'avancement composée de 17 membres dont 14 sont des magistrats élus par les magistrats eux-mêmes. La commission se prononce au vu du dossier individuel de chaque magistrat à partir d'évaluations de l'activité professionnelle par ses supérieurs hiérarchiques et en dernier ressort par le premier président de la Cour d'appel dont il dépend. Cette évaluation a lieu tous les 2 ans et elle comporte une phase contradictoire avec le magistrat évalué. Le tableau d'avancement est communiqué à chaque magistrat concerné qui y figure. Il est affiché au siège de chaque juridiction afin que le magistrat qui y est proposé puisse adresser à la commission d'avancement une demande d'inscription. En cas de refus, il peut présenter sa demande au Garde des Sceaux.

• *Affectation. Liste d'aptitude.*

Il existe en plus du tableau d'avancement, une liste d'aptitude et de sélection destinée à proposer les magistrats ayant les qualités requises pour exercer certaines fonctions (ex. président de juridiction, procureur de la république). Cette liste d'aptitude est dressée par la commission d'avancement. Cette liste d'aptitude est communiquée non seulement au Conseil Supérieur de la Magistrature, mais aussi aux chefs de la Cour de cassation et des Cours d'appel qui doivent en assurer la diffusion

après des magistrats en activité de leur juridiction. Tout candidat à la fonction peut formuler des observations.

• *Consultation du CSM*

Toute promotion du second au premier grade, toute nomination à une nouvelle fonction prend la forme d'un décret du Président de la République, sur proposition du Garde des Sceaux.

Mais une consultation préalable du Conseil Supérieur de la Magistrature est nécessaire :

• En ce qui concerne les magistrats du siège, l'article 65 de la Constitution exige un avis conforme. Ceci signifie que le Président de la République ne pourrait pas procéder contre l'avis du Conseil à une nomination. S'agissant de certaines fonctions, la nomination ne peut intervenir que sur proposition du Conseil Supérieur de la Magistrature.

• En ce qui concerne les magistrats du parquet, la Constitution n'exige qu'un simple avis. Ce dernier n'a pas besoin d'être conforme et, par conséquent, il ne lie pas le gouvernement.

o Magistrats hors hiérarchie.

S'agissant des magistrats qui deviennent magistrats « hors hiérarchie », l'avancement se déroule différemment. Le magistrat doit d'abord avoir accompli une période dite de « mobilité statutaire » au cours de laquelle il intervient dans des domaines extrajudiciaires. Il est important de noter que la commission d'avancement n'a aucun rôle dans ce cas. Les magistrats du siège ne peuvent être nommés que sur un avis conforme du Conseil Supérieur de la Magistrature.

Les magistrats du parquet peuvent être nommés après un simple avis du CSM. Un Procureur de la République d'un tribunal peut être nommé malgré un avis contraire du CSM. Il en est de même pour la nomination des Procureurs Généraux.

• **Ordre administratif.**

L'avancement obéit à des règles différentes au sein du Conseil d'Etat et au sein des Tribunaux Administratifs et des Cours Administratives d'Appel.

Au sein du Conseil d'Etat, l'avancement se fait par décret du Président de la République sur proposition du Garde des Sceaux. Les plus hautes personnalités du Conseil d'Etat conservent la maîtrise des promotions à travers un droit de présentation.

Au sein des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, l'avancement obéit à des règles propres. Le Conseil Supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel joue un rôle comparable à celui du CSM dans l'ordre judiciaire. Ce corps comporte trois grades : conseiller, premier conseiller, président. L'avancement suppose que le magistrat figure sur le tableau d'avancement, lequel est établi sur proposition



du CSTACAA (Conseil Supérieur des Tribunaux Administratifs et Cours Administratives d'Appel). Pour devenir président, il faut au moins 8 années de service effectif dans un emploi du corps des Tribunaux Administratifs. Sous certaines conditions, les membres de ce corps peuvent encore accéder au Conseil d'Etat.

c) *Régime disciplinaire des magistrats*

• **Ordre judiciaire**

L'erreur de jugement ou le mauvais jugement ne sont pas susceptibles de provoquer des poursuites disciplinaires, sauf dans les cas les plus graves. Depuis la loi du 5 mars 2007, le magistrat responsable du fonctionnement défectueux pour lequel l'Etat a été condamné peut faire l'objet de poursuites disciplinaires. De même, la loi du 22 juillet 2010 a décidé que constitue une faute disciplinaire la violation grave et délibérée par un magistrat d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties, constatée par une décision de justice devenue définitive.

La faute disciplinaire s'entend aussi de tous les manquements de la vie privée dans la mesure où ceux-ci seraient de nature à jeter le discrédit sur la fonction. Les sanctions peuvent aller jusqu'à la révocation. On relève également le blâme, le déplacement d'office, le retrait de certaines fonctions, l'interdiction d'être nommé aux fonctions de juge unique, l'abaissement d'échelon, l'exclusion temporaire de fonctions pour une durée de 1 an maximum avec privation partielle ou totale de traitement. Toutes ces sanctions ne doivent pas être confondues avec le simple avertissement qui ne constitue pas à proprement parler une sanction disciplinaire ni avec l'interdiction temporaire qui tend à écarter le magistrat de ses fonctions alors qu'il fait l'objet ou qu'il risque de faire l'objet de poursuites pénales. Il ne s'agit là que d'une simple mesure d'attente.

Les magistrats du siège, bénéficiant du principe d'immovibilité, sont soumis à un régime disciplinaire extrêmement protecteur qui les met à l'abri de toute mesure de représailles injustifiée de la part de l'exécutif. L'action disciplinaire est portée devant le CSM, dans sa formation compétente à l'égard des magistrats du siège. Le CSM est appelé à statuer comme conseil de discipline, véritable juridiction qui examine le dossier contradictoirement et dont la décision a l'autorité de la chose jugée. La présidence est assurée par le premier président de la Cour de cassation. La décision doit être motivée et rendue publiquement. Elle s'impose à tous y compris à la chancellerie qui doit la respecter.

Les magistrats du parquet relèvent du CSM dans sa formation compétente. Ladite formation est présidée par le Procureur Général près la Cour de cassation. Le CSM est saisi par le Garde des Sceaux, par le Procureur Général de la Cour d'appel dont dépend le magistrat ou encore à certaines conditions par les justiciables. Dans ce cas, le CSM ne joue pas le rôle d'un conseil de discipline,

d'une juridiction, mais il est un simple organe consultatif chargé de rendre un avis motivé sur les sanctions que les agissements semblent devoir entraîner. La décision est prise par le Garde des Sceaux lui-même, au vu de l'avis émis par le CSM. Mais l'avis rendu ne lie absolument pas le Garde des Sceaux. Seule l'autorité morale du CSM peut convaincre le Garde des Sceaux. Le Garde des Sceaux, supérieur hiérarchique du magistrat, rend une décision de nature administrative et non pas juridictionnelle.

Certains sollicitent que le régime disciplinaire des membres du parquet soit aligné sur celui des magistrats du siège. Le régime disciplinaire des magistrats du parquet est très critiqué. De même que le lien hiérarchique vis-à-vis du ministre. Un rapport important (rapport NADAL) a été remis au ministre de la justice en 2013. Il propose plusieurs pistes pour accroître l'indépendance du parquet.

• **Ordre administratif**

S'agissant des Conseillers d'Etat, les sanctions envisageables sont les suivantes : avertissement, blâme, exclusion temporaire de fonctions dans la limite de 6 mois maximum, mise à la retraite d'office, révocation.

Les sanctions les moins graves sont prononcées directement par le vice-président du Conseil d'Etat. Les autres sanctions sont prononcées par décret du Président de la République sur proposition du Garde des Sceaux.

S'agissant des Conseillers au Tribunal Administratif ou à la Cour Administrative d'Appel, le régime est un peu différent. Depuis la loi du 6 janvier 1986, les conseillers au TA ou à la CAA relèvent du Conseil Supérieur des Tribunaux administratifs et des Cours Administratives d'Appel (CSTACAA). Cet organe joue le rôle de conseil de discipline. La juridiction est saisie par le président du Tribunal Administratif ou de la Cour Administrative d'Appel dont fait partie le membre du corps concerné ou par le chef de la mission d'inspection des tribunaux administratifs et des cours d'appel.

3.2. Indépendance du Juge non professionnel.

Le juge non professionnel est indépendant puisqu'il ne tient pas sa nomination de la Chancellerie mais de l'élection. Le régime d'avancement n'a pas de sens puisque le juge élu n'est pas un magistrat de carrière. Ses fonctions sont gratuites pour le tribunal de commerce et faiblement rémunérées pour le Conseil des Prud'hommes³. Le Conseil supérieur de la magistrature et, plus largement, le statut de la magistrature, ne concernent que les magistrats de l'ordre judiciaire au sens strict. Ils ne concernent pas les juges consulaires ou prud'homaux. Des particularités doivent être relevées s'agissant du régime disciplinaire.

• **Juge consulaire**

Tout manquement à l'honneur, à la probité, à la dignité et aux devoirs de sa charge par le juge consulaire est sanctionné. Deux peines disciplinaires sont possibles : le

³ Les fonctions de conseiller prud'hommes sont gratuites vis-à-vis des parties (art. L. 1442-8). Néanmoins, l'article L. 1442-6 du code du travail instaure des garanties financières en faveur des conseillers prud'hommes salariés, et notamment le maintien de leur rémunération et des avantages correspondants pendant leur absence. L'absence correspondant au temps nécessaire à l'exercice du mandat est un droit, et correspond à du temps de travail effectif. En ce sens, les titres-restaurants leur sont dus pendant l'exé-

tion de leur mandat (Soc. 20 févr. 2013, no 10-30.028). Des vacances rémunérées sont prévues dans les cas visés aux articles R. 1423-55 et suivants du code du travail. Le nombre d'heures indemnisables est déterminé par tableau aux articles D. 1423-65 et suivants du code du travail. L'employeur avance intégralement les sommes au salarié ; il est remboursé par l'Etat (C. trav., art. R. 1423-58).



blâme ou la déchéance.

Sur proposition du garde des Sceaux, ministre de la Justice, le président de la Commission nationale de discipline peut suspendre un membre d'un tribunal de commerce pour une durée maximale de six mois, lorsqu'il existe contre l'intéressé, qui aura été préalablement entendu par le président du tribunal auquel il appartient, des faits de nature à entraîner une sanction disciplinaire. La suspension peut être renouvelée une fois pour la même durée maximale.

Le pouvoir disciplinaire est exercé par la Commission nationale de discipline des membres des tribunaux de commerce, siégeant à la Cour de cassation, présidée par un président de chambre à la Cour de cassation désigné par le premier président de cette Cour. Les membres de la Commission, désignés tous les quatre ans entre le 21 février et le 31 mars, sont :

- un membre du Conseil d'État désigné par le vice-président du Conseil d'État,
- deux magistrats du siège des cours d'appel désignés par le premier président de la Cour de cassation sur une liste établie par les premiers présidents des cours d'appel, chacun d'eux arrêtant un nom après avis de l'assemblée générale des magistrats du siège de la cour d'appel ;
- quatre membres des tribunaux de commerce élus par l'ensemble des présidents des tribunaux de commerce ;
- des suppléants en nombre égal désignés de la même manière (C. com., art. L. 724-2, R. 724-1 et R. 724-2).

Le secrétariat de la Commission est assuré par le secrétariat général de la première présidence de la Cour de cassation.

• **Conseiller prud'homme**

Les conseillers prud'hommes sont soumis, dans l'accomplissement de leurs fonctions, aux obligations générales qui pèsent sur tous les juges. S'ils mettent obstacle au bon fonctionnement du conseil ou manquent à leurs devoirs, ils s'exposent, selon les cas, soit à être déclarés démissionnaires, soit à être frappés de sanctions disciplinaires ou pénales. Enfin, ils engagent leur responsabilité personnelle à l'occasion des fautes qu'ils commettent.

Par exemple, l'acceptation par un conseiller prud'homme d'un mandat impératif constitue un manquement grave à ses devoirs (C. trav., art. L. 1442-11) qui entraîne de plein droit l'annulation de l'élection de celui qui s'en est rendu coupable ainsi que son inéligibilité si ce fait est reconnu par les juges chargés de statuer sur la validité des opérations électorales. Si la preuve n'en est rapportée qu'ultérieurement, le fait entraîne la déchéance de l'intéressé.

Par ailleurs, tout conseiller prud'homme qui, sans motif légitime et après mise en demeure, refuse de rem-

plir le service auquel il est appelé peut être déclaré démissionnaire (art. L. 1442-12).

Les modalités de la procédure disciplinaire sont décrites aux articles D. 1442-20 et suivants du code du travail. En cas de manquement grave à ses devoirs dans l'exercice de ses fonctions, tout conseiller prud'homme est appelé devant la section ou la chambre pour s'expliquer sur les faits qui lui sont reprochés (C. trav., art. L. 1442-13). Dans le délai d'un mois à compter de la convocation, le procès-verbal de la séance de comparution est adressé par le président du conseil de prud'hommes au procureur de la République, lequel le transmet avec son avis au garde des Sceaux (art. D. 1442-21). Sur proposition du premier président de la cour d'appel et du procureur général près de cette cour, le ministre de la Justice, saisi d'une plainte ou informé de faits de nature à entraîner des poursuites pénales contre un conseiller prud'homme, peut suspendre l'intéressé de ses fonctions pour une durée qui ne peut excéder six mois (art. L. 1442-16).

Les peines applicables aux conseillers prud'hommes sont : la censure, la suspension pour une durée inférieure à six mois et la déchéance (C. trav., art. L. 1442-14). La sanction peut être la démission d'office, telle que prévue à l'article L. 1442-12 du code du travail. Par ailleurs, l'article D. 1442-23 du code du travail prévoit un droit de réprimande, dont dispose le garde des Sceaux, ainsi que l'applicabilité des incompatibilités prévues aux articles L. 111-10 et R. 111-2 du code de l'organisation judiciaire.

Les dispositions des articles 4 (déné de justice) et 5 (interdiction des arrêts de règlement) du code civil ainsi que celles de l'article 434-7-1 du code pénal (peines prévues pour la forfaiture en cas de démission pour empêcher le fonctionnement de la justice, d'immixtion dans le pouvoir législatif ou dans les matières relevant de l'autorité administrative) sont applicables aux conseillers prud'hommes (C. trav., art. L. 1442-9). Par ailleurs, la procédure de prise à partie, qui doit être portée devant la cour d'appel, leur est également applicable (art. D. 1442-23 et D. 1442-24).

4. Dans votre système juridique, les décisions concernant le juge (du siège) [professionnel] sont-elles réservées à un organe indépendant (par exemple au Conseil Supérieur de la Magistrature) ?

En France, les décisions concernant les juges (magistrat du siège) professionnels relèvent en principe du CSM (Conseil Supérieur de la Magistrature) qui s'interpose entre le gouvernement et les magistrats (voir question n°3).

En matière administrative, la CSTACAA (Conseil Supérieur des Tribunaux administratifs et des Cours Administratives d'Appel) joue, en pratique⁴, souvent le même rôle (voir question numéro 3).

Ces organes occupent une place considérable dans la

4 En théorie, en matière disciplinaire par exemple, le CSTACAA n'a qu'un pouvoir de proposition. Il ne peut pas décider de la sanction disciplinaire. En pratique pourtant, il apparaît que la proposition a plus de valeur qu'un simple avis et l'autorité chargée de la gestion du corps semble ne pas pouvoir prononcer d'autre sanction que celle énoncée par le CSTACAA.



promotion et la discipline des juges du siège.

En revanche, s'agissant des magistrats du parquet, le rôle du CSM est moins important (ex. en matière disciplinaire, le CSM a un simple rôle consultatif).

5. Est-ce que cet organe indépendant est constitué seulement par des juges ou par des autres personnes ? Dans ce dernier cas, en quelle proportion ? Dans ce cas là, qui les nomme et quelle formation ont-ils ?

• **Composition des commissions siège et parquet du CSM.**

Le CSM comporte 2 formations : une formation concerne les magistrats du siège, une autre formation concerne les magistrats du parquet. Chaque formation est composée de 15 membres.

La composition de chaque formation est la suivante :

o 7 magistrats.

La formation chargée des magistrats du siège est présidée par le premier président de la Cour de Cassation. Elle comprend 6 magistrats élus par leurs collègues : 5 appartenant au siège et 1 appartenant au parquet.

La formation chargée des magistrats du parquet est présidée par le Procureur Général près la Cour de cassation. Elle est composée de 6 magistrats élus : 5 appartenant au parquet et 1 appartenant au siège.

o 8 personnes sont appelées à siéger dans les 2 formations.

1 Conseiller d'Etat désigné en Assemblée Générale

1 avocat

6 personnalités extérieures n'appartenant ni au pouvoir judiciaire, ni au Parlement, ni à l'Ordre Judiciaire, ni à l'ordre administratif. Ces 6 personnes sont désignées : 2 par le Président de la République, 2 par le Président de l'Assemblée Nationale, 2 par le Président du Sénat.

• **Composition du CSTACAA**

Le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel est présidé par le vice-président du Conseil d'Etat et comprend en outre :

1° Le conseiller d'Etat, chef de la mission permanente d'inspection des juridictions administratives ;

2° Le directeur général de la fonction publique ;

3° Le secrétaire général du Conseil d'Etat ;

4° Le directeur chargé au ministère de la justice des services judiciaires ;

5° Cinq représentants des membres du corps, élus au scrutin de liste parmi l'ensemble des membres du corps des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel et des agents détachés depuis plus de deux ans dans ledit corps. Ces listes peuvent être incomplètes ;

6° Trois personnalités qui n'exercent pas de mandat électif nommées, pour une durée de trois ans non renouvelable, respectivement par le Président de la République, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat.

Le mandat des représentants des membres des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel est d'une durée de trois ans. Il est renouvelable une seule fois. Toutefois, les agents détachés élus au conseil supérieur démissionnent d'office de leur mandat dès que leur détachement prend fin.

6. La carrière du ministère public est elle séparée de la carrière de la magistrature du siège ? L'organe indépendant, auquel appartiennent les décisions concernant les juges, est il unique pour les juges et pour le ministère public ?

Les fonctions des magistrats du ministère public et des juges du siège sont séparées mais tous appartiennent au même corps. L'absence de séparation entre les carrières des magistrats du siège et du parquet est parfois critiquée. Le fait qu'un magistrat puisse passer du siège au parquet et du parquet au siège fait parfois l'objet de réserves (voir sur ce point l'ouvrage récent de Roger ER-RERA, Et ce sera justice ... Le juge dans la Cité, éd. GALLIMARD, 2013 ; voir également le lien suivant : <http://www.franceculture.fr/player/reecouter?play=4607380>).

La différence essentielle est que le magistrat du parquet est placé sous l'autorité hiérarchique du Garde des Sceaux et qu'il est soumis à un système de nomination et à un régime disciplinaire qui sont différents (voir supra n°5).

7. Le juge engage-t-il sa responsabilité en cas de faute ? Pour quel type de faute ?

L'erreur de jugement ou le mauvais jugement ne sont pas susceptibles de provoquer des poursuites disciplinaires, sauf dans les cas les plus graves. Depuis la loi du 5 mars 2007, le magistrat responsable du fonctionnement défectueux pour lequel l'Etat a été condamné peut faire l'objet de poursuites disciplinaires. De même, la loi du 22 juillet 2010 a décidé que constitue une faute disciplinaire la violation grave et délibérée par un magistrat d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties, constatée par une décision de justice devenue définitive.

La faute disciplinaire s'entend aussi de tous les manquements de la vie privée dans la mesure où ceux-ci seraient de nature à jeter le discrédit sur la fonction.

Les sanctions peuvent aller du simple blâme jusqu'à la révocation⁵.

⁵ On relève également comme sanctions intermédiaires le déplacement d'office, le retrait de certaines fonctions, l'interdiction d'être nommé aux fonctions de juge unique, l'abaissement d'échelon, l'exclusion temporaire de fonctions pour une durée de 1 an maximum avec privation partielle ou totale de traitement. Ces sanctions ne doivent pas être confondues avec le simple avertissement qui ne constitue pas à propre-

ment parler une sanction disciplinaire ni avec l'interdiction temporaire qui tend à écarter le magistrat de ses fonctions alors qu'il fait l'objet ou qu'il risque de faire l'objet de poursuites pénales. Il ne s'agit là que d'une simple mesure d'attente.



8. L'action à l'encontre du juge/procureur pour responsabilité pour faute peut-elle être engagée par le justiciable?

La responsabilité des magistrats du corps judiciaire ne peut être engagée que de leurs fautes personnelles.

La faute personnelle s'entend de la faute intentionnelle (Cass. Civ. 2^{ième} 23 novembre 1956).

Le justiciable ne peut pas agir directement contre le magistrat. Il doit agir contre l'Etat qui peut ensuite exercer une action récursoire contre ce dernier.

III - PROCEDURE CIVILE.

1. Est-ce que le juge applique normalement la loi d'une façon froide et formelle ?

Le juge dit le droit. Selon l'art. 12 du CPC, il tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer aux faits leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposées. En théorie donc, l'office du juge ne lui permet pas de tenir compte de considérations extra-juridiques (notamment d'équité).

En pratique pourtant, le juge statuant en droit introduit souvent une dose d'équité afin de tempérer la rigueur du droit positif.

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. C'est ce qu'on appelle l'arbitrage judiciaire.

2. Le juge se tient-il à la lettre de la loi ou privilégie-t-il une interprétation de la loi qui permette de rendre justice?

Le rôle du juge n'a cessé d'évoluer. On a d'abord considéré que le juge était « la bouche de la loi ». Il devait s'en tenir à la lettre du texte. Il était extrêmement respectueux du pouvoir législatif. La qualité de la rédaction du Code civil de 1804 plaidait en ce sens. Le principe est que la loi règle tout. C'est la plénitude de l'ordre légal. A cette époque, l'école de l'Exégèse propose une lecture littéraire de la loi. Le juge ne saurait rechercher une solution ailleurs que dans la loi.

Puis on a admis que le juge pouvait interpréter la loi et qu'il avait pour cela un pouvoir important. Il faut dire que ce pouvoir était prévu par l'article 4 du code civil français : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être

poursuivi comme coupable de déni de justice ».

Aujourd'hui, le juge est considéré par de nombreux auteurs comme l'un des créateurs de la norme. La jurisprudence serait une source autonome de la loi.

3. Quel rôle jouent les jugements précédents?

• Exclusion du système du précédent et des arrêts de règlement

Le droit jurisprudentiel français qui rejette le système du précédent est fondamentalement différent du système de Common law qui l'admet. En France, la liberté d'interprétation du magistrat ne peut nullement être contrainte par des choix jurisprudentiels antérieurs.

Les arrêts de règlement ayant une portée normative sont interdits. L'arrêt de règlement est une décision solennelle, prise par une cour souveraine (sous l'Ancien Régime par les parlements), qui est de portée générale et qui s'impose à l'avenir aux juridictions inférieures. L'article 5 du Code civil dispose : « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ». Dans le même sens, l'article 1351 du code civil dispose : « *L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité* ».

Si les juges rendaient un arrêt de règlement, leur décision pourrait être déférée à la Cour de cassation à la demande du parquet par un pourvoi dans l'intérêt de la loi. Ce type de pourvoi n'est assujéti à aucune condition de délai. La décision rendue sur ce pourvoi devra être publiée de la même manière que la décision cassée.

• Admission des arrêts de principe

En revanche, les solutions de droit contenues dans les décisions sont susceptibles de s'appliquer à de nouvelles situations, quand bien même ces situations seraient différentes, pour éventuellement former une nouvelle interprétation. La jurisprudence joue un rôle prééminent dans l'interprétation de la loi. Et les arrêts dits « de principe » sont parfaitement admis. Ces décisions sont rendues par la Cour de cassation, le Conseil d'État ou le tribunal des conflits et elles appliquent une solution que l'ensemble des tribunaux vont ensuite appliquer à chaque arrêt similaire, comme si il existait effectivement une règle de droit. Cela est particulièrement vrai dans le domaine du droit administratif, dont la plupart des normes ont été dégagées par le Conseil d'État. Ce phénomène est accentué par la pratique du rapport dans lequel la Cour de cassation donne des indications sur la manière dont elle voit les choses. En plus, la Cour de Cassation évalue d'ailleurs ses arrêts, elle les hiérarchise selon une grille de notation disponible sur son site internet (www.courdecassation.fr).

Néanmoins les tribunaux et cours ne sont pas liés par leurs décisions précédentes et peuvent à tout moment



effectuer un revirement de jurisprudence. De plus, le législateur peut venir s'opposer à une solution jurisprudentielle en édictant une loi contraire à celle-ci.

4. Un arrêt d'une juridiction d'appel s'impose-t-il aux tribunaux de première instance ? Qu'en est-il des décisions du tribunal de dernière instance quant aux juridictions d'appel ?

D'une part, le système du précédent est exclu.

D'autre part, la hiérarchie institutionnelle entre les juridictions ne supprime en aucune manière l'autonomie de décision des juridictions inférieures. Et par exemple, une cour d'appel ne pourrait nullement donner d'injonction à une juridiction du premier degré sur la manière d'interpréter la loi.

Chaque juridiction est libre de statuer comme elle l'entend, quel que soit son degré dans la hiérarchie. Il n'y a pas de hiérarchie dans l'interprétation des lois.

5. Est-ce que le concept de chose jugée « implicite » est employé ? Avec quels effets ?

L'autorité de la chose jugée « implicite » n'est pas connue comme telle dans le Code de Procédure Civile.

La notion existe toutefois. La jurisprudence admet parfois ce que certains auteurs appellent les « décisions implicites ».

L'autorité de la chose jugée implicite concerne ce qui est virtuellement compris dans le dispositif. Le procédé permet d'étendre l'autorité de la chose jugée à toutes les questions nécessairement engagées dans le litige.

La jurisprudence ne fait aucune difficulté pour reconnaître que l'autorité de la chose jugée s'étend, non seulement aux énonciations formelles du jugement, mais également aux questions incidentes que le juge a dû nécessairement résoudre pour y parvenir, et qui priveraient de tout fondement logique la décision du juge si elles venaient à être démenties. Par exemple, la chose jugée par la décision qui condamnerait un héritier au paiement d'une partie seulement de la dette de son auteur ferait obstacle à ce qu'il soit condamné envers le même créancier au paiement de la totalité de la dette. Autre exemple, les juges ne peuvent pas remettre en question la chose jugée implicitement par une décision antérieure, lorsque le point ainsi résolu explique la solution, la sous-tend : trancher cette question dans un autre sens reviendrait à anéantir le dispositif explicite de la décision antérieure.

En principe, la décision implicite ne permet pas d'accorder une quelconque autorité aux motifs de la décision. La jurisprudence est toutefois source de difficultés d'interprétation car elle recherche parfois des décisions implicites dans les motifs.

La sanction de l'autorité de la chose jugée est en principe la fin de non-recevoir.

6. Le juge respecte-t-il normalement les droits de la défense ? Quels droits de la défense sont reconnus ? Quelles sont les limites au droit d'une partie de porter la preuve ?

• Rôle du juge

Le juge respecte les droits de la défense. Il doit, en toute circonstance, faire observer le principe du contradictoire. Il doit aussi le respecter lui-même. Il ne peut fonder sa décision sur des éléments dont il a une connaissance purement personnelle, en dehors des débats.

• Contenu du principe du contradictoire

La défense prend la parole en dernier et les parties doivent être en mesure de débattre loyalement.

Les parties comparantes doivent se faire connaître mutuellement, en temps utile, leurs demandes, moyens et éléments de preuve. Le juge peut aussi enjoindre à une partie, même sous astreinte, de communiquer une pièce ou de la produire (CPC, art. 133, 134 et 137). Sauf la faculté qu'il a d'ordonner une réouverture des débats (CPC, art. 444), le juge n'a pas à tenir compte d'un dossier qui a été déposé en cours de délibéré. Les pièces produites tardivement peuvent être écartées des débats si les droits de la défense ne sont pas respectés (CPC, art. 135).

7. Est-ce que le juge joue un rôle directif ou passif dans le procès civil ?

À la différence du procès pénal, la procédure devant le tribunal civil est accusatoire, c'est-à-dire que ce sont les parties qui conduisent l'instance. Théoriquement, le juge civil a un rôle passif. Il se contente de diriger les débats et de juger. Il n'a pas vocation à mener quelque investigation que ce soit. On indique traditionnellement que, dans le litige, le domaine du fait appartient aux parties et que le droit incombe au juge qui tranche le litige, qui dit le droit.

Depuis le décret de 1972 cependant, le rôle du juge n'est pas totalement passif. Il a eu tendance à s'accroître au fil des réformes.

Par exemple, il peut :

- impartir des délais,
- soulever d'office les moyens de pur droit et certaines exceptions (y compris l'exception de compétence territoriale) et irrecevabilités,
- requalifier les faits,
- modifier le fondement juridique des prétentions.

Tout ceci est extrêmement important. Mais c'est sans doute en matière de preuve des faits que l'évolution est la plus significative. Sa figure de tiers impartial et désintéressé a cédé la place à celle d'un acteur du procès. Sur ce point, la distinction entre procédure inquisitoire et accusatoire est donc atténuée. Ainsi, le juge peut retenir des faits qui figurent parmi les éléments du débat sans que les parties ne les aient spécialement invoqués au soutien de leur prétention (CPC., art. 7). Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légale-



ment admissibles (CPC, art. 10). Il peut enjoindre à une partie de produire, sous astreinte, un élément de preuve (CPC., art. 11, al. 2). Il peut encore se rendre sur les lieux (« descente sur les lieux »), ou faire comparaître les parties pour les interroger ou tenter de les concilier. Les parties sont tenues d'apporter leur concours à ces mesures. Dans la relation entre juge et parties, on a parfois évoqué un « principe de coopération ».

8. Est-ce que le juge peut tirer du comportement d'une partie des conséquences défavorables ?

Le comportement d'une partie peut avoir des conséquences défavorables. Il est acquis que le juge peut tirer les conséquences de l'abstention ou de la mauvaise volonté des parties. La solution du litige peut en dépendre. Mais le juge peut encore sanctionner notamment une action abusive, le manquement à la loyauté des débats ou l'irrespect à l'encontre du tribunal.

• *Action abusive*

L'action sans intérêt légitime ou la résistance abusive, inspirées par le souci de nuire ou visant à retarder l'aboutissement du procès, peuvent motiver une demande en dommages et intérêts en réparation du préjudice causé à la partie adverse ainsi que la prononcé par le juge, même d'office, d'une amende civile à recouvrer par le Trésor sur extrait du jugement que doit lui adresser le greffier en chef (CPC, art. 32-1 et 559 et 628 pour exercice abusif des voies de recours, 118 et 123 pour les exceptions de nullité, même fondées, soulevées tardivement dans une intention dilatoire). L'intention de nuire ou l'intention dilatoire doivent être caractérisées dans la motivation du jugement. Il n'y a pas lieu d'appliquer les textes susvisés en cas d'ignorance ou d'erreur présumée.

• *Manquements à la loyauté des débats*

Le juge doit, en toute circonstance, faire observer le principe du contradictoire. Il doit aussi le respecter lui-même. Il ne peut fonder sa décision sur des éléments dont il a une connaissance purement personnelle (CPC, art. 16 ; Cass. soc. 20 févr. 1990, Bull. civ. V, no 66 : cassation d'un jugement au motif qu'un procès-verbal d'enquête de police avait été communiqué par le procureur de la République en cours de délibéré). Il reste que les débats sont parfois déloyaux, ce que le juge peut sanctionner.

o *Communication des pièces.*

Les parties comparantes doivent se faire connaître mutuellement, en temps utile, leurs demandes, moyens et éléments de preuve (CPC, art. 15 et 132). Les pièces produites tardivement peuvent être écartées des débats (CPC, art. 135 ; Cass. soc. 17 oct. 1990) sauf motif légitime (Cass. soc. 10 juill. 1984). Le juge peut aussi enjoindre à une partie, même sous astreinte, de communiquer ou de produire une pièce (CPC, art. 133, 134 et 137). Il existe une action autonome, qui peut être dirigée contre un tiers, en production de pièces ou en déclara-

tion de renseignements. Lorsqu'une pièce est produite par une partie, volontairement ou sur injonction du juge, elle ne peut plus être retirée sans l'accord des parties et du tribunal.

o *Obtention des preuves.*

Si la production d'un document n'est pas contestée, il est présumé être entré légalement en possession de celui qui en fait état. Les preuves doivent avoir été obtenues de manière régulière. Par exemple, le conseil de prud'hommes doit écarter des débats les pièces que le salarié aurait irrégulièrement appréhendées ou conservées après son départ de l'entreprise (Cass. soc. 11 févr. 1981, Bull. civ. V, no 121). Les juridictions rejettent habituellement les éléments de preuve au visa des articles 9 du Code civil et 6, § 1 de la CESDH. Il a ainsi été jugé que « l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué et conservé à l'insu de l'auteur des propos, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue »⁶. L'article 259-1 du Code civil dispose, par exemple, qu'« Un époux ne peut verser aux débats un élément de preuve qu'il aurait obtenu par violence ou fraude » et l'article 259-2 poursuit en indiquant que : « Les constats dressés à la demande d'un époux sont écartés des débats s'il y a eu violation de domicile ou atteinte illicite à l'intimité de la vie privée ».

o *Interdiction de se contredire au détriment d'autrui*

L'estoppel, sanctionnant le comportement par lequel un plaideur ou un cocontractant se contredit au détriment d'autrui, a été vivement discutée en France, en doctrine, tant en matière contractuelle qu'internationale et procédurale. En matière procédurale, la Cour de cassation en faisait déjà plus ou moins ouvertement application avant la consécration, par un arrêt du 20 septembre 2011 rendu par la chambre commerciale, du principe général du droit selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui. Le domaine de l'estoppel, les conditions d'application et la sanction du principe restent cependant à éclaircir.

• *Respect de la justice.*

L'article 24 du CPC dispose que « les parties sont tenues de garder en tout le respect dû à la justice ». Il énonce encore que « 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 ».

Lors de l'audience, il peut se produire un incident, appelé « incident d'audience ». Il est caractérisé lorsqu'une personne, assistant à l'audience, perturbe la tenue de la réunion (par exemple, injures, interruption intempestive d'un témoin, etc.). Le juge qui a la police de l'assemblée réagit et fait cesser le trouble. Il peut décider de suspendre l'audience ou même de faire sortir de la salle les perturbateurs, il peut prononcer des injonctions à l'égard du fautif et même requérir la force publique.

Devant toutes les juridictions, l'avocat peut tomber sous le coup de l'article 434-24 du Code pénal pour ou-

⁶ Cass. 2e civ., 7 octobre 2004, D. 2005, p. 122, note Ph. Bonfils, RTD civ. 2005, obs. J. Mestre et B. Fages ; déjà Cass. com., 25 février 2003, RTD civ. 2004, p. 92, obs. J. Mestre.



trages aux magistrats et éventuellement aux jurés lors de l'audience. Dans ce cas toutefois, il ne sera pas jugé séance tenante, mais renvoyé devant le tribunal correctionnel (V. A. Damien, La répression des délits d'audience commis par des avocats après la loi du 15 juin 1982 : Gaz. Pal. 1982, 2, doct. p. 514).

Les incidents les plus fâcheux sont souvent ceux résultants de propos écrits, tels que par exemple des conclusions contestant l'impartialité de la juridiction dont la décision est attaquée en alléguant un lien avec l'avocat ou la partie adverse.

9. Est-ce que le principe ne bis in idem est reconnu et appliqué ?

• Qualité de l'acte juridictionnel

En droit français, le jugement est pourvu de l'autorité de la chose jugée. Cette autorité de la chose jugée est la qualité attribuée aux jugements afin d'assurer l'immuabilité du contenu de la vérification juridictionnelle (TOMASIN, Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, préf. HÉBRAUD, 1975, LGDJ, no 207). Elle signifie que la décision devenue définitive est insusceptible d'être remise en question.

Deux conséquences pratiques en découlent :

- D'une part, le jugement constitue un véritable titre dont on peut toujours se prévaloir comme moyen de preuve,
- D'autre part, toute nouvelle demande qui tendrait à remettre en cause ce qui aurait été jugé se heurterait à une fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée. Autrement dit, on ne pourrait recommencer deux fois le même procès, sauf si les parties renoncent à l'autorité de la chose jugée dans les matières où elles ont la libre disposition de leurs droits.

Par principe, l'autorité de la chose jugée de l'acte juridictionnel est relative, c'est-à-dire que la décision est opposable aux parties mais pas aux tiers. Par dérogation, dans certaines matières, l'autorité de la chose jugée est absolue. C'est le cas par exemple en matière pénale (le jugement rendu en matière répressive serait opposable à tous, y compris à la victime qui ne se serait pas constituée partie civile), de jugements constitutifs d'état (divorce, adoption, filiation, tutelle), de procédure collective, etc.

• Qualité de la transaction.

L'autorité de la chose jugée n'est pas une qualité du seul acte juridictionnel. La transaction a l'autorité de la chose jugée en dernier ressort.

10. Quels sont les rôles du juge et des avocats quant à l'administration de la preuve ? Quelles sont les limites aux droits d'une partie de choisir ses témoins et de les interroger directement ? Est-ce que le droit de contre-interroger un témoin est reconnu ? Est-ce que le témoignage peut être rendu par présentation d'une attestation écrite ?

Sans contre interrogatoire ?

• Rôle du juge et des avocats

Les parties et leurs avocats doivent alléguer les faits qui justifient leurs prétentions et elles doivent prouver leurs allégations en cas de dénégation.

Le juge peut tirer les conséquences de l'abstention ou de la mauvaise volonté des parties. La solution du litige peut en dépendre. Il peut encore retenir des faits qui figurent parmi les éléments du débat sans que les parties ne les aient spécialement invoqués au soutien de leur prétention (CPC, art. 7). Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles (CPC, art. 10). Il peut enjoindre à une partie de produire, sous astreinte, un élément de preuve (CPC, art. 11, al. 2). Il peut encore se rendre sur les lieux (« descente sur les lieux »), ou faire comparaître les parties pour les interroger. Les parties sont tenues d'apporter leur concours à ces mesures. Dans la relation entre juge et parties, on a parfois évoqué un « principe de coopération » (L. CADIET et E. JEULAND, Droit judiciaire privé, 6e éd., 2009, Litec, no 1100).

• Choix des témoins.

Le choix des témoins est en principe libre. Toutefois, certaines personnes ne peuvent pas témoigner. C'est par exemple le cas des enfants qui ne peuvent être entendus sur la procédure de divorce ou de séparation de corps de leurs parents (CPC, art. 205).

• Limites aux témoignages

L'obligation de témoigner résulte de celle, plus large, qu'énonce l'article 10 du code civil, d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. Cet article prévoit dans son alinéa 2 que celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation alors qu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice de dommages et intérêts. L'article 207 du code de procédure civile énonce également certaines sanctions.

En droit français, le témoignage est un mode de preuve imparfait dont la force probante n'est nullement fixée par la loi. Il en découle que, dans les cas où l'écrit est requis selon l'article 1341 du code civil, le témoignage ne peut être utilisé pour prouver contre et outre le contenu des actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes. Le juge civil a un pouvoir souverain pour apprécier la force probante des témoignages qui lui sont soumis.

Le juge peut auditionner les témoins mais le phénomène est plutôt rare. Lorsqu'ils sont auditionnés, les témoins doivent tout d'abord donner un certain nombre de renseignements les concernant : nom, prénoms, adresse, lieu de naissance, demeure et profession, lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard, de collaboration ou de communauté d'intérêts avec elles (CPC, art. 210). Les témoins doivent ensuite prêter serment de « dire la vérité » (CPC, art. 211). Le



juge leur rappelle les sanctions encourues en cas de faux témoignage. Le fait d'user de promesses, offres, présents, pressions, menaces, voies de fait, manœuvres ou artifices au cours d'une procédure ou en vue d'une demande ou défense en justice, afin de déterminer autrui à faire une déposition, une déclaration ou une attestation mensongère est sanctionné.

La déposition du témoin doit être orale et spontanée ; il ne peut lire un projet (CPC, art. 212). Le témoin dépose sans pouvoir être interrompu ou apostrophé par les parties (art. 214, al. 1er : « les parties ne doivent ni interrompre ni interpellé ni chercher à influencer les témoins qui déposent, ni s'adresser directement à eux, à peine d'exclusion »). Les parties peuvent soumettre au juge des questions qu'elles souhaiteraient voir poser au témoin, mais ce sera le juge qui les posera s'il l'estime nécessaire (art. 214, al. 2). En vertu de l'article 213 du code de procédure civile, le juge peut interroger les témoins sur tous les faits dont la preuve est admise par la loi, même si ces faits ne sont pas mentionnés dans la décision d'enquête.

• **Attestation écrite.**

L'attestation est admise comme moyen de preuve. Elle est la relation écrite, par un tiers, de faits dont il a eu personnellement connaissance.

Initialement, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, l'attestation avait seulement valeur d'indice (Civ. 12 déc. 1949, JCP 1950. IV. 22), du fait que le témoin n'avait pas déposé dans les formes prévues par le code de procédure civile.

Dès 1954 toutefois (Civ. 1er juin 1954, D. 1954. 589), la jurisprudence s'était orientée vers une assimilation du témoignage oral et de l'attestation écrite.

Les attestations sont régies par les articles 200 à 203 du code de procédure civile. Elles peuvent être produites à l'initiative des parties ou à la demande du juge (art. 200). Leur forme est réglementée⁷. Le juge peut toujours procéder à l'audition par voie d'enquête à l'audition de l'auteur d'une attestation dans la forme des enquêtes civiles (prestation de serment, présence de la partie adverse).

Les attestations sont soumises aux mêmes conditions que les témoignages, l'article 201 du CPC énonçant qu'elles « doivent être établies par des personnes qui remplissent les conditions requises pour être entendues comme témoins ». Il en découle que les incapacités s'appliquent de la même façon aux déclarations orales des témoins qu'à leurs attestations⁸.

En France, la pratique des attestations est très répandue devant les juridictions civiles, alors qu'il est rare que le juge ordonne une enquête aux fins d'entendre les témoins. Cela est regrettable, car la portée d'un témoignage est certainement plus facile à apprécier en présence du

témoin, que le juge peut interroger et dont l'audition permet de clarifier la portée et le sens exact de ses déclarations. Le code de procédure civile donne au juge tous les outils nécessaires pour entendre les témoins et se forger ainsi une conviction. Hélas, il n'est que peu fait usage de ces instruments dans la pratique des juridictions civiles.

Bien évidemment, une partie qui entend produire des attestations dans l'instance doit les communiquer à la partie adverse ; le juge doit veiller à faire observer le contradictoire (CPC, art. 16), le cas échéant en ordonnant la communication.

Le fait d'établir une attestation ou un certificat faisant état de fait matériellement inexacts, de falsifier une attestation ou un certificat originairement sincère, ou encore de faire usage d'une attestation ou d'un certificat inexact ou falsifié est pénalement sanctionné.

11. Est-ce que des modifications des demandes, formées dans l'acte introductif, sont permises ? Jusqu'à quel moment ?

• **Modification en première instance**

Une partie peut modifier les demandes contenues dans l'acte d'introductif d'instance :

- devant le tribunal de grande instance et la cour d'appel en matière ordinaire jusqu'à l'ordonnance de clôture,
- sinon jusqu'à la clôture des débats.

Cependant, il est hasardeux d'attendre ce moment pour présenter de nouvelles demandes ou de nouveaux moyens : la partie adverse pourrait alors facilement invoquer les droits de la défense pour faire écarter ces productions.

• **Introduction de demandes nouvelles en appel**

A côté du problème de la modification des demandes, il y a une interrogation qui est proche : celle de l'introduction des demandes nouvelles en appel.

S'agissant de l'instance d'appel, la question est assez complexe. Selon une conception classique, le litige est immuable à l'égard des parties. Cette immutabilité garantit le principe du double degré de juridiction. Exprimée simplement, l'immutabilité signifie que le juge d'appel se prononcera, dans les limites fixées par l'appelant, sur la même matière litigieuse, c'est-à-dire sur les mêmes données, que le premier juge. De la sorte, tout ce qu'il tranchera aura été jugé deux fois. Dans cette conception rigide de l'appel, la juridiction du second degré ne peut pas se prononcer sur des demandes nouvelles, ni même sur des moyens nouveaux, car ce serait porter atteinte à la fois au principe d'immutabilité du litige et à celui du double degré. Cette conception que l'on qualifie parfois de conception romaine de l'appel n'est plus celle que retient le droit judiciaire privé actuel. Et déjà sous l'empire

⁷ En vertu de l'article 202 du code de procédure civile, « 1o L'attestation contient la relation des faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés.

2o Elle mentionne les nom, prénoms, date et lieu de naissance, demeure et profession de son auteur ainsi que, s'il y a lieu, son lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard, de collaboration ou de communauté d'intérêts avec elles.

3o Elle indique en outre qu'elle est établie en vue de sa production en justice et que son auteur a connaissance qu'une fausse attestation de sa part l'expose à des sanctions pénales.

^{4o} L'attestation est écrite, datée et signée de la main de son auteur. Celui-ci doit lui annexer, en original ou en photocopie, tout document officiel justifiant de son identité et comportant sa signature ».

⁸ Par exemple, la Cour de cassation rappelle ainsi régulièrement que les enfants d'époux en instance de divorce ne peuvent être appelés à témoigner dans la procédure de divorce, sous quelque forme que ce soit (Civ. 2e, 14 nov. 1973, D. 1974, Somm. 5 - Civ. 2e, 5 févr. 1986, JCP 1986. IV. 101). Cette règle est destinée à éviter que les enfants ne soient invités à prendre parti dans le conflit qui oppose leurs parents.



du Code de procédure civile (CPC) de 1806, le principe d'immutabilité connaissait quelques atténuations.

A partir du nouveau Code de procédure civile de 1975, il est apparu clairement que le principe d'immutabilité avait fait place à un principe d'évolution du litige. De nos jours, non seulement les moyens nouveaux et les pièces nouvelles sont recevables en appel, mais sous certaines conditions, diverses demandes nouvelles le sont aussi jusqu'à la clôture : demandes en intervention volontaire ou forcée, demandes en compensation, demandes reconventionnelles, demandes nées de la survenance ou de la révélation d'un fait nouveau, prétentions tendant aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, prétentions virtuellement comprises dans celles soumises au tribunal, prétentions qui n'en sont que l'accessoire, la conséquence ou le complément (articles 554 et 555 et 563 à 567 du CPC qui ouvrent de larges possibilités d'évolution du litige en appel). De nouvelles personnes peuvent enfin être appelées devant la cour, même aux fins de condamnation, quand l'évolution du litige implique leur mise en cause (CPC, art. 555).

12. Est-ce que l'intervention du juge pour concilier les parties est seulement formelle ?

• Conciliation facultative

Par principe, la conciliation préalable au procès est facultative. Il en est ainsi devant le tribunal d'instance (CPC, art. 830 à 835). Avant d'assigner, le demandeur peut préférer provoquer directement une tentative de conciliation. Cette demande aux fins de conciliation est formée au secrétariat greffe du tribunal d'instance. Cette procédure est peu utilisée.

• Conciliation obligatoire.

Devant certaines juridictions d'exception, la tentative de conciliation est obligatoire. Elle constitue la première partie de l'instance. Ainsi devant le conseil de prud'hommes et le tribunal paritaire des baux ruraux, les parties sont tenues de comparaître en personne, sauf à justifier d'un motif légitime, afin que la juridiction puisse procéder à une tentative de conciliation.

• Rôle du juge.

A tout moment, en tout lieu, le juge peut tenter la conciliation des parties, et, à la demande des parties, il doit constater leur accord (articles 21, 127 à 129 CPC).

L'intervention de juge pour concilier les parties peut être purement formelle. Mais la réponse à cette question dépend beaucoup de la personnalité du juge et des litigants, de la nature et de l'importance de la cause.

Le récent rapport Lacabarats souligne la faiblesse de la conciliation devant les juridictions d'Etat : avec 5,5% de conciliations, le Conseil des Prud'hommes a le plus fort taux de conciliation (source : Les chiffres clé de la justice).

13. Est-ce que le juge peut ordonner (ou recommander) aux parties de procéder à une média-

tion ? Dans tous les domaines ?

Le juge saisi d'un litige, y compris le juge des référés, peut, après avoir recueilli l'accord des litigants, désigner un médiateur afin qu'il les entende confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution amiable au différend (CPC, art. 131-1).

Le critère de la médiation est la libre disposition des droits sur lesquels elle va porter. L'article 21-4 de la loi n°95-125 du 8 février 1995 énonce : « L'accord auquel parviennent les parties ne peut porter atteinte à des droits dont elles n'ont pas la libre disposition ».

En droit civil, le domaine de prédilection de la médiation est la matière familiale. Elle est également conçue comme une alternative aux poursuites en matière pénale mais la technique est modifiée afin de tenir compte des particularités de la procédure et elle ne correspond plus exactement à une médiation au sens ou l'entendent les civilistes.

En dehors de ces disciplines, rien n'interdit au juge civil de renvoyer les parties devant un médiateur ou un conciliateur de justice. Une difficulté, pour le moment, réside dans le manque de médiateurs. Le domaine d'exclusion de la médiation est en réalité relativement restreint. Par exemple, la possibilité pour le juge de désigner un tiers, conciliateur ou médiateur, pour qu'il procède à sa place à une conciliation préalable n'existe pas en matière de divorce et de séparation de corps sauf la possibilité pour le juge de proposer une mesure de médiation relativement à l'autorité parentale. En revanche, le juge aux affaires familiales peut proposer aux époux une mesure de médiation relativement à l'autorité parentale.

A côté de la médiation, a été créée à la suite du rapport Guinchard la procédure participative. Il s'agit d'une sorte de médiation qui se déroule avec l'assistance d'avocats. L'article 2064 du Code civil énonce : « Toute personne, assistée de son avocat, peut conclure une convention de procédure participative sur les droits dont elle a la libre disposition, sous réserve des dispositions de l'article 2067. Toutefois, aucune convention ne peut être conclue à l'effet de résoudre les différends qui s'élèvent à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du code du travail entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient ».

14. Est-ce que les parties peuvent par des accords modifier des dispositions procédurales ? Dans quel cas ?

Les règles de procédure sont en principe impératives et elles ne peuvent être écartées par l'accord des parties. Les exceptions à cette règle existent notamment en ce qui concerne la compétence territoriale ou matérielle, la renonciation à l'appel, ou encore les modes de preuve. Les règles de prescription, qui comportent des conséquences importantes en matière procédurale, peuvent également être modifiées. La liste qui suit n'est nullement exhaustive.



- **Clause de prorogation de compétence territoriale**

Toute clause destinée, directement ou indirectement, à modifier les règles légales de compétence territoriale est réputée non écrite. Les clauses dérogatoires de compétences sont en principe exclues sauf en matière commerciale (CPC, art. 48) et en matière internationale.

En dehors du cas visé par l'article 48 du CPC (clause de compétence), il existe une option de compétence, unilatérale, dans des cas limités (CPC, art. 46). Lorsque l'option est ouverte, le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur : en matière contractuelle, la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service ; en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi ; en matière mixte, la juridiction du lieu où est situé l'immeuble ; en matière d'aliments ou de contribution aux charges du mariage, la juridiction du lieu où demeure le créancier.

- **Clause de prorogation de compétence matérielle**

o Compétence matérielle liée au montant de la demande

Le montant de la demande en matière de compétence permet de déterminer le taux du ressort et le taux de compétence. L'un et l'autre peuvent faire l'objet d'un accord de volontés, une fois le litige né. La prorogation de compétence, dite de quantitate ad quantitatem, relative au taux de compétence est autorisée.

Le domaine d'application de cette disposition, et la place reconnue à l'autonomie privée pour désigner le tribunal compétent, est cantonné à l'hypothèse d'une prorogation intervenant entre le tribunal d'instance et le tribunal de grande instance, seuls concernés par le taux de compétence, et par conséquent exclusivement à propos d'affaires personnelles et mobilières.

o Compétence matérielle liée à la nature de la demande

La prorogation conventionnelle de compétence quant à la nature de la demande est une question très débattue. La Cour de cassation, dans un arrêt du 10 juin 1997, affirme que, « une clause attributive de compétence au tribunal de commerce est inopposable au défendeur non commerçant » (CPC, art. 48 ; Cass. com. 10 juin 1997, JCP 1997.I.4064, obs. L. Cadiet).

- **Clause de renonciation à l'appel**

Les parties, une fois le litige né « et pour les droits dont elles ont la libre disposition », peuvent encore « convenir en vertu d'un accord exprès que leur différend sera jugé sans appel même si le montant de la demande est supérieur au taux du dernier ressort » (C. pr. civ., art. 41, al. 2). La volonté des plaideurs permet ici l'éviction des conséquences légales attachées au taux du ressort, dans le sens d'une renonciation au bénéfice du double degré de juridiction, mais non l'inverse. La règle du double degré de juridiction constitue une règle fondamentale de l'organisation judiciaire ; elle est donc d'ordre public

et ne peut pas faire, en principe, l'objet de dérogations conventionnelles, que ce soit pour créer un second degré de juridiction là où la loi ne le prévoit pas ou pour supprimer un degré de juridiction.

- **Clauses de preuve.**

Les parties peuvent s'accorder sur les éléments de preuve qui pourront être invoqués devant le juge en cas de conflit. Ces clauses de preuve sont en général admises par le juge dès lors qu'elles ne provoquent pas un grave déséquilibre entre les parties ou qu'elles ne sont pas invoquées de manière injuste ou déraisonnable. La Cour de cassation affirme d'ailleurs de manière très générale que « pour les droits dont les parties ont la libre disposition, les conventions relatives à la preuve sont licites ».

- **Clauses de prescription.**

Les parties peuvent convenir de clauses de prescriptions qui dérogent aux règles légales. Ces clauses comportent des conséquences importantes en matière procédurale.

L'article 2254 du Code civil dispose : « La durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans. Les parties peuvent également, d'un commun accord, ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de la prescription prévues par la loi. Les dispositions des deux alinéas précédents ne sont pas applicables aux actions en paiement ou en répétition des salaires, arrérages de rente, pensions alimentaires, loyers, fermages, charges locatives, intérêts des sommes prêtées et, généralement, aux actions en paiement de tout ce qui est payable par années ou à des termes périodiques plus courts ».

Cette liberté est toutefois exclue pour les conventions d'assurance et le droit de la consommation. Ceci afin de préserver un accès effectif à la justice, dans des délais raisonnables, dans des matières où la relation est structurellement déséquilibrée.

15. Est-ce qu'une sûreté pour garantir les frais de justice peut être imposée aux parties ?

- **Droit commun.**

Deux situations doivent être distinguées : soit le procès est en cours, soit il est terminé.

o Procès en cours.

Si le procès est en cours, il n'y a pas de décision qui attribue la charge des dépens. Une partie peut demander au juge l'autorisation d'inscrire une sûreté à titre provisoire pour garantir le principal de la condamnation, les dommages et, bien entendu, les frais et dépens.

Le juge se prononcera par ordonnance non contradictoire. En vertu de cette ordonnance, la partie peut inscrire la sûreté autorisée (hypothèque, nantissement sur fonds de commerce, saisie conservatoire,

⁹ Cass. 1^{re} civ., 8 nov. 1989, n° 86-16.196 : Bull. civ. 1989, I, n° 342 ; D. 1990, jurispr. p. 369, note Ch. Gavaldà ; D. 1990, somm., p. 327, obs. J. Huet ; JCP G 1990, II, n° 21576, note G. Vrassamy ; RTD civ. 1990, p. 80, obs. J. Mestre.



etc).

Dans les 8 jours de la mesure, l'ordonnance doit être notifiée à la partie défenderesse qui peut demander au juge de rapporter ou réduire la portée de l'ordonnance.

La partie poursuivante devra saisir le tribunal compétent dans un délai fixé par l'ordonnance et la décision de condamnation emporte validation de l'hypothèque ou de la sûreté provisoire.

o Procès terminé.

Si le procès est terminé, c'est-à-dire si une partie dispose d'un jugement de condamnation, même non exécutoire et non signifié, cette partie peut directement inscrire une hypothèque pour garantir sa créance en principal, intérêts et frais et dépens.

Dans ce cas, le créancier n'aura pas à demander une condamnation puisqu'il est déjà en possession de celle-ci.

De même, si le créancier a fait pratiquer une saisie conservatoire, il pourra la convertir en saisie-vente.

- **Situations particulières.**

Dans certaines matières, les frais de justice suivent un sort particulier.

Par exemple, en cas de vente judiciaire, les frais de vente sont payés en sus du prix par l'acquéreur. L'acquéreur ne peut pas entrer en possession du bien tant qu'il n'a pas payé les frais.

Autre exemple : les procédures collectives. Les frais de justice de la procédure comprenant les frais de greffe et les frais et honoraires des administrateurs sont des frais privilégiés qui sont payés avant toute répartition sur le produit de la réalisation des actifs.

- **Droit de rétention**

En tout état de cause, l'auxiliaire de justice dispose d'un droit de rétention sur les sommes dues aux créanciers, les pièces confiées par sa partie ou communiquées par la partie adverse et les actes qu'il a établis. En cas de difficultés entre l'auxiliaire et le justiciable pour le compte duquel il intervient, une procédure peut être diligentée soit devant le tribunal compétent, soit pour les avocats devant le bâtonnier.

16. Quelles données d'un procès sont confidentielles ou peuvent être convenues comme telles ?

La justice est rendue publiquement. Au plan civil, sauf en matière familiale, les débats et les jugements sont publics. Ce principe ne peut pas être écarté par la volonté des parties.

Toutefois, dans des circonstances spéciales, exceptionnelles, si la publicité était de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice, les débats pourraient avoir lieu ou se poursuivre à huis clos. On dit alors que « les débats ont lieu en Chambre du Conseil ». Egalement, lorsque les

intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, le juge peut décider l'absence de publicité des débats.

Toute personne peut avoir accès à une décision. Un dossier, même purement civil, peut toujours être consulté par le parquet. En revanche, un tiers qui ne serait pas partie à un procès ne pourrait pas, en principe, accéder aux pièces. De même, les avocats sont tenus au secret professionnel : ce qu'ils ont appris dans l'exercice de leur profession ne doit jamais être divulgué. Les lettres échangées entre avocats doivent demeurer secrètes ; elles ne peuvent faire l'objet d'aucune saisie.

En matière pénale, la communication des dossiers s'effectue normalement par l'intermédiaire des avocats qui en donnent le contenu à leurs clients mais pas aux tiers. L'article 306, alinéa 1er, du code de procédure pénale autorise la cour à ordonner, par arrêt rendu en audience publique, le huis clos lorsqu'elle estime la publicité dangereuse pour l'ordre public ou pour les bonnes mœurs. Cette disposition s'applique sans qu'il y ait lieu à distinguer selon les infractions poursuivies. Le secret de l'instruction s'impose à toute personne qui y prête son concours.

17. Est-il permis à l'avocat de contacter et même préparer ses témoins ? (Voir question n°27).

L'audition des témoins est prévue par l'article 209 du code de procédure civile qui indique que l'enquête a lieu en présence des défenseurs de toutes les parties ou ceux-ci appelés.

L'avocat ne peut pas préparer les témoins à l'audition ni leur suggérer une attestation. Les témoins ne peuvent lire aucun projet (CPC, art. 212). Les parties ne doivent ni interrompre ni interpellé ni chercher à influencer les témoins qui déposent, ni s'adresser directement à eux, à peine d'exclusion.

Le juge pose, s'il l'estime nécessaire, les questions que les parties lui soumettent après l'interrogation du témoin (CPC, art. 214).

18. Combien de degrés de juridiction existent-ils en matière de résolution des différends civils et commerciaux ?

En droit français, il y a deux degrés de juridictions : les juridictions de première instance constituent le premier degré, les juridictions d'appel forment le second degré. Le principe du double degré n'a pas valeur constitutionnelle, ce qui signifie qu'il ne s'impose pas au législateur. Il connaît donc des dérogations. Par exemple, les affaires jugées en première instance peuvent être frappées d'appel, sauf s'il s'agit d'affaires de faible importance. On dit que les petites affaires sont jugées « en premier et dernier ressort ».

Toute affaire même jugée en dernier ressort peut faire



l'objet d'un appel-nullité, s'il y a violation d'une disposition d'ordre public. Les jugements en dernier ressort des juges de première instance et les arrêts des cours d'appel peuvent être frappés de pourvoi en cassation.

Les juges de cassation ne sont pas un troisième degré de juridiction.

19. Quelles sont les erreurs qui permettent la reformation d'un jugement ?

Toute erreur du tribunal, de droit ou de fait, peut permettre de réformer le jugement à condition qu'il soit susceptible d'appel ou d'opposition. La voie de l'appel est donc extrêmement large.

En outre, une simple erreur matérielle peut être réparée par la juridiction qui a rendu le jugement, même si les voies de recours sont fermées.

20. Est-ce que le degré d'appel prévoit un examen à nouveau du fond du litige ? Quelles sont les limites ?

Le juge d'appel réexamine le fond du litige. L'appel a un effet dévolutif : la juridiction de second degré est saisie de l'affaire une nouvelle fois afin qu'elle la rejuge, dans les mêmes conditions qu'en première instance.

Le juge d'appel ne peut toutefois statuer que sur les points qui lui sont soumis, une partie pouvant cantonner son appel à une partie du jugement.

21. Quelle est la durée moyenne d'une procédure en matière civile ou commerciale ?

Durée moyenne des affaires terminées [en mois]

	2011	2012	
		Toutes affaires	Référés
Cours d'appel	11,4	11,8	1,6
Tribunaux de grande instance	7,0	7,1	2,0
Tribunaux d'instance et juridictions de proximité ¹	5,8	5,0	3,4
Conseils de prud'hommes	11,9	13,3	1,9
Tribunaux de commerce	5,4	5,4	1,8

1. Cf. note 1 ci-dessus

Source : les chiffres clé de la justice.

22. Existe-t-il une cour constitutionnelle qui peut déclarer l'illégitimité constitutionnelle d'une loi ?

Le Conseil Constitutionnel peut déclarer une loi votée inconstitutionnelle :

- soit avant promulgation sur saisine de 60 députés, 60 sénateurs, le Président de la République, le Premier Ministre, le Président du Sénat ou le Président de l'Assemblée Nationale,

- soit après promulgation, sur saisine de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat si une partie soulève une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) et si la juridiction supérieure l'estime sérieuse. Le système est le suivant : le juge saisi qui trouve que la question qui

lui est soumise est sérieuse la transmet à la Cour de cassation qui, à son tour, peut décider de la communiquer au Conseil constitutionnel. Soit le Conseil Constitutionnel admet que la loi est conforme à la Constitution et la QPC est rejetée, soit le Conseil Constitutionnel mentionne le caractère non conforme de la loi à la constitution et la QPC est acceptée. Dans ce dernier cas, la disposition contestée est abrogée.

23. Durée moyenne des procès civils.

Une statistique d'ensemble n'aurait pas de sens car les juridictions civiles sont nombreuses et traitent de contentieux différents.

Ce qu'il faut relever, c'est qu'une affaire « TGI + appel » dure environ 19 mois.

IV - LE BARREAU

24. Est-ce que le barreau est maître de son tableau et donc de l'admission des avocats et de leurs sanctions ?

La tradition veut que l'Ordre des Avocats soit maître de son tableau.

C'est le Conseil de l'Ordre, élu par les avocats du barreau, qui décide des inscriptions et des radiations autres que disciplinaires.

Toutefois, les conditions pour s'inscrire sont fixées par la loi du 31/12/1971 et le décret du 27/11/1991 pris pour son application. Pour pouvoir être inscrit, il faut respecter des conditions de nationalité, âge, moralité, diplômes universitaires, certificat d'aptitude professionnelle ou dispense. Le Conseil de l'Ordre du barreau concerné est simplement chargé d'appliquer la loi sous le contrôle de la Cour d'Appel qui peut être saisie soit par l'intéressé soit par le Procureur Général.

D'une manière générale, le Procureur Général représente le Ministère Public dans les relations avec les Ordres des avocats.

En ce qui concerne la discipline, il existe un conseil régional de discipline élu par les conseils des ordres qui statue à charge d'appel devant la cour compétente.

25. Est-ce que l'avocat a un monopole de représentation ? Bénéficie-t-il d'un monopole en matière de consultations juridiques ?

La question de la représentation est différente de celle des consultations juridiques.

25.1. Représentation.

La représentation par l'avocat obéit aux règles suivantes : Devant certaines juridictions, la représentation par un avocat est obligatoire ; devant d'autres juridictions elle est facultative mais réglementée, devant d'autres en-



fin, elle est libre.

• **Le domaine de la représentation obligatoire**

La représentation (postulation) est parfois obligatoire :

- devant le tribunal de grande instance en matière ordinaire (représentation par un avocat du barreau),
- devant la cour d'appel (représentation par un avocat de l'un des barreaux du ressort de la Cour d'appel),

Même dans ces deux premier cas, la partie a le droit de plaider elle-même son affaire ou de la faire plaider par un avocat extérieur.

- devant les juridictions administratives, pour les demandes de paiement ou de condamnation - recours de pleine juridiction - (représentation par un avocat).

• **Le domaine de la représentation facultative réservée aux avocats**

La représentation peut dans d'autres cas être facultative mais réservée aux avocats.

Il en est ainsi :

- devant le tribunal de grande instance dans les matières spéciales (référés, loyers commerciaux, procédures collectives...),
- dans les affaires pénales,
- devant les juridictions administratives (recours pour excès de pouvoir).

• **Le domaine de la représentation facultative et non réservée aux avocats.**

La représentation est parfois facultative mais ouverte à d'autres personnes en concurrence avec les avocats.

Il en est ainsi devant :

- le tribunal d'instance et juge de proximité,
- le juge de l'exécution,
- le tribunal paritaire des baux ruraux,
- les juridictions de sécurité sociale,
- les juridictions prud'homales

• **Le domaine de la représentation libre.**

La représentation est enfin libre devant le tribunal de commerce.

25.2. Consultations juridiques.

Il est certain que depuis une loi du 31 décembre 1990, l'accomplissement de consultations juridiques à titre principal, rémunéré et habituel est strictement encadré.

- Le consultant doit être compétent. Il doit être titulaire d'une licence en droit (diplôme Licence 3).
- Le consultant ne doit pas avoir été l'objet de certaines condamnations.

- Enfin, il faut que le consultant appartienne à une liste de professionnels établie par la loi (avocats, notaires, huissiers, etc). La majorité des auteurs a pu énoncer que cette dernière condition était cumulative et que la liste était exhaustive, alors que d'autres n'ont pas mentionné le caractère cumulatif. La loi elle-même est muette sur ce point. Dans le cas où la liste serait limitative, les professions mentionnées, dont celles d'avocat, seraient les seules à pouvoir délivrer des consultations à titre principal, rémunéré et habituel.

On note enfin que le consultant doit être couvert par une assurance garantissant sa responsabilité civile professionnelle, une garantie financière.

26. Est-ce que l'avocat est traité sur le plan fiscal comme un professionnel ou comme un entrepreneur ?

En droit français, le professionnel libéral et l'entrepreneur sont traités de la même manière en ce qui concerne leurs obligations fiscales et sociales.

27. Est-ce que l'avocat peut discuter de son témoignage avec un témoin ? Est-ce qu'il peut le préparer pour son audition ? (voir question 17).

Il interdit à l'avocat de rencontrer un témoin et de discuter avec lui de son témoignage. Une rencontre pourrait lui ôter sa crédibilité.