

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE  
*AVIS ET RAPPORTS DU*  
CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL

*LA*  
*"JUDICIARISATION"*  
*DE L'ÉCONOMIE*

2004  
Rapport présenté par  
M. Jean-Paul Noury



**MANDATURE 1999-2004**

---

**Séance des 9 et 10 mars 2004**

---

**LA "JUDICIARISATION" DE  
L'ÉCONOMIE**

---

**Avis du Conseil économique et social  
sur le rapport présenté par M. Jean-Paul Noury  
au nom de la section des finances**

(Question dont le Conseil économique et social a été saisi par décision de son bureau en date du 9 juillet 2002 en application de l'article 3 de l'ordonnance n° 58-1360 du 29 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au Conseil économique et social)



## SOMMAIRE

<b>AVIS adopté par le Conseil économique et social au cours de sa séance du mercredi 10 mars 2004 .....</b>	<b>I - 1</b>
<b>Première partie - Texte adopté le 10 mars 2004.....</b>	<b>3</b>
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>5</b>
<b>I - FACILITER L'ACCÈS A LA JUSTICE.....</b>	<b>7</b>
A - AMÉLIORER L'INFORMATION ET L'ORIENTATION .....	7
B - DÉVELOPPER LA PRÉVENTION ET LE CONSEIL.....	8
C - POURSUIVRE LE DÉVELOPPEMENT DE L'AIDE JURIDICTIONNELLE.....	8
D - FACILITER LE « DROIT À AGIR ».....	8
E - ORGANISER L'ÉDUCATION À LA JUSTICE.....	9
<b>II - RÉDUIRE L'INSÉCURITÉ JURIDIQUE .....</b>	<b>10</b>
A - RÉDUIRE LA PRODUCTION ET AMÉLIORER LA QUALITÉ DES LOIS .....	10
B - ORGANISER LA CODIFICATION .....	11
C - DÉVELOPPER LE RENVOI POUR AVIS DEVANT LA COUR...	11
D - LIMITER LES EFFETS DE LA RÉTROACTIVITÉ DE CERTAINES DÉCISIONS JURISPRUDENTIELLES .....	11
<b>III - S'INSPIRER DES POINTS POSITIFS DU FONCTIONNEMENT DES INSTANCES EUROPÉENNES.....</b>	<b>12</b>
A - PÉRENNISER LA MISE EN PLACE D'EUROJUST ET DÉVELOPPER LES COOPÉRATIONS JUDICIAIRES .....	12
B - HARMONISER LES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCÈS ....	13
C - RECHERCHER LES MEILLEURES PRATIQUES DE FONCTIONNEMENT AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE....	14
D - PROMOUVOIR LE DÉVELOPPEMENT DES LIAISONS ENTRE MAGISTRATS EUROPÉENS.....	15
<b>IV - RATIONALISER LES RECOURS SOUMIS À LA JUSTICE .....</b>	<b>15</b>
A - DÉVELOPPER LES MODES ALTERNATIFS DE RÉOLUTION DES CONFLITS .....	15

B - FACILITER LA SAISINE D'UN JUGE UNIQUE.....	16
C - RÉORGANISER LES CONSTITUTIONS DE PARTIE CIVILE ....	16
D - LIMITER LE NOMBRE DES INCRIMINATIONS.....	17
E - RENFORCER LES DÉCISIONS DE PREMIÈRE INSTANCE PAR L'EXÉCUTION PROVISOIRE .....	18
F - INSTAURER UN CONTRÔLE DES RECOURS .....	18
<b>V - AMÉLIORER LE FONCTIONNEMENT DES PROCÉDURES.....</b>	<b>19</b>
A - CONFORTER LES PROCÉDURES CIVILES.....	19
B - ADAPTER CERTAINES PROCÉDURES PENALES .....	20
C - CONTRACTER LES DÉLAIS.....	20
D - DÉVELOPPER L'USAGE DES NOUVELLES TECHNOLOGIES.....	21
<b>VI - AMELIORER LE SERVICE PUBLIC RENDU AUX JUSTICIABLES .....</b>	<b>22</b>
A - AMÉLIORER LA COMPRÉHENSION DE LA PROCÉDURE ET DU JUGEMENT .....	22
B - DÉVELOPPER RAISONNABLEMENT LA SPÉCIALISATION DES TRIBUNAUX .....	23
C - CONTRÔLER L'APPLICATION DES DÉCISIONS.....	24
D - CONSTRUIRE UN NOUVEAU MODÈLE D'INDEMNISATION.....	24
E - MODÉRER LES EFFETS DE LA MÉDIATISATION DES AFFAIRES PÉNALES.....	25
<b>VII - FAVORISER L'EMERGENCE D'UNE COMMUNAUTE JUDICIAIRE HARMONIEUSE.....</b>	<b>26</b>
A - ÉLARGIR LE RECRUTEMENT DE L'ÉCOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE .....	26
B - OUVRIR LE CURSUS DE FORMATION .....	26
C - DÉVELOPPER LA FORMATION CONTINUE.....	26
D - ORGANISER LES RENCONTRES JUSTICE/ENTREPRISES .....	27
E - RÉFLÉCHIR À L'ÉVOLUTION DE L'INSTRUCTION .....	27
F - EXPLORER LES AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DE LA SÉPARATION DU PARQUET ET DU SIÈGE .....	28

G - AMÉLIORER L'ORGANISATION DE LA PROFESSION D'AVOCATS .....	28
H - ÉLABORER DES RECUEILS DES PRINCIPES DÉONTOLOGIQUES ET DES DÉCISIONS JURISPRUDENTIELLES .....	29
I - PRÉVOIR L'ÉVOLUTION DES TRIBUNAUX DE COMMERCE .....	29
<b>VIII - DONNER LES MOYENS ET ÉVALUER LES RESULTATS DU SERVICE DE JUSTICE .....</b>	<b>30</b>
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>31</b>
<b>Deuxième partie - Déclarations des groupes.....</b>	<b>33</b>
<b>ANNEXE A L'AVIS.....</b>	<b>53</b>
<b>SCRUTIN.....</b>	<b>53</b>
<b>RAPPORT présenté au nom de la section des finances par M. Jean-Paul Noury, rapporteur .....</b>	<b>II - 1</b>
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>5</b>
<b>CHAPITRE I LE CONCEPT DE JUSTICE .....</b>	<b>7</b>
<b>I - L'HISTORIQUE.....</b>	<b>8</b>
<b>II - LES FONCTIONS DE LA JUSTICE.....</b>	<b>10</b>
<b>III - LA JUSTICE ET L'ÉCONOMIE .....</b>	<b>11</b>
<b>IV - DROIT ET SÉMANTÈMES.....</b>	<b>12</b>
A - DROIT ET JUSTICE.....	12
B - DROIT ET ÉQUITÉ .....	12
C - DROIT ET MORALE.....	12
D - DROIT ET COMPORTEMENTS SOCIAUX.....	13
<b>V - LES SYSTÈMES DE DROIT.....</b>	<b>13</b>
A - « COMMON LAW » ET DROIT CIVIL .....	14
B - PARTICULARITÉS DU DROIT AMÉRICAIN .....	16
1. Le « plaider coupable » .....	17
2. « L'action collective » .....	17
3. « L'ami de la Cour ».....	18
4. Le jury .....	18

<b>CHAPITRE II - LA SCÈNE JUDICIAIRE .....</b>	<b>19</b>
<b>I - LE CHEMIN DE LA JUSTICE .....</b>	<b>20</b>
A - LE CONFLIT .....	20
B - L'ACCÈS .....	20
1. L'aide juridictionnelle .....	21
2. Les maisons de justice et de droit .....	22
3. L'accès aux juridictions supranationales .....	24
C - LE PROCÈS ET LA PROCÉDURE .....	24
1. L'action en justice .....	25
2. L'instance .....	25
D - LE JUGEMENT .....	26
E - L'EXÉCUTION .....	27
<b>II - LES STRUCTURES .....</b>	<b>28</b>
A - LES JURIDICTIONS CIVILES ET COMMERCIALES .....	29
1. Les juridictions du premier degré .....	29
2. Les juridictions du second degré : les Cours d'appel .....	33
B - LES JURIDICTIONS PÉNALES .....	34
1. Les juridictions d'instruction .....	34
2. Les juridictions de jugement .....	35
C - LA COUR DE CASSATION .....	37
1. Son rôle traditionnel : la saisie sur pourvoi .....	37
2. Son rôle de saisine pour avis .....	38
3. Evolution de la Cour de Cassation .....	39
D - LES ASPECTS QUANTITATIFS .....	40
1. Les tribunaux d'instance .....	40
2. Les tribunaux de grande instance .....	40
3. Les tribunaux de commerce .....	41
4. Les Cours d'appel .....	41
5. La Cour de Cassation .....	42
6. L'analyse des condamnations en matière économique et financière .....	43
7. Les moyens de la justice .....	44
8. Comparaisons intra-européennes .....	45
E - LES JURIDICTIONS AU NIVEAU EUROPÉEN .....	46
1. La Cour de justice des Communautés européennes .....	47
2. La Cour européenne des droits de l'Homme .....	52
3. L'instance de coopération : Eurojust .....	54
<b>III - LES ACTEURS .....</b>	<b>55</b>

A - LE MINISTÈRE .....	55
B - LES MAGISTRATS .....	57
C - LES AVOCATS.....	59
D - LES AUTRES AUXILIAIRES DE JUSTICE.....	61
1. Les avoués près des Cours d'appel.....	61
2. Les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation .....	62
3. Les huissiers de justice .....	62
4. Les notaires.....	62
5. Les commissaires-priseurs judiciaires .....	63
6. Les administrateurs judiciaires et les mandataires liquidateurs .....	63
7. Les autres professions.....	63
<b>CHAPITRE III - LA PERCEPTION DE LA JUSTICE DANS UN CONTEXTE DE JUDICIARISATION.....</b>	<b>65</b>
<b>I - LA COMPRÉHENSION DE LA JUSTICE .....</b>	<b>65</b>
A - LA LISIBILITÉ DE L'ORGANISATION .....	65
B - L'ÉDUCATION À LA JUSTICE .....	68
1. La justice et le citoyen.....	68
2. La sacralisation et la diabolisation de la justice.....	70
<b>II - DU JUDICIAIRE À LA JURIDICISATION ; DE LA JURIDICISATION À LA JUDICIARISATION .....</b>	<b>71</b>
A - EXAMEN DES DIFFÉRENTS POINTS DE VUE.....	71
1. Point de vue des acteurs judiciaires .....	71
2. Point de vue des acteurs économiques.....	72
3. Point de vue des acteurs sociaux .....	73
4. Point de vue doctrinal .....	74
5. La définition de la section .....	75
B - SPÉCIFICITÉS LIÉES AU MONDE ÉCONOMIQUE .....	75
1. Le besoin de sécurité juridique.....	75
2. La notion de temps .....	77
3. La différence d'approches entre les acteurs économiques et sociaux et le juge.....	78
<b>CHAPITRE IV - COMMENT ET POURQUOI CETTE JUDICIARISATION ? QUELLES CONSÉQUENCES ? ..</b>	<b>81</b>
<b>I - LES CAUSES .....</b>	<b>81</b>
A - LA MONDIALISATION DE L'ÉCONOMIE. ....	81
B - LA DÉRÉGLEMENTATION ET LE RETRAIT DE L'ÉTAT .....	86
C - LES CAUSES SOCIÉTALES .....	87

## VIII

D - LA CONFECTION DES LOIS.....	89
E - L'EMPREINTE DU DROIT COMMUNAUTAIRE .....	92
F - L'INFLATION DES DISPOSITIONS PÉNALES DANS LES LOIS .....	94
G - LE BESOIN DE TRANSPARENCE.....	98
1. Gouvernance des entreprises .....	98
2. Médiatisation et droit à l'information.....	99
H - LA COMPLEXITÉ DES STRUCTURES .....	100
<b>II - LES CONSÉQUENCES .....</b>	<b>101</b>
A - LES CONSÉQUENCES SUR LES HOMMES.....	101
1. Les citoyens .....	101
2. Les juges.....	101
3. Les entrepreneurs.....	103
B - LES CONSÉQUENCES SUR LES ENTREPRISES.....	103
1. L'utilisation de la justice .....	103
2. L'insécurité juridique .....	104
C - LES CONSÉQUENCES FINANCIÈRES .....	104
D - LES CONSÉQUENCES SUR LES STRUCTURES.....	105
1. L'aspect international .....	105
2. La montée en puissance de la régulation et des autorités administratives indépendantes .....	106
E - LES CONSÉQUENCES SUR LES PROCÉDURES.....	107
1. La création de solutions alternatives.....	107
2. La spécialisation .....	108
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>111</b>

## **AVIS**

**adopté par le Conseil économique et social  
au cours de sa séance du mercredi 10 mars 2004**



**Première partie**  
**Texte adopté le 10 mars 2004**



Le 9 juillet 2002, le Bureau du Conseil économique et social a confié à la section des finances la préparation d'un rapport et d'un projet d'avis sur « *La "judiciarisation" de l'économie* »<sup>1</sup>.

La section a désigné M. Jean-Paul Noury comme rapporteur.

## INTRODUCTION

« *Une justice digne de ce nom, non payée, non achetée..., sortie du peuple et pour le peuple* » écrivait Michelet. « *Las d'avoir toujours raison et jamais justice* » clamait Jean-Jacques Rousseau.

Jamais sans doute, aucun mot, aucune vertu, aucune espérance, aucune institution n'ont suscité tant de réflexions, de littérature, d'illustrations.

Fille de cette abondance est née la judiciarisation, néologisme révélateur, que nous avons tenté de définir en la limitant **au domaine de l'économie** et dont nous avons tenté d'analyser les causes et les conséquences.

Cette judiciarisation s'est d'abord appliquée au domaine de l'économie du fait de la mondialisation, de l'ouverture des marchés et ses corollaires : la libre concurrence et l'irruption du contrat. Elle est également le produit du désengagement de l'Etat et de la perte de confiance attachée à l'indépendance et à l'autorité naturelle qu'incarnaient les grandes institutions publiques. Elle a aussi des causes sociétales conduisant à des comportements de recherche de pouvoir ou d'indemnisation. A ces facteurs, s'ajoute la construction européenne aujourd'hui dotée de ses propres outils de régulation, lesquels imprègnent - lorsqu'ils ne viennent pas le percuter - l'édifice de notre droit interne.

Devant de telles mutations dont l'envergure et la rapidité engendrent parfois la précarité et la montée des risques, émerge un immense besoin de sécurité et de transparence qui bouscule les entreprises et leurs acteurs, les contraignant à se mettre en situation de prévenir les risques, d'intégrer le droit dans leur stratégie, de générer des procédures internes, d'anticiper et de traiter les conflits.

La justice est mise au cœur de ces débats, les magistrats sont peu préparés au nouveau rôle qui leur est confié, les juristes deviennent des acteurs majeurs, tout contribue à modifier la stratégie, le management, la gouvernance des entreprises.

---

<sup>1</sup> L'ensemble du projet d'avis a été adopté au scrutin public par 124 voix et 36 abstentions (voir le résultat du scrutin en annexe).

Le projet d'avis se donne pour ambition d'éclairer, exclusivement dans les domaines économique et financier, en écartant donc les spécificités du droit social, les voies et moyens utiles à l'atténuation des craintes formulées par des justiciables en quête de solutions, à la réduction des dénigrements injustes à l'égard des hommes et des femmes qui oeuvrent à l'accomplissement de la justice, à une reconnaissance équilibrée de la qualité des services rendus, au renforcement de l'attractivité de notre système de droit et de notre organisation judiciaire.

Prévenus que nous sommes des difficultés à proposer les remèdes mais pour satisfaire néanmoins cet objectif, il nous est apparu souhaitable de faire des propositions concrètes et pragmatiques qui visent à faciliter l'accès à la justice, à rationaliser les recours, à améliorer le fonctionnement de l'institution et la qualité des services rendus aux justiciables, à favoriser l'émergence d'une communauté d'hommes et de femmes au service de la justice, à mieux profiter des apports des expériences conduites au sein de l'Union européenne et enfin à renforcer les moyens et évaluer les résultats obtenus.

Endiguer la montée de la judiciarisation, la traiter de façon rationnelle deviennent un enjeu majeur de notre économie, sortir du dilemme du « tout permis », du « tout proscrit », prend la dimension d'un débat de société, tout comme répondre à l'attente des justiciables, à leur désir profond de faire reconnaître leurs droits mais aussi les limites de ceux-ci devient une figure imposée de la démocratie.

## **I - FACILITER L'ACCÈS A LA JUSTICE**

Reconnaître et faire reconnaître à chacun son droit est l'un des devoirs majeurs d'un Etat, une clef de la pérennité d'une démocratie.

Dans ce but, toute personne physique ou morale, sans discrimination d'aucune sorte, doit pouvoir accéder à la justice. Les mots clefs qui doivent alors servir de référence sont : lisibilité de l'institution, proximité, simplicité et, autant que faire se peut, rapidité. Ces mesures s'adressent, en ce qui concerne les entreprises, davantage aux petites et moyennes entreprises qu'aux grandes firmes dotées de services juridiques performants.

Ces propositions visent à améliorer l'information, l'orientation, la prévention des conflits, l'aide juridictionnelle et le traitement des affaires.

### **A - AMÉLIORER L'INFORMATION ET L'ORIENTATION**

Dans le ressort de chaque tribunal de grande instance doit exister un lieu d'accueil de toute personne désirant s'exprimer sur ses interrogations, sur ses difficultés, son besoin d'orientation. En plus des syndicats et organisations professionnelles, deux institutions doivent pouvoir répondre à ces préoccupations : les maisons de justice et du droit et les chambres consulaires dans les domaines de compétences qui sont les leurs.

Les chambres consulaires, dont l'une des missions fondamentales est l'appui aux entreprises et créateurs, sont des acteurs naturels de l'information et de la formation sur la nature des risques, leur évaluation, leur assurance, leur prévention, l'importance du droit, l'organisation judiciaire, la promotion et la mise en œuvre des modes alternatifs de résolution des conflits.

Concernant les maisons de justice et du droit, les facteurs clefs de succès doivent se combiner pour répondre aux attentes potentielles :

- couverture intégrale du territoire dans un délai de 3 à 5 ans (il n'existe actuellement que 90 maisons de justice et du droit et 65 antennes de justice) ;
- financement conjoint par les collectivités territoriales et l'Etat ;
- locaux identifiables et indépendants ;
- présence permanente de personnes qualifiées, disponibles et sélectionnées à raison de leur expérience (anciens magistrats, avocats, greffiers, notaires, association de consommateurs, syndicats..) et indemnisées ;
- intégration d'une structure de médiation et de conciliation avec une organisation structurée garante de la déontologie, de la qualité de la décision, de la discipline ;
- mise en place d'outils de communication sur l'existence de ces points d'accueil.

## B - DÉVELOPPER LA PRÉVENTION ET LE CONSEIL

Le Conseil économique et social préconise :

- la généralisation de la mise en place de conventions, dans le cadre de Centres départementaux d'aide au droit, avec des avocats assurant, selon un barème connu, voire gratuitement, des consultations orales et écrites au sein des maisons de justice et du droit et dans les chambres consulaires ;
- la création de centres d'information sur la prévention des difficultés des entreprises à l'image de celui fonctionnant en Ile de France au sein des chambres consulaires avec la participation d'experts comptables, d'avocats et d'anciens magistrats consulaires ;
- le développement d'un outil spécialisé au profit des élus des collectivités territoriales, permettant de répondre aux questions qu'ils se posent et se poseront plus encore lors du renforcement de la décentralisation.

## C - POURSUIVRE LE DÉVELOPPEMENT DE L'AIDE JURIDICTIONNELLE

La Cour européenne des droits de l'Homme pourrait s'appuyer sur l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'Homme pour statuer. Nos préconisations sont sur ce thème les suivantes :

- maintenir la progression déjà engagée du budget de l'aide juridictionnelle éventuellement complétée par un système d'assurance ;
- faciliter l'accès de cette aide en cas de disproportion significative entre le coût prévisionnel d'un procès et les revenus du plaignant ;
- assurer, en contrepartie d'une charte professionnelle de qualité et de disponibilité, un niveau de rémunération suffisant aux avocats commis d'office, le procès reposant sur une défense effective selon l'adage « *le procès est nul si l'avocat est nul* » ; toute insuffisance dans la défense des plus démunis conduit au sentiment d'injustice ;
- ouvrir les possibilités de recours à cette aide aux associations défendant une cause d'intérêt général lorsqu'elles ne disposent pas des ressources suffisantes.

## D - FACILITER LE « DROIT À AGIR »

De pratique courante, le plaignant est invité, pour garantir le sérieux de sa démarche, à fournir consignation. Cette procédure se veut dissuasive à l'égard des abus et l'aide juridictionnelle permet d'y faire face.

Pour autant, et sans remettre en cause la nécessité de freiner les excès de recours à la justice, il convient de supprimer le principe de la consignation préalable demandée au plaignant ou du moins d'en limiter les montants, ce

principe semblant incompatible avec le droit communautaire selon la Cour de justice des communautés européennes et constituant un obstacle au principe d'égalité du citoyen devant l'accès à la justice.

Il conviendrait d'examiner l'efficacité des actions collectives existant en droit français avant d'ouvrir plus largement la possibilité à un groupement formalisé défendant des intérêts communs d'engager une action en justice.

#### E - ORGANISER L'ÉDUCATION À LA JUSTICE

Surmonter les craintes, prévenir les maux, c'est avant tout montrer le chemin et favoriser, par la compréhension des fonctionnements d'une société, la distinction entre ce qui est légitime et légal et ce qui ne l'est pas. Seule l'éducation peut apporter le savoir et la sagesse dans l'approche de la justice et de ses institutions.

Le bien fondé de la sensibilisation et de l'enseignement, dès l'école, des sciences de la vie et des sciences humaines n'échappe à personne. Il convient désormais d'intégrer des notions d'éducation au droit et aux institutions qui le servent dès le collège, au même titre que sont évoquées les collectivités territoriales et leurs missions.

En effet, il est peu compréhensible que les notions basiques de droit ne soient pas inculquées dès le plus jeune âge à des citoyens qui seront appelés, tout au long de leur vie, à passer des contrats (mariage, achat d'un véhicule, d'un appartement, ouverture d'un compte en banque, etc.) ou à rencontrer dans leur vie quotidienne des problèmes de droit : engagement de la responsabilité, etc.

Des « *voyages au cœur de la Justice* » sont actuellement organisés, sous l'égide du ministère de la Justice mais concernent une seule classe par ressort de Cour d'Appel. Ces voyages, guidés par des professionnels, permettent au travers de l'instruction et du procès mettant en scène un éventuel délit, de faire connaître aux collégiens l'organisation, le fonctionnement et le métier de la Justice. Ils doivent être généralisés et toucher un plus grand nombre de collégiens pour les familiariser avec l'institution et éventuellement susciter des vocations...

Dans le ressort d'un tribunal de grande instance, le Conseil économique et social propose qu'un assistant de justice, pris en charge par la collectivité dans le cadre du contrat de ville, puisse intervenir dans les collèges pour informer de ce qu'est le droit, accueillir les élèves au tribunal, répondre aux sollicitations des principaux de collège, organiser le « *voyage au cœur de la Justice* ».

Mais cette éducation doit aussi franchir les portes des entreprises par l'enseignement nécessaire, non seulement du droit, mais aussi du fonctionnement de la justice. En amont par l'enseignement dans toutes les écoles qui forment des ingénieurs et techniciens supérieurs (droit de la propriété intellectuelle, droit du travail, droit de la responsabilité...), les professions médicales (droit de la responsabilité civile ou pénale...), les cadres chargés du management (droit

social, droit des entreprises et de la finance...). En aval par la formation, au sein même des entreprises, au profit de l'ensemble des salariés.

Il convient d'inciter les organisations professionnelles et les chambres consulaires à distribuer au profit de leurs membres, en particulier les moins sensibilisés - très petites, petites et moyennes entreprises - la connaissance de rudiments du droit et un éclairage sur son importance dans la vie des affaires au travers de l'approche des risques et de leur prévention.

## **II - RÉDUIRE L'INSÉCURITÉ JURIDIQUE**

Une partie notable du contentieux provient d'une part des lacunes ou imprécisions de certaines dispositions législatives ou réglementaires ; d'autre part, leur manque de lisibilité pèse sur la capacité des acteurs économiques à les prévoir, les connaître et les respecter. La longueur excessive des procédures conduit à une forme d'insécurité quand la solution d'un litige intervient longtemps après le fait générateur, compliquant ainsi son application effective alors même que le principe de sécurité juridique est consacré par les juridictions européennes.

Par ailleurs, le Conseil économique et social souhaite notamment que soit engagée une réflexion sur la dualité de compétence entre les juridictions de l'ordre administratif et les juridictions de l'ordre judiciaire.

### **A - RÉDUIRE LA PRODUCTION ET AMÉLIORER LA QUALITÉ DES LOIS**

Pour contribuer à la sécurité juridique, la production des lois devrait satisfaire à une démarche structurée et faire abstraction de l'événement. Le Conseil économique et social recommande, dès le dépôt d'une proposition ou d'un projet de loi, de :

- satisfaire à une étude d'impact indépendante et exhaustive prenant en compte les dimensions constitutionnelles, européennes, budgétaires, institutionnelles, économiques, sociales... ;
- définir clairement les objectifs recherchés par le projet de loi en des termes mesurables ou repérables permettant l'évaluation a posteriori ;
- intégrer dans toute loi une durée au terme de laquelle un rapport présenté au Parlement permettra son évaluation a posteriori ;
- procéder à un examen annuel à l'Assemblée nationale des lois qui n'ont pas fait l'objet d'un décret d'application en vue d'analyser les motifs de difficultés et à en tirer les conséquences ;
- donner au Conseil d'Etat les délais suffisants pour lui permettre de proposer une rédaction adéquate des lois.

#### B - ORGANISER LA CODIFICATION

Les modalités actuelles de la codification donnent aux utilisateurs le sentiment d'une perte de repère par le changement de codification numérique de certains articles clefs d'une loi, sans apport pratique réel.

Les besoins de codification sont pourtant fortement ressentis s'ils s'accompagnent d'une mise en cohérence de tous les textes existants. Cette tâche complexe est cependant rendue encore plus délicate du fait de la nécessité d'y intégrer également les réglementations communautaires.

En vue de la simplification des lois, l'effort de codification doit être amplifié et des moyens octroyés au Conseil d'Etat pour ce faire, avec pour objectif de rechercher les incohérences et les duplications inutiles dans un but de clarification tout en prenant garde d'éviter les simplifications abusives qui vident les textes de leur sens. En outre, un inventaire des matières dont la codification serait nécessaire, devrait être entrepris, assorti d'un échéancier.

#### C - DÉVELOPPER LE RENVOI POUR AVIS DEVANT LA COUR

La procédure d'avis existe mais n'est que peu ou pas utilisée par les magistrats sans qu'on ait réellement cherché à en comprendre les motifs. Il s'agit pourtant d'une procédure utile à la sécurité juridique plus souhaitable encore en cas d'exécution provisoire.

Il doit être davantage recouru au renvoi pour avis lorsque des points de droit doivent être éclairés, indépendamment des faits. C'est alors à la plus haute instance de se prononcer, la Cour de Cassation en matière judiciaire ou le Conseil d'Etat en matière administrative. Cet avis ne doit pas pour autant lier le juge du fond qui continue de trancher, à la lumière des faits, et de créer la jurisprudence en fonction des circonstances de l'affaire.

Cet avis peut être particulièrement utile lorsque les juges se trouvent confrontés à une loi nouvelle dont un ou plusieurs points de droit restent à préciser. Dans ce cas, le renvoi pour avis devant la plus haute instance pourrait faire l'objet d'une procédure d'extrême urgence pour éviter que l'interprétation de la loi n'arrive trop tardivement et que des jurisprudences contradictoires aient déjà été rendues par les juridictions de base, entraînant avec elles une insécurité juridique.

#### D - LIMITER LES EFFETS DE LA RÉTROACTIVITÉ DE CERTAINES DÉCISIONS JURISPRUDENTIELLES

Même si notre système juridique préconise la prééminence de la loi, le pouvoir normatif de la jurisprudence ne cesse de se développer. Il convient en conséquence de trouver des réponses aux problèmes posés par les effets rétroactifs des décisions jurisprudentielles (4 à 7 ans). La Belgique et la Grande-Bretagne ont déjà instauré des délais de mise en place des nouvelles normes en cas de revirement de jurisprudence.

Il convient de rappeler que la Cour de justice des communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'Homme ont considéré que réserver l'application à l'avenir d'une situation nouvelle était un principe de sécurité juridique supérieur. Ces institutions prennent d'ailleurs grand soin à expliciter largement les motifs ayant guidé un revirement de leur propre jurisprudence.

Un arrêt de la chambre plénière de la Cour de Cassation du 23 janvier 2004 (affaire Castorama n°507) vient de refuser l'application de dispositions de lois interprétatives (celles qui précisent une loi antérieure) qui comportent des effets rétroactifs.

En application des principes retenus par les juridictions européennes, tout arrêt des juridictions suprêmes devrait, en raison de ses conséquences économiques, sociales ou financières, soit à l'occasion d'un revirement de jurisprudence, soit lorsque des situations nouvelles apparaissent, faire l'objet d'une indication claire, expliquant et motivant l'existence d'une solution nouvelle ou d'un revirement de jurisprudence. Il devrait indiquer que cette solution s'appliquera aux situations juridiques nées à compter de cette décision.

### **III - S'INSPIRER DES POINTS POSITIFS DU FONCTIONNEMENT DES INSTANCES EUROPÉENNES**

Après avoir remédié à nos insuffisances quant au retard dans la transposition des directives européennes souvent soulignées par la Commission, il paraît opportun de rechercher au sein de l'Union européenne une coopération judiciaire, un échange d'expérience et d'appliquer les meilleures pratiques susceptibles d'être adaptées dans notre système de droit.

#### **A - PÉRENNISER LA MISE EN PLACE D'EUROJUST ET DÉVELOPPER LES COOPÉRATIONS JUDICIAIRES**

Les objectifs du « 3<sup>ème</sup> pilier » du Traité de Maastricht, signé en 1992, comportaient un volet judiciaire qui a de nouveau fait l'objet d'un Conseil européen en 1999 à Tempere. Sous la rubrique « *un véritable espace européen de justice* », les conclusions de la Présidence énonçaient que : « *Dans un véritable espace européen de justice, l'incompatibilité ou la complexité des systèmes judiciaires et administratifs des Etats membres ne doivent pas empêcher ou dissuader les particuliers et les entreprises d'exercer leurs droits* ».

Le Conseil économique et social souscrit à cette affirmation et aux préconisations visant à :

- faciliter l'accès à la justice en Europe (publication de guides de l'utilisateur sur les systèmes de coopération et les institutions judiciaires des pays ; mise en place de systèmes d'information faciles d'accès...);

- l'instauration de normes minimales garantissant un niveau approprié d'aide juridique pour les affaires transfrontalières ainsi que des règles spéciales communes de simplification des règlements des litiges transfrontaliers à faible enjeu financier ;
- la fixation de normes communes minimales pour l'accès à la justice des victimes de la criminalité, leur prise en charge, leur soutien et leur protection.

La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires commence à entrer dans les faits. Elle implique un rapprochement entre les autorités compétentes pour faire connaître et circuler les informations relatives à une affaire au niveau requis, quels que soient le nombre de pays impliqués et la complexité du cas traité.

Les décisions devraient plus systématiquement être reconnues dans l'ensemble de l'Union sans procédure intermédiaire et avec une limitation drastique des motifs de refus d'exécution. En matière pénale, les conventions d'extradition doivent être ratifiées.

Le réseau, composé de représentants des autorités administratives et judiciaires des Etats membres, opérationnel depuis 2002, doit s'étoffer. Compétent pour un large champ d'infractions transfrontalières, Eurojust, doté d'une personnalité juridique (procureur, officier de police, juge...) par pays, poursuit trois objectifs qu'il convient de réaffirmer et de soutenir :

- promouvoir et améliorer la coordination des enquêtes et des poursuites entre les autorités compétentes des Etats membres ;
- améliorer la coopération entre ces autorités en facilitant notamment la mise en œuvre de l'entraide judiciaire internationale ;
- soutenir les autorités nationales pour renforcer l'efficacité de leurs enquêtes et de leurs poursuites.

L'idée de création d'un procureur européen indépendant chargé de la protection des intérêts financiers de l'Union a été proposée par la Commission européenne. Elle doit progresser sans doute davantage sous la forme d'un Parquet européen.

#### B - HARMONISER LES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCÈS

Si la diversité est source de progrès et s'il faut savoir tirer profit des richesses et du stimuli qui découlent de la diversité des droits et des procédures, il n'en faut pas moins tendre vers une certaine harmonisation des règles du procès pour offrir autant que faire se peut des chances à peu près équivalentes d'aboutir, quels que soient le pays et le régime juridique auquel est soumis le justiciable.

Une sorte de « colonne vertébrale », construite autour de quelques principes, tels que la loyauté, le dialogue, la célérité..., doit servir de trame au procès quelles qu'en soient les particularités de forme attachées aux droits nationaux.

Le Conseil économique et social est donc favorable à l'élaboration du modèle européen du procès équitable tel que défini à l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Ce droit à un procès équitable se positionne au carrefour des droits, il ignore la dualité des ordres de juridiction, transcende les clivages disciplinaires et rompt avec les schémas et catégories traditionnels de notre champ juridique. Il suppose notamment l'extension de garanties protectrices au-delà des juridictions ordinaires (tribunaux d'exception, autorités administratives indépendantes) et entraîne une logique d'harmonisation des droits internes et de leurs diverses branches autour du standard européen.

L'harmonisation souhaitable vise encore le besoin d'instituer un seul mécanisme de renvoi préjudiciel au lieu de trois actuellement (Art.234, art.68 du Traité de Rome et art.35 du Traité de l'Union européenne).

Elle passe également par la reconnaissance de l'arbitrage international, en donnant aux arbitres la faculté de saisir la Cour de justice des Communautés européennes pour question préjudicielle.

#### C - RECHERCHER LES MEILLEURES PRATIQUES DE FONCTIONNEMENT AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE

L'intérêt porté aux autres façons de concevoir et de dire le droit ne peut que favoriser l'harmonisation des procès et offrir davantage de cohérence aux décisions de justice qui rencontreraient ainsi davantage l'adhésion et la confiance du plus grand nombre.

Grâce aux magistrats de liaison, depuis une dizaine d'années, les juges peuvent ainsi recevoir de l'aide ou des informations de la part de magistrats étrangers lorsqu'ils ont à statuer sur un cas qui a fait l'objet d'une jurisprudence dans un autre pays.

Cette entraide, tant au niveau pénal que civil, doit estomper les malentendus réels ou supposés entre les différents systèmes judiciaires, accélérer les délais des procédures et affiner les informations et le suivi de telle ou telle affaire.

La mise en place d'équipes d'enquête commune entre plusieurs pays doit être encouragée par cette possibilité offerte par le magistrat de liaison qui peut se faire interprète des pratiques en vigueur et des décisions rendues.

Les règles applicables dans un pays sont souvent un mode particulier de déclinaison de principes communs : une veille juridique doit également permettre à un pays de repenser ses propres procédures à l'image de ce qui se fait ailleurs si la méthode apparaît plus satisfaisante.

**D - PROMOUVOIR LE DÉVELOPPEMENT DES LIAISONS ENTRE MAGISTRATS  
EUROPÉENS**

D'une manière générale, afin de développer une certaine cohérence des solutions, les réseaux tissés entre les différents pays, en matière judiciaire, doivent s'étoffer, qu'ils concernent un forum des cours suprêmes ou des relations suivies entre juridictions exerçant des compétences comparables.

**IV - RATIONALISER LES RECOURS SOUMIS À LA JUSTICE**

Les objectifs sont d'accélérer les procédures, de renforcer leur efficacité à dire et à faire appliquer le droit, de réduire les pratiques dilatoires, de mieux articuler les étapes d'une procédure.

**A - DÉVELOPPER LES MODES ALTERNATIFS DE RÉOLUTION DES CONFLITS**

Le Conseil économique et social a voté en 2001 un avis, sur le rapport de Mme Lindeperg, intitulé « *Médiation et conciliation de proximité* ». Dans cette ligne, le Conseil économique et social préconise de :

- introduire en amont de la procédure, à l'instar de ce qui existe au Conseil de prud'hommes par la phase de conciliation, des procédures de rapprochement des points de vue au sein des différentes juridictions civiles ;
- suivre l'avis du Comité économique et social européen adopté le 11 décembre 2002 invitant la Commission à publier des recommandations (une directive éventuelle après évaluation dans un délai minimum de 3 ans), ayant pour objectif de conditionner la recevabilité de la saisine du juge à la mise en œuvre préalable du processus alternatif de résolution des conflits (ou ADR, *Alternative dispute resolution*) ;
- donner pouvoir au juge de première instance, dès qu'il a connaissance de l'assignation et des arguments principaux, de renvoyer, à son initiative et sous son contrôle, les parties à une procédure alternative, conduite par des personnes éventuellement désignées par lui (élargissement des dispositions prévues par l'article 12.4 du nouveau Code de procédure civile) ;
- autoriser l'arbitrage dans le cadre d'une activité professionnelle par suppression de l'interdiction, prévue à l'article 2061 du Code civil, de la clause compromissoire avec des règles protectrices spécifiques dans les litiges concernant des contrats de consommation ou d'adhésion et rouvrir à titre de garantie de la qualité de l'arbitre la possibilité donnée aux magistrats de participer à ces procédures ;

- ouvrir un centre de médiation commerciale dans chaque région sous l'impulsion des chambres consulaires, des organisations professionnelles et des professions juridiques, dans un cadre établi par une charte nationale sur le modèle du Centre de médiation et d'arbitrage de la Chambre de commerce de Paris ;
- permettre, notamment dans le domaine du droit de la concurrence, sous les réserves que nécessite une pré-notification administrative, que les autorités administratives indépendantes puissent être consultées préalablement à toute réalisation effective d'un engagement et que, toutes conditions initiales respectées, l'avis soit homologué dès réalisation de l'opération ;
- généraliser, pour les collectivités territoriales et les administrations, des procédures de transactions, pratiquées aujourd'hui dans les domaines du commerce international et de la fiscalité, afin de traiter des litiges.

#### B - FACILITER LA SAISINE D'UN JUGE UNIQUE

Le Conseil économique et social recommande de :

- permettre à un juge unique statuant en référé et même en l'absence d'urgence, d'accorder le bénéfice d'une créance, d'un droit qui ne fait pas l'objet d'une contestation sérieuse démontrée par des actes ( de type lettres recommandées, expertises...) accomplis avant la mise en œuvre de la procédure ;
- pour éviter de mobiliser plusieurs juges sur des affaires mineures, autoriser les parties, à leur demande, à saisir un juge unique statuant en droit ou autoriser le Président du Tribunal à le désigner d'office dans certaines affaires, à raison des faibles enjeux ou s'il s'agit de juger seulement des faits (*imperium*).

#### C - RÉORGANISER LES CONSTITUTIONS DE PARTIE CIVILE

En application de l'article 85 du Code de procédure pénale, toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit peut, en portant plainte, se constituer partie civile devant le juge d'instruction qui ordonne communication au procureur pour qu'il prenne ses réquisitions. Le procureur peut, par réquisition, user de son droit d'opportunité en demandant au juge de ne pas ouvrir l'information s'il estime notamment que le dossier ne contient aucun fait comportant une qualification pénale.

Le juge d'instruction peut passer outre, sachant qu'il suffit, au nom du « droit d'agir », que les circonstances sur lesquelles s'appuie la partie civile permettent au juge d'admettre comme possible l'existence du préjudice allégué et la relation directe de celui-ci avec une infraction à la loi pénale.

Évitant le risque de ne pas instruire une affaire, évitant le risque de contradiction avec « le droit à agir » prévu par la Convention des droits de l'Homme, la plupart des constitutions de partie civile sont instruites (environ 35 % des affaires soumises à l'instruction, plus de 80 % dans les affaires économiques et financières). Bien qu'aucune statistique nationale officielle ne soit publiée, tous les écrits et déclarations des auditionnés concluent à une très forte proportion de non-lieu (75 % à 80 % en général, 85 % au pôle financier de Paris). Les décisions de non-lieu ou de relaxe, au terme d'un procès, permettent à la victime de demander des dommages et intérêts et le Tribunal peut infliger une amende civile en cas de constitution manifestement abusive ou dilatoire.

L'utilisation qui est faite en France du service public au profit d'intérêts privés est sans exemple en Europe. Elle conduit trop souvent à des détournements de procédure.

Nos recommandations sont les suivantes :

- le procureur pourrait, avant de rendre ses réquisitions, soit faire usage de son droit d'opportunité de non informer avec recours juridictionnel (plutôt que hiérarchique), soit solliciter l'avis d'un collège composé de magistrats et d'experts en vue d'éclairer le procureur sur la situation incriminée ;
- mesurer les coûts engagés pour une procédure d'investigation afin de les faire supporter au plaignant en cas de non-lieu ou de relaxe par l'application d'une amende civile proportionnée aux coûts engagés par la collectivité publique et aux facultés contributives du plaignant.

#### D - LIMITER LE NOMBRE DES INCRIMINATIONS

A l'examen de nos réflexions contenues dans le rapport, il paraît plus efficace de resituer le pénal à sa véritable place qui est celle de la sanction des lois dès lors que l'ordre public est gravement troublé et que cette sanction s'applique aux personnes responsables et coupables.

Répondre à cette question, c'est définir le formel et le substantiel, le premier devant tomber sous le coup de l'amende ou de la réparation civile. Certes, l'appréciation de l'opportunité du Parquet constitue un élément de souplesse venant atténuer - et le plus souvent anéantir - les effets du délit formel mais se pose alors, aux yeux des citoyens, le risque de l'absence d'indépendance des magistrats du Parquet par rapport au pouvoir exécutif, le risque dénoncé par Tocqueville de combiner « *les règles rigides et la pratique molle de ces règles* ». Ces excès de dispositions non appliquées laissent en effet penser aux citoyens que cela revient à admettre ce que l'on a voulu empêcher.

Aussi, le Conseil économique et social propose :

- d'inventorier les délits formels soit parce qu'ils pourraient être évités par un acte authentique (constitution de sociétés) soit parce qu'ils pourraient faire l'objet d'une réparation de préjudice causé à un tiers ;
- de réduire drastiquement le nombre d'incriminations (10 000 actuellement) en restituant à des textes de base la capacité d'y intégrer les agissements, imprudences, manquements troublant gravement l'ordre public, de rechercher ainsi à simplifier les sources de droit pénal, à rendre effective l'application de la loi pénale, efficace la répression des abus manifestes, réelle l'égalité entre les justiciables.

#### E - RENFORCER LES DÉCISIONS DE PREMIÈRE INSTANCE PAR L'EXÉCUTION PROVISOIRE

L'exécution provisoire autorise la partie qui a obtenu gain de cause à poursuivre l'exécution du jugement malgré les recours engagés, droit parfois subordonné à la constitution de garanties suffisantes pour répondre, en cas de recours, de toutes restitutions ou réparations. En dehors des référés, l'exécution provisoire n'est pas de droit et n'est ordonnée qu'à la demande des parties ou chaque fois que le juge l'estime nécessaire et compatible avec la nature de l'affaire.

Ce que nous proposons vise à inverser le principe en considérant que l'exécution provisoire soit, exclusivement dans les domaines économiques et financiers, de droit sauf motivation, sur demande de l'une des parties ou d'office par le juge. Sous réserve de constitution de garantie par le bénéficiaire, cette exécution provisoire consolide l'effectivité du jugement, crédibilise la décision du juge, évite les recours dilatoires, accélère le rapprochement amiable des parties après jugement.

Ainsi, le contentieux relatif à l'exécution provisoire ne concernerait alors que les modalités de la constitution de garanties, soumis à un magistrat de la Cour d'appel.

#### F - INSTAURER UN CONTRÔLE DES RECOURS

L'article 543 du nouveau Code de procédure civile ouvre la voie de l'appel en toutes matières, mêmes gracieuses contre les jugements en première instance. Ce droit est toutefois limité lorsque l'intérêt du litige est faible (inférieur à 3 800 €) ou dans le cadre des procédures collectives.

Les utilisations abusives, dans le domaine économique, de l'effet suspensif de l'appel alimentent partout en Europe des réflexions sur sa limitation voire sa suppression.

L'examen des dispositions des pays de l'Union européenne montre que tous les pays à l'exception des Pays-Bas ont réformé leur procédure civile au cours de ces dernières années pour limiter les appels et renforcer les juridictions de première instance.

Les récentes réformes allemande, espagnole, danoise et italienne, renforcent le rôle des juridictions civiles de première instance pour se rapprocher du modèle anglais au sein duquel les décisions de première instance sont exécutoires et où l'appel n'a pas d'effet suspensif. L'objectif suprême imposé au juge anglais est de veiller à préserver l'égalité entre les parties et limiter les dépenses publiques.

La Cour de Cassation dispose en France depuis une loi du 25 juin 2001 du pouvoir de filtrage des pourvois qui lui sont transmis.

Le Conseil économique et social propose, à l'instar des expériences européennes, que l'appel ne soit recevable qu'à l'issue d'une procédure de sélection au sein de la Cour d'Appel elle-même.

## **V - AMÉLIORER LE FONCTIONNEMENT DES PROCÉDURES**

Les objectifs poursuivis ici sont de rationaliser le fonctionnement de la justice pour ne pas avoir à rationner et à accélérer le traitement des dossiers sans jamais confondre « vitesse et précipitation ».

### **A - CONFORTER LES PROCÉDURES CIVILES**

Un justiciable a plus souvent intérêt à agir devant le juge pénal parce que ce dernier génère crainte à l'égard des présumés coupables et que les coûts de constitution des « preuves » sont supportés par la puissance publique.

Les préconisations visant la limitation de l'accès à la constitution de partie civile ne valent que si elles sont compensées par l'amélioration de la voie civile.

Le débat devant la juridiction civile commence trop souvent, selon des pratiques ancestrales qui ne correspondent plus aux besoins de la société, par la plaidoirie des avocats, souvent réduite à une revue longue de ce qui se trouve déjà dans le dossier et a pu être examiné préalablement.

La procédure civile doit permettre la constitution des preuves sans aller jusqu'à la procédure de « *discovery* » à l'américaine qui impose aux parties de fournir toutes les pièces même les plus défavorables. L'extension de la procédure visée à l'article 145 du nouveau Code de procédure civile répondait à ce besoin en accroissant les pouvoirs du juge civil. Cette possibilité, non limitée par la légitimité du motif, doit se doubler d'un appel à un corps d'experts spécialisés disponibles dans un cadre quasi-contractuel entre les magistrats et les experts dont le coût serait provisoirement supporté par le demandeur (sauf aide juridictionnelle). Toute demande abusive, faite pour nuire, serait sanctionnée par l'attribution de dommages et intérêts.

Par ailleurs, dans les litiges d'un montant significatif, brisant l'isolement du juge, la procédure orale doit être généralisée afin de permettre d'entendre les témoins, de procéder à des enquêtes, de renvoyer les parties à une médiation et d'associer la pertinence et l'efficacité des décisions.

#### B - ADAPTER CERTAINES PROCÉDURES PENALES

Re-civiliser les procédures pénales conduit par le jeu des mots à évoquer la « civilisation » de certaines procédures en les restituant au champ de la procédure civile mais aussi à évoquer les conditions dans lesquelles se déroule la procédure pénale et notamment la garde à vue.

Huit siècles de tradition inquisitoriale conduisent à isoler un suspect dans une absence totale de contacts, quasi totale d'avocats, dans des conditions souvent révoltantes et indignes d'inconfort, de sommeil, d'alimentation, d'hygiène. Ce passage à « l'attendsseur » conduit des personnes souvent responsables à s'abandonner aux enquêteurs. Une telle procédure, lorsqu'elle vise des délits correctionnels, devrait, soit être adaptée.

Adapter, c'est aussi accentuer l'utilisation de la procédure de « *témoïn assisté* » moins infamante que la mise en examen.

Adapter, c'est encore limiter à la seule personne morale la responsabilité pénale du fait des actes ou manquements lorsque l'intention frauduleuse d'une personne physique n'est pas avérée.

#### C - CONTRACTER LES DÉLAIS

Évoquer le temps des décisions judiciaires sans remettre en cause le fait que le temps de l'économie et celui de la justice n'ont et n'auront jamais le même étalon, c'est évoquer les manœuvres de l'une ou l'autre des parties pour gagner du temps, c'est traiter l'organisation de la procédure. Nous avons évoqué le « triste record » de la France condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme pour délais déraisonnables.

Ayant mentionné la limitation des recours, facteur essentiel dans la durée (2 à 4 ans pour un appel, 3 à 7 ans pour un pourvoi en Cassation), nous proposerons deux dispositions limitant l'usage dilatoire :

- la première des manœuvres dilatoires consiste à porter l'affaire au pénal afin de retarder l'action introduite au civil selon le principe « *le pénal tient le civil en l'état* ». Il pourrait être envisagé de doter les juridictions civiles de pouvoirs répressifs ou mieux, sous le contrôle du Parquet, d'infliger des sanctions civiles dans les cas qui ne mettent pas en jeu l'ordre public. Cette orientation est validée en matière commerciale par les procédures d'extension à la faillite personnelle et son démembrement qu'est l'interdiction de gérer, sur la demande du Parquet, se substituant aux sanctions inefficaces et tardives de banqueroute. Certes, cette décision répressive n'est pas d'ordre pénal

mais l'objectif principal est atteint par l'assainissement du secteur marchand ;

- il conviendrait de discerner dès l'origine parmi les dossiers dont est saisi le juge, ceux qui appellent des décisions de principe. Cette orientation initiale permettrait d'accélérer la procédure pour tous les autres dossiers, l'autorité liée au jugement constituant le cœur de la demande formulée en justice. De telles décisions pourraient être soumises à un juge unique. En revanche, les démarches de « *jurisdictio* » susceptibles d'être porteuses de normes au terme du parcours judiciaire doivent faire l'objet par les magistrats d'une appréciation longue et détaillée que le temps doit servir.

S'agissant de l'organisation de la procédure, il pourrait en premier lieu faire en sorte que les procédures incidentes (compétence, exceptions, recevabilité) soient tranchées par le tribunal avec exécution provisoire de droit et avant qu'il ne soit statué sur le fond.

Dès l'enrôlement de l'affaire, le juge doit fixer, sous son autorité et après consultation des parties, le calendrier de la procédure et appliquer strictement les sanctions ou délivrer les injonctions assorties d'astreinte résultant le plus souvent de la négligence de l'une des parties.

Rien ne laisse penser qu'une assignation ne puisse être suivie d'une conclusion en défense dans un délai maximum de 3 mois, de conclusions en réplique dans un délai de 2 mois sans que de nouveaux allers et retours ne soient, sauf exceptions, acceptés. L'ordonnance de clôture des débats fixerait alors la date des plaidoiries à un ou deux mois.

De telles pratiques rigoureuses permettraient de limiter, dans une grande majorité de cas, la durée du procès civil à un an, sauf mesure d'instruction.

#### D - DÉVELOPPER L'USAGE DES NOUVELLES TECHNOLOGIES

Quatre mesures doivent permettre de faciliter le travail du juge et accélérer les procédures :

- les recherches en cours au CNRS visant au développement de logiciels intelligents simulant le processus de raisonnement conduisant à l'instruction du litige doivent être poursuivies et testées dans de nombreuses juridictions. Des expériences conduites en Europe (logiciel Dialaw) permettent, sous le contrôle d'un magistrat et sous l'empire d'une éthique affirmée, de valider les raisonnements issus de l'intelligence artificielle appliquée à la logique du droit ;
- le développement, à l'initiative du Ministère de la Justice, d'un portail intégrant des bases de données guidées par le choix de critères et mots-clefs appropriés doivent constituer un outil performant mis à la disposition de tous les magistrats pour la consultation du droit, de la jurisprudence, des décisions européennes... Un tel outil existe dans

toutes les grandes sociétés de conseil, dans tous les grands cabinets d'avocats et doit à brève échéance faire l'objet d'une application au sein de l'administration de la Justice. Le succès de l'utilisation d'un tel outil tient à la formation des magistrats, du greffe et à la création d'un poste de correspondant local informatique ;

- la généralisation à tous les barreaux, les tribunaux et Cours, de la convention « e-greffe » signée entre les tribunaux de grande instance de Paris et le Barreau de Paris devrait permettre de consulter à distance l'état de chacune des procédures en cours, de faciliter les échanges électroniques de données entre avocats d'une part, entre avocats et le tribunal d'autre part ;
- le développement de la visioconférence pour les témoignages devrait dans certaines situations alléger le fardeau psychologique des victimes.

## **VI - AMELIORER LE SERVICE PUBLIC RENDU AUX JUSTICIABLES**

Tous les constats de l'appréciation portée par les justiciables sur le fonctionnement de la justice nécessitent de restaurer une image plus conforme à la réalité de son fonctionnement et aux efforts significatifs accomplis depuis quelques années. Cette amélioration de l'image passe par la prise en compte de quelques préconisations.

### **A - AMÉLIORER LA COMPRÉHENSION DE LA PROCÉDURE ET DU JUGEMENT**

Pour cela, le Conseil économique et social suggère :

- de clarifier le rôle des acteurs dans le cadre d'un procès pénal : au procureur le soin d'être l'accusateur, l'interrogateur du prévenu ; au juge, Président de l'audience, de conduire le débat, d'arbitrer les incidents entre l'accusation et la défense, respectant ainsi l'adage anglo-saxon : « *la justice ne doit pas simplement être la justice, elle doit y ressembler* » et mettant en œuvre les pratiques très généralement reconnues à la Cour européenne des droits de l'Homme et dans les tribunaux en Europe ;
- la consultation à distance maîtrisée par un code secret par l'une des parties de l'état de la procédure devant le tribunal et la connaissance du calendrier fixé par le juge doit permettre de mieux appréhender les délais, la procédure ;
- les victimes, même si elles sont souvent accompagnées par des associations d'aide aux victimes, aspirent prioritairement à l'information. Leur consultation doit être organisée pour qu'elles n'aient pas le sentiment d'être le spectateur au milieu du public mais plutôt le témoin intégré au procès ;

- toute personne qui a fait l'objet d'une information, d'une convocation devant un juge quelque soit le motif ou la qualité, a fortiori d'une garde à vue, devrait dans un délai raisonnable être informée sur simple demande du sort qui lui est réservé et l'issue de la procédure (abandon de l'information, non-lieu, renvoi au procès, jugement, recours) ;
- toute personne qui a déposé plainte devrait être informée en cas de classement sans suite, que l'auteur des faits ait été identifié ou non, et connaître la motivation succincte de la décision de classement ;
- de créer une instance comparable au Haut Conseil à l'intégration ou au Conseil des impôts constituée de professionnels, personnes qualifiées et citoyens, instance chargée d'observer les difficultés posées par un texte ou rencontrées concrètement et de faire les propositions qui lui paraîtraient utiles au bon fonctionnement du service de la justice ;
- dire clairement le droit pour améliorer la compréhension des décisions, c'est apporter aux parties et pas seulement à leurs avocats, la démonstration du raisonnement que le juge a suivi pour construire sa décision. Cette démonstration doit se faire dans un langage courant et une explication doit pouvoir être fournie par le greffe ou un assistant de justice dès que le jugement ou l'arrêt a été rendu.

#### B - DÉVELOPPER RAISONNABLEMENT LA SPÉCIALISATION DES TRIBUNAUX

La spécialisation, conçue comme un outil d'amélioration de la compétence donc de la sécurité juridique, nécessite la réunion de plusieurs ingrédients et nécessite des limites liées au besoin de maintenir dans les tribunaux des affaires suffisamment attractives pour la formation et la motivation des magistrats.

La spécialisation suppose une concentration des moyens humains et matériels nécessaires en un lieu identifié sur des matières complexes, avec un volume pertinent d'affaires à traiter au regard des moyens.

Elle conférerait à la France une image permettant de valoriser son activité judiciaire à l'égard de certains grands groupes étrangers et contribuerait au développement économique par l'attraction d'avocats et experts spécialisés de haut niveau et de toutes nationalités.

Il semble souhaitable, sans déterminer a priori le périmètre géographique de compétence qui doit être adopté en la matière, d'orienter la spécialisation vers les matières les plus complexes et d'attractivité affirmée pour la place de marché concerné. A titre d'exemple et en dehors des pôles économiques et financiers (Paris, Lyon, Marseille, Bastia), des pôles santé (Paris, Marseille), des pôles spécialisés en matière de pollution des mers (Le Havre, Brest, Marseille), la spécialisation pourrait être élargie géographiquement ainsi qu'au droit à la

propriété intellectuelle, au droit bancaire, au droit de la concurrence, aux droits liés aux grandes opérations de restructuration des entreprises.

Il paraît indispensable que ces juridictions bénéficient de la présence de magistrats formés, spécialisés en amont de leur désignation (et non que la formation résulte de leur désignation), qu'un plan de carrière leur soit présenté pour mesurer la juste contrepartie de l'effort de formation, que ces juges soient entourés d'une équipe d'experts détachés d'autres administrations ou d'assistants spécialisés détachés du secteur privé pour un temps déterminé, bénéficiant d'un statut spécifique.

Il convient de prendre les dispositions qui imposent, sans alternative de choix, la saisine de ces juridictions spécialisées.

Enfin, le Conseil économique et social recommande que ces juridictions spécialisées fonctionnent en réseau avec les juridictions de spécialisation comparable au sein de l'espace européen, ce qui suppose une formation à l'international des juges affectés au sein de celles-ci.

#### C - CONTRÔLER L'APPLICATION DES DÉCISIONS

La création en 1991 du juge de l'exécution a permis de répondre à l'attente des justiciables, de crédibiliser l'effectivité de l'exécution des décisions en statuant sur les difficultés survenues à l'occasion d'une saisie ou de l'exécution d'un jugement.

Le Conseil économique et social propose que son identification soit claire dans l'esprit des justiciables au sein de chaque juridiction et à tous les niveaux, que l'accès au juge de l'exécution soit ouvert à tout citoyen, qu'il puisse mobiliser la force publique en cas de nécessité, qu'un rapport annuel soit centralisé dans chaque Cour d'appel puis publié pour l'analyse des principales difficultés rencontrées.

#### D - CONSTRUIRE UN NOUVEAU MODÈLE D'INDEMNISATION

Si l'on exclut les indemnités liées aux dommages consécutifs à des accidents de la circulation qui font l'objet d'un quasi barème validé par les compagnies d'assurances, les indemnités sont laissées à l'appréciation du juge avec ou sans expertise préalable.

Dans le domaine des affaires, le juge est souvent mal préparé à la fixation des indemnités, l'avocat est enclin à percevoir l'indemnité notamment celle au titre des frais irrepétibles (art. 700 du nouveau code de procédure civile) comme une sanction de l'action de son client. Pourtant, les parties disposent fréquemment des moyens d'apprécier les dommages et réparations qui y sont attachées.

Le Conseil économique et social propose que, dans les affaires opposant des acteurs économiques, seuls le principe, l'ampleur et la charge des responsabilités soient décidés par le juge, laissant sous son contrôle et dans un temps limité aux parties le soin de fixer les indemnisations, que celles-ci portent sur les frais engagés à l'occasion du procès ou sur les dommages liés à l'engagement de la responsabilité. Pour préserver les intérêts du bénéficiaire, le juge devra fixer, à titre indicatif, le montant et la nature des garanties à fournir par le débiteur, ainsi que le temps donné aux parties pour conclure un accord avant qu'il ne soit statué par défaut.

#### E - MODÉRER LES EFFETS DE LA MÉDIATISATION DES AFFAIRES PÉNALES

Si nous avons évoqué les effets souvent désastreux de l'abondante publication de faits non avérés, incriminations supposées et de la mise en examen de tel ou tel, les remèdes paraissent bien délicats à proposer. Personne n'ignore que deux principes fondamentaux de la Convention des droits de l'Homme, la liberté d'expression et la présomption d'innocence luttent pour leur suprématie, que « l'opinion » a choisi de privilégier le premier.

Un projet de loi du 4 novembre 2003 sur l'effectivité de la présomption d'innocence envisage l'obligation faite à tout support de rappeler la présomption et à défaut, le droit donné au juge d'ordonner toute mesure permettant de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence. Ce projet, louable dans ses intentions, ne règle les choses qu'a posteriori quand le mal est constaté. Cette délicate question avait déjà fait l'objet d'une loi du 8 juillet 1931 interdisant toute publication préalable à une décision judiciaire mais a été contrebattue par une décision de la Cour européenne des droits de l'Homme. Faute d'un code déontologique de la presse, cent fois évoqué, cent fois rejeté, il faut probablement se contenter de réclamer des journalistes la même prudence, la même réserve que celle qui est attendue de tout professionnel. Une sanction de l'atteinte manifeste à cette présomption, s'il en fallait une, consisterait à imposer à un média le corollaire de ce qu'il impose à un tiers, l'atteinte à la réputation, à la crédibilité de l'information, par l'obligation d'une publication correctrice d'égale surface ou d'égale durée, dans un autre support.

Au fond, cette épineuse question est la conséquence du choix résultant du Code de procédure pénale de réserver à la longue phase secrète de l'instruction une part beaucoup plus significative que dans d'autres pays dans lesquels l'enquête secrète est réduite, est non judiciaire, laissant l'essentiel au procès public et contradictoire.

## **VII - FAVORISER L'ÉMERGENCE D'UNE COMMUNAUTÉ JUDICIAIRE HARMONIEUSE**

Favoriser l'émergence d'une communauté judiciaire pourrait apparaître d'emblée comme la contrepartie de son inexistence. L'objectif recherché est plutôt de créer les conditions de recrutement, de formation de qualité, de performance et d'éthique contribuant à conférer une image forte à un corps.

### **A - ÉLARGIR LE RECRUTEMENT DE L'ÉCOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE**

Le recrutement très sélectif de l'ENM, la dernière créée des grandes écoles de la République (1958) devait permettre à des juristes (avocats, notaires, greffiers, huissiers, magistrats consulaires ou prud'homaux...), comme c'est le cas en Allemagne ou en Grande-Bretagne, d'intégrer en nombre significatif cette école. L'une des réponses possibles à la préparation d'une communauté judiciaire souhaitable pourrait se situer dans la formation d'un nombre limité de futurs avocats au sein de l'ENM.

L'entrée de magistrats par les autres voies, limitées en nombre mais néanmoins plus importantes que dans d'autres corps administratifs, ne doit pas être freinée par des dispositions pénalisantes du fait de la prise en compte partielle de leur ancienneté dans le déroulement de leur carrière.

### **B - OUVRIR LE CURSUS DE FORMATION**

L'examen du cursus de formation très orienté vers le droit civil conduit à proposer d'élargir la formation à l'économie, au droit des affaires et au droit social qui ne sont vus actuellement qu'au travers du prisme réducteur et déformateur du droit pénal.

Il conviendrait de développer l'internationalisation de la formation en intégrant un stage d'au moins 6 mois dans une juridiction étrangère.

Il pourrait enfin être souhaitable que la formation soit complétée par un stage en entreprise, dans une collectivité, une organisation, un syndicat, au sein d'un service juridique pour une durée permettant d'appréhender son fonctionnement et détecter les problèmes rencontrés par les dirigeants et les élus.

### **C - DÉVELOPPER LA FORMATION CONTINUE**

Si le volume et la qualité de la formation continue peuvent paraître suffisantes bien qu'aucun rapport officiel ne semble évoquer cet aspect de la gestion interne des ressources humaines, il n'apparaît pas qu'un plan de carrière permette de rapprocher la nature des formations suivies, les options privilégiées par un magistrat et les promotions qui bénéficient à ces mêmes magistrats.

La gestion des ressources humaines, tellement importante dans un secteur d'activité où tout repose sur la compétence et les aptitudes personnelles des hommes et des femmes, doit faire l'objet d'une réflexion approfondie et d'une mise en œuvre qui renforce l'attractivité de l'appartenance au corps judiciaire.

#### D - ORGANISER LES RENCONTRES JUSTICE/ENTREPRISES

Le face à face pathétique de responsables du monde judiciaire ou de l'entreprise amenés à se rencontrer dans des circonstances qui nécessitent l'indépendance ne justifie pas que cette indépendance se traduise par un « splendide isolement ».

La mobilité répond au problème du détachement par rapport à un lieu de vie, l'échange doit permettre dans toutes les instances de mieux comprendre ce que fait l'autre, les objectifs poursuivis, les moyens dont il dispose, les pratiques et méthodes qui sont les siennes. Pour n'être pas en dehors du monde, contribuer à ces rencontres pour informer, former les entreprises porte le cachet de la prévention qu'il faut encourager et développer.

La première rencontre, après enrôlement dans le cabinet du juge et en présence des parties, doit permettre de passer en revue le dossier sous l'angle des problèmes de forme, renvoyer éventuellement à la médiation, conduire au « plein procès ». Ce serait pour un plaideur l'occasion de faire radier un procès mal fondé, mal orienté, ou d'accepter une solution alternative de résolution.

Dans ce cadre, l'introduction d'une procédure pré-contentieuse, permettant de saisir un magistrat de manière contradictoire de questions concernant l'interprétation d'une clause contractuelle en dehors d'un litige, constituerait un progrès et probablement une façon de réduire le nombre des litiges grâce à la décision rendue par ce juge de l'interprétation.

L'instauration d'une capacité de désigner un « ami de la Cour » pourrait utilement éclairer la décision du juge lorsqu'une connaissance majeure lui ferait défaut sur les usages, les techniques ou règles spécifiques d'un secteur.

#### E - RÉFLÉCHIR À L'ÉVOLUTION DE L'INSTRUCTION

Ayant relevé que l'emblématique juge d'instruction est le plus notoire et le plus populaire dans notre justice, on note toutefois que son maintien est menacé par les principes généraux qui se font jour au sein de l'Union européenne. Le côté « Janus » du juge d'instruction, enquêteur (« mi-Maigret ») et juge (« mi-Salomon »), place ce magistrat dans une situation qui permet très difficilement d'instruire à charge et à décharge. Ce système, transfert de l'autorité administrative d'autrefois, fait l'objet de critiques et de pressions européennes pour sa remise en cause. Il n'a jamais existé en Grande-Bretagne, a été supprimé depuis quinze ans dans la plupart des pays européens dont l'Allemagne et l'Italie.

Il s'agit d'une fonction où l'isolement est le plus flagrant, confiée le plus souvent, malgré la lourdeur des responsabilités, à de jeunes magistrats, occupés dans ce poste pour une durée souvent inférieure (2 ans en moyenne) à celle des dossiers les plus délicats. Si nous devons persister dans l'originalité de notre système de droit, il paraît urgent qu'une réflexion dépassionnée et objective permette d'argumenter sur les apports de cette fonction, de faciliter la répartition des rôles entre l'accusation et la magistrature du Siègre.

#### F - EXPLORER LES AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DE LA SÉPARATION DU PARQUET ET DU SIÈGE

Une question aussi essentielle ne peut trouver sa réponse dans l'examen superficiel des avantages et inconvénients au sein du Conseil économique et social mais nous ne pouvons ignorer la proposition faite à l'unanimité des Premiers Présidents de Cours d'appel de séparer Parquet et Siègre, ni la position contraire prise par le Conseil supérieur de la Magistrature sans chercher à discerner les arguments qui militeraient en faveur de telle ou telle solution.

Le Conseil économique et social propose qu'une mission instruisse cette question d'avenir pour la bonne administration de la justice.

#### G - AMÉLIORER L'ORGANISATION DE LA PROFESSION D'AVOCATS

Sans pouvoir généraliser l'affirmation de l'un des auditionnés concernant la profession, il convient de prendre en considération :

- les conséquences qui résultent de la progression constante et forte de la profession (1 500 à 2 000 professionnels par an dont 800 à 1 000 à Paris) ;
- la représentation plurielle de la profession (le Barreau de Paris, la Conférence des Bâtonniers de province et le Conseil national des Barreaux) ;
- la diversification des modes d'exercice (collaboration, salariat, exercice en groupe) ;
- la forte progression à l'exercice individuel (+ de 40 % de la profession) à côté de cabinets concentrés comprenant plusieurs centaines d'avocats ;
- la réticence à la création de structure de regroupement et plus encore interdisciplinaire ;
- l'absence de spécialisation reconnue malgré le vaste champ de droit ;
- l'absence d'une obligation de formation continue ;
- la forte disparité des revenus ;
- la dépendance d'un grand nombre d'avocats à l'égard de l'aide juridictionnelle ;

- l'absence de transparence du traitement des problèmes disciplinaires au premier stade de la procédure ;
- l'introduction progressive de tarification selon le mode des « *success fees* » (honoraires liés au résultat),

tous phénomènes qui ont contribué à perturber l'image globale de la profession en dépit des besoins constants et grandissants des entreprises et du public.

Toutes ces réflexions, ajoutées aux tensions stériles entre les hommes du droit et les hommes du chiffre et au besoin pressant de l'internationalisation, conduisent à inviter à une réflexion approfondie sur l'organisation de la profession et la préservation nécessaire de l'image de cette profession au-delà des dispositions qui viennent d'être votées en février 2004.

#### H - ÉLABORER DES RECUEILS DES PRINCIPES DÉONTOLOGIQUES ET DES DÉCISIONS JURISPRUDENTIELLES

Le Conseil économique et social, dans le prolongement des dispositions constitutionnelles et législatives fixant les droits et obligations des magistrats, souhaite l'ouverture d'un dialogue avec les syndicats de magistrats afin que des dispositions soient prises, sous l'égide du Conseil Supérieur de la Magistrature qui a déjà engagé une réflexion et pris des décisions dans cet esprit. Un repère de cette nature est inutile pour la quasi totalité des magistrats empreints d'une haute moralité, parce qu'un recueil de principes déontologiques négocié est conçu comme une esthétique du dedans, néanmoins nécessaire parce qu'elle est analysée comme un réconfort du dehors.

De plus, le Conseil économique et social recommande l'élaboration d'un recueil des décisions jurisprudentielles en matière de disciplinaire prises par le Conseil supérieur de la magistrature et le Conseil d'Etat.

Enfin, Il conviendrait de doter les juridictions composées de magistrats non-professionnels de références proches mais adaptées.

#### I - PRÉVOIR L'ÉVOLUTION DES TRIBUNAUX DE COMMERCE

Si M. le Garde des Sceaux a mis en 2003 un terme à la réforme des tribunaux de commerce engagée en 2000, il conviendrait de mettre en œuvre les principes, dont l'étude est aujourd'hui confiée à un groupe de travail, qui permettront de conforter l'indépendance et la compétence des magistrats consulaires.

### **VIII - DONNER LES MOYENS ET ÉVALUER LES RESULTATS DU SERVICE DE JUSTICE**

Le Conseil économique et social, comme il a déjà été mentionné ci-dessus, considère qu'il serait primordial, dans un souci d'efficacité, de mettre à la disposition des juges dans tous les tribunaux, des bases de données performantes donnant accès à toute la jurisprudence, nationale et communautaire. Pour que cette base puisse être convenablement alimentée, il conviendrait de veiller à la qualité des enregistrements des données, qualité qui laisse actuellement beaucoup à désirer semble-t-il.

Il serait également essentiel de bâtir un outil permettant d'estimer les coûts des diverses procédures, à leurs différents stades et de mettre en œuvre une étude approfondie sur le coût d'une procédure.

Il convient de passer du stade de l'indigence à celui de la connaissance, de l'utile et du cohérent en construisant et en développant un système d'information statistique performant, descriptif des activités, des résultats obtenus, des moyens utilisés, des délais par nature de contentieux...

Ces données, une fois dûment validées, pourraient faire l'objet d'une publication sous l'autorité des chefs de Cours.

Pour mettre en œuvre l'ensemble de ces dispositions, le Conseil économique et social estime que la poursuite de l'effort budgétaire déjà engagé dans le cadre de la loi sur la modernisation de la justice est nécessaire et justifiée.

## CONCLUSION

Nos travaux ont permis de comprendre à quel point la Justice est une construction éternelle. Cette construction est aussi fragile et imparfaite que ses bases, c'est à dire les aspirations des hommes à la justice, qui sont immuables et solides.

Sur un sujet trop sensible pour être abordé, nous avons souhaité apporter une pierre nouvelle à la consolidation de l'édifice, faire reconnaître qu'au delà de la connotation négative d'un néologisme « judiciarisation » se construisait, s'il n'y avait excès ou abus, un véritable progrès de la démocratie.

Lorsque la judiciarisation est le dernier recours face aux seuls rapports de force économiques et sociaux, elle est souhaitable, même si elle traduit parfois une montée des individualismes.

La sage régulation des conflits qu'engendre nécessairement la vie en société suppose un Droit tuteur, une procédure guide, une institution apte à utiliser le glaive mais aussi à peser les âmes.

Cette judiciarisation peut toutefois devenir malsaine quand les procédures sont dévoyées, quand la justice est instrumentalisée et finit par servir, sur des fonds publics, des intérêts purement privés.

Nous avons réalisé combien un système de droit et son organisation pouvait être un atout dans la compétition internationale, dans l'attractivité d'un pays, lorsqu'il accompagne le développement de l'activité en se portant garant de la sécurité et de la confiance dans les échanges mais aussi lorsqu'il arbitre et tranche avec équité les conflits, lorsqu'il sanctionne les comportements irresponsables ou manifestement excessifs qui troublent le libre jeu de la concurrence et perturbent les équilibres sociaux.

Mais que serait une institution sans les hommes et les femmes qui l'animent, qui la servent avec sérénité et compétence dans l'intérêt de ceux qui tant attendent d'elle ?

Reconnus comme les défenseurs des faibles, gardiens de la plus haute des vertus, ils seraient en droit de percevoir dans le regard d'autrui les signes de la reconnaissance.

Assortie de l'impartialité, de la responsabilité, cette reconnaissance confèrerait à l'autorité judiciaire la dimension et la responsabilité d'un pouvoir indépendant.



**Deuxième partie**  
**Déclarations des groupes**



### **Groupe de l'agriculture**

Notre environnement économique évolue rapidement, sous l'influence des acteurs eux-mêmes, mais aussi en raison de la mondialisation des relations, conduisant le système judiciaire à s'immiscer dans les conflits économiques. Cette situation n'est pas sans poser plusieurs questions :

- ◆ La première de ces questions est technique.

La justice dispose-t-elle de la formation, des moyens humains et financiers pour exercer ces nouvelles responsabilités qui lui incombent ? Quel sera l'impact d'une décision rendue avec retard ou de façon décalée par rapport à son objet, dans un domaine économique ou financier où la rapidité est un atout majeur ?

- ◆ Une autre question revêt un caractère beaucoup plus fondamental :

Il s'agit de la place de la justice dans l'économie. Est-ce le rôle de la justice que de décider du modèle économique voulu par notre société ? Car enfin, jugement après jugement, l'élaboration progressive de la jurisprudence va amener le juge, sans aucun contrôle politique, sans responsabilité non plus, à décider des grandes tendances qui vont gouverner les relations entre les acteurs économiques. Est-ce cela que nous recherchons ?

- ◆ Tous les partenaires économiques disposent-ils des moyens d'affronter cette judiciarisation croissante ?

Les acteurs économiques ne sont pas égaux face à ces dérives. Les plus faibles d'entre eux et les plus fragiles économiquement, devront apprendre à s'adapter. Ils devront se mettre en situation d'intégrer cette nouvelle donne dans leur stratégie afin de ne pas en être victime. Le monde agricole, composé de nombreux petits acteurs, en mesure toute l'importance, alors même que ses partenaires économiques sont le plus souvent fortement concentrés. Il y a là une source évidente de déséquilibre qui, à maintes occasions, s'est révélée pernicieuse et qui ne pourra trouver un contrepoids que par le biais des organisations professionnelles.

- ◆ Est-ce que l'on n'atteint pas ici les limites de la judiciarisation en amenant le pouvoir judiciaire à se substituer au pouvoir politique mais aussi aux acteurs économiques eux-mêmes ? Le rôle des corps intermédiaires dans la régulation de l'économie pourrait alors être sérieusement remis en question. A titre d'exemple regrettable, citons l'amende, infligée en avril 2003, sous pression de l'Union européenne, à des syndicats agricoles français pour avoir pris des mesures régulatrices du marché de la viande bovine au moment où le secteur affrontait l'une des plus graves crises de son histoire.

◆ Enfin, il nous paraît particulièrement important de réfléchir à l'organisation de notre système judiciaire. L'accent devrait être mis sur les modes alternatifs de résolution des conflits. La médiation, par exemple, est particulièrement développée dans le secteur agricole et rural. Cela présente un avantage en terme de coût et en terme de temps, voire un avantage psychologique dans la mesure où elle conduit à la recherche d'un compromis qui satisfasse les parties.

Le système judiciaire doit accompagner le développement de l'activité économique en gagnant la confiance de ses différents acteurs.

### **Groupe de l'artisanat**

Face à la présence de zones de « non droit » et de zones pas encore couvertes par le droit liées au développement de nouvelles activités, la judiciarisation de l'économie est source de démocratie grâce à la protection des plus faibles. Par contre, l'immixtion judiciaire dans les entreprises pose un certain nombre de problèmes économiques et financiers dans la mesure où les plus petites d'entre elles n'ont pas forcément la capacité d'anticiper et de traiter les conflits ou d'intégrer le droit dans leur stratégie.

Cet avis a le mérite d'apporter un certain nombre de réponses pragmatiques visant à atténuer les craintes vis à vis de la justice tout en permettant aux entreprises de trouver les voies et moyens d'une meilleure sécurité juridique.

Au-delà de la nécessaire prise en compte d'une éducation au droit dès le plus jeune âge, c'est effectivement tout au long de la vie que cette matière doit être abordée tant les confrontations avec les hommes de loi jalonnent les actes de la vie quotidienne. Sur ce point, le groupe de l'artisanat apprécie le renvoi dans l'avis aux missions des chambres consulaires et des organisations professionnelles mais aussi à l'ensemble des dispositifs de prévention.

S'agissant de la création de centres d'information sur la prévention des difficultés, il faut savoir qu'il s'inscrit parfaitement dans l'esprit des réformes en cours sur le droit des faillites ou de sauvegarde des entreprises. A titre d'exemple la possibilité de renégocier les dettes dans un cadre juridique sécurisé, prévue par ces réformes, va permettre d'éviter 50 % des dépôts de bilan, grâce aux actions en amont dès les premiers retards de paiement.

Quant au développement des modes alternatifs de résolution des conflits, il doit être encouragé dans la mesure où l'arbitrage en matière de consommation, la médiation dans le domaine commercial ou l'extension des procédures de transactions ont fait preuve de leur utilité sur le plan financier et humain, en évitant le renvoi au pénal.

Concernant l'insécurité juridique, le groupe de l'artisanat partage l'idée de réduction de la production des lois et d'amélioration de la qualité de leur rédaction. Toutefois, il aurait souhaité que l'avis aille plus loin que la clarification de leurs objectifs et leur évaluation périodique. Il regrette

notamment que le principe de toilettage des textes et de sécurisation juridique des amendements apportés en séance de discussion des lois ait été abandonné. L'incompréhension et le manque de cohérence qui en découlent sont non seulement sources de conflits mais parfois aussi créateurs de jurisprudence pas toujours justifiée.

Compte tenu de l'internationalisation des affaires économiques, la recherche de coopération avec les pays s'impose. Elle devrait effectivement se traduire par l'établissement de normes minimales, la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, un renforcement des réseaux d'entraide.

Par contre, sur la proposition de spécialisation des tribunaux par grands pôles, si elle se conçoit pour améliorer l'image du fonctionnement de la justice en France et pour les « gros dossiers complexes », elle ne peut en aucun cas être avancée pour les affaires courantes qui doivent demeurer au plus près des justiciables pour des raisons de coût et d'attachement au principe de proximité.

L'ensemble de cet avis allant dans le sens d'une meilleure régulation de notre système judiciaire, le groupe de l'artisanat l'a voté favorablement.

### **Groupe des associations**

Le groupe des associations regrette que son faible effectif ne lui ait pas permis de participer aux travaux de la section ayant eu en charge la saisine relative à la « judiciarisation » de l'économie. En effet, le sujet intéresse à double titre les associations en France comme en Europe, en tant que regroupements d'usagers, d'un part et en tant que productrices de biens et de services, d'autre part.

La judiciarisation de l'économie pose, peut-être plus que dans d'autres secteurs, des problèmes dans l'économie de services et surtout des services aux personnes, dans lesquels les associations sont très présentes. En ce domaine, la production du service dépend souvent de plusieurs intervenants (associations et pouvoirs publics par exemple) et suppose une dimension relationnelle forte, qui rend l'évaluation de la qualité plus dépendante de l'attitude de chacun des protagonistes. En outre, le destinataire du service n'est pas forcément le payeur qui peut être un tiers public ou privé. Ces différents intervenants peuvent se porter juges de la qualité du service rendu mais leurs opinions ne concordent pas forcément et peuvent même être contradictoires.

La judiciarisation de l'économie concerne aussi les associations dans leur nature de groupements d'usagers, de consommateurs, d'ayant-droits... acquéreurs ou bénéficiaires des produits et services rendus mais aussi de populations et regroupements de citoyens face aux effets induits de l'activité d'entreprises, par exemple en matière de défense de l'environnement. C'est aussi la forme associative que choisissent en général ceux qui se sentent victimes d'actes et de décisions d'entreprises, par exemple les regroupements de défense des petits actionnaires.

Le projet d'avis aborde spécifiquement le rôle des associations :

- à propos des maisons de la justice et du droit où il prévoit la présence permanente d'associations de consommateurs. Cette disposition peut-être étendue à d'autres associations, par exemple d'aide aux victimes ;
- à propos de l'aide juridictionnelle où il souhaite que puissent être ouvertes les possibilités de recours à cette aide aux associations défendant une cause d'intérêt général, lorsqu'elles ne disposent pas de ressources suffisantes. Cela est positif mais la notion d'intérêt général est subjective et évolutive. Qui en décidera la reconnaissance ?
- à propos enfin des préconisations pour faciliter le « droit à agir », en indiquant qu'il conviendrait d'examiner l'efficacité des actions collectives existant en droit français avant d'ouvrir plus largement la possibilité à un groupement formalisé défendant des intérêts communs d'engager une action en justice. Rappelons à ce propos que la compétence à ester en justice pour les associations est clairement définie dans les textes et que les conditions actuellement retenues nous semblent satisfaisantes.

Au delà, les associations sont évidemment concernées par l'ensemble du projet d'avis et nous souhaitons que les particularités associatives soient prises en considération dans les conditions d'application des mesures proposées.

Celles-ci nous semblent pour certaines relever d'une logique de bon sens, telles celles visant à faciliter le droit à agir, à affirmer et renforcer l'instruction civique dans l'éducation initiale, à avancer sur la voie de la spécialisation des tribunaux, à modérer la médiatisation en recherchant un meilleur équilibre entre liberté d'information et présomption d'innocence... Par contre, d'autres propositions appellent de sérieuses réserves de notre part, telles celles d'un examen annuel à l'Assemblée nationale des lois n'ayant pas eu de décret d'application, ce qui nous semble malheureusement inapplicable, ou de certaines préconisations pour développer des modes alternatifs de résolutions des conflits qui pourraient conduire à une certaine privatisation de la justice, encore et surtout des propositions de mesures tendant à restreindre l'acceptabilité des plaintes, notamment en instaurant la suprématie du Parquet sur la compétence du juge. Il s'agit aussi de certaines hors sujet telles la réforme de la profession d'avocat, ou encore d'indications erronées tel le délai de garde à vue prévu par le projet gouvernemental.

Enfin, s'agissant des causes de la judiciarisation ; même s'il ne doit pas s'agir de montrer du doigt ceux qui se plaignent des fautes en oubliant ceux qui les commettent, il importe que l'on ait le courage d'accepter que l'on n'a pas toujours les moyens nécessaires à la réalisation de la politique annoncée, au lieu de faire rêver les gens sur le zéro risque, le zéro défaut, ce qui entraîne des plaintes considérées ensuite comme abusives et généralise l'irresponsabilité. Le groupe s'est abstenu.

### **Groupe de la CFDT**

Cet avis fournit un cadre d'analyse et une panoplie de propositions significatives en vue d'améliorer le fonctionnement de notre système judiciaire.

Le cœur de ce travail s'est cependant déplacé car, au départ, il s'agissait principalement d'approfondir le lien entre le droit et l'économie. En effet, le développement des contrats dans les relations privées et commerciales, les réglementations communautaires relevant notamment du droit à la concurrence, les normalisations internationales, la tendance à l'extra-territorialité de la puissance mondiale dominante, auraient pu servir de cadre à une réflexion approfondie sur ce thème et à des propositions du Conseil économique et social.

L'approche finalement retenue est différente. Elle se polarise sur le fonctionnement de notre système judiciaire et en particulier sur les risques d'une pénalisation excessive.

A ce propos, la loi « portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité » adoptée par le Parlement le 11 février 2004 conduit à un bouleversement du dispositif pénal français. Pour la CFDT, elle rompt l'équilibre précédemment trouvé entre liberté et sécurité. Elle comporte des risques sérieux d'atteinte aux libertés individuelles, que l'on songe à l'allongement de la garde à vue, au recours tardif à un avocat, aux possibilités de perquisition la nuit ou encore à la création d'un nouveau fichier pouvant inclure des inscriptions pour une durée de 30 ans y compris pour des personnes amnistiées.

A côté de ce contexte légal inédit, l'avis comporte de nombreuses propositions concrètes d'amélioration du système judiciaire. Elles visent à faciliter l'accès du citoyen à la justice, à réduire l'insécurité juridique, à s'inspirer du modèle européen du procès équitable, à améliorer le service public rendu aux justiciables, à favoriser l'émergence d'une communauté judiciaire et à en renforcer les moyens.

Ses diverses propositions rencontrent l'agrément de la CFDT qui a voté l'avis.

### **Groupe de la CFE-CGC**

Le groupe de la CFE-CGC félicite le rapporteur pour la qualité de l'avis et le caractère pédagogique du rapport.

L'accès à la justice apparaît aujourd'hui comme un recours naturel pour tous les citoyens.

Il s'ensuit un accroissement du recours à la judiciarisation qui traduit parfois une montée des exigences individuelles au détriment de la solidarité.

Parallèlement, la mondialisation a incité via la libre concurrence, à la déréglementation et elle a aussi exercé une influence sur l'évolution du droit et des pratiques juridiques internes.

Aujourd'hui, le juge a un rôle économique accru puisque de nombreux domaines du droit utilisent des concepts ou des mécanismes économiques : le droit de la concurrence, le droit boursier, le droit bancaire.

De plus, toute décision de justice a des conséquences économiques.

C'est le cas par exemple, quand la chambre sociale détermine la responsabilité de l'employeur en cas de maladie professionnelle causée par l'amiante.

Pour le groupe de la CFE-CGC, l'accès à la justice doit être facilité, ce qui suppose une meilleure connaissance du droit et du fonctionnement de la justice. Ceci passe par la mise en œuvre d'une formation dans tous les lieux d'éducation mais aussi dans les entreprises.

Une amélioration de l'efficacité de la justice peut s'acquérir comme le souligne le rapporteur, par la recherche au sein de l'Union européenne d'une coopération judiciaire. Cette coopération est susceptible de fournir dans certains domaines de meilleures pratiques adaptables dans notre système de droit.

La justice est un sujet brûlant qui déchaîne les passions. Pour preuve, l'accueil dont a fait l'objet la loi Perben II sur l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

Certaines mesures sont particulièrement décriées.

Ainsi, la période de garde à vue pourra durer jusqu'à 96 heures dans certaines circonstances et, le moment où l'avocat rencontrera pour la première fois son client pourra être repoussé à trois jours. Cette durée encouragera les prévenus à opter pour le « plaider coupable ».

Cette mesure votée pour désengorger les tribunaux a été modifiée par le Conseil Constitutionnel afin d'éviter que le rôle des juges se limite à homologuer publiquement la sanction prononcée par le procureur.

Il faut que le président du tribunal de grande instance ait toute liberté d'appréciation pour homologuer ou refuser la peine proposée par le procureur et acceptée par le prévenu. L'audience devenant publique et non à huis clos comme

le prévoyait la loi, le juge ne devrait donc pas se contenter d'avoir un rôle d'enregistrement d'une solution négociée entre le procureur et l'auteur du délit.

Aussi, le groupe de la CFE-CGC adhère aux propositions du rapporteur qui conduisent à éviter que le juge soit cantonné à l'homologation de la peine négociée et que la défense puisse faire valoir ses moyens et arguments.

Le « plaider coupable » et l'absence de condamnation en échange de certaines obligations, comme rembourser les victimes, risque malheureusement de faciliter l'enterrement d'affaires politiques et financières.

L'utilisation des places offshore et des paradis bancaires ont pour points communs de figurer dans les récents scandales financiers nationaux et internationaux. Ils paralysent les enquêtes des pôles financiers de justice qui ne disposent que de faibles moyens.

Comment les Etats peuvent-ils exiger une sincérité des comptes quand, dans le même temps, ils laissent prospérer les grands paradis fiscaux ?

Les régulateurs publics jouent-ils correctement leur rôle de gendarme des marchés financiers ?

Ces questions sont essentielles au regard des « affaires » mises en lumière récemment et les réponses conditionnent l'efficacité de la justice financière.

N'oublions pas que ces scandales menacent non seulement directement l'emploi des salariés concernés, mais également l'épargne de tous ceux qui ont placés leurs économies dans ces entreprises.

Enfin, le groupe de la CFE-CGC souhaite une amélioration très sensible du fonctionnement de l'ensemble des procédures. Il faut en particulier que les décisions de justice soient prises plus rapidement.

Le groupe de la CFE-CGC a voté l'avis.

### **Groupe de la CFTC**

Le rapport et l'avis, dont la portée dépasse sensiblement le seul champ de l'économie, aident néanmoins à mieux cerner les exigences d'une justice de qualité.

La judiciarisation, terme à connotation péjorative, fait référence à un recours de plus en plus fréquent, et, quelquefois même quelque peu abusif, à la justice, alors que certains problèmes pourraient trouver leur solution par l'arbitrage ou le compromis.

Le développement des échanges, la multiplication des directives, lois et règlements font du juge le gardien du « *bon droit* » et de la juste contrepartie. Face à cette évolution, il ne faudrait pas qu'un glissement du pénal vers le civil permette aux seuls puissants et fortunés de mieux défendre leurs intérêts.

Pour cette raison, le groupe de la CFTC approuve la préconisation de poursuivre le développement de l'aide juridictionnelle et, en particulier, de faciliter l'accès à cette aide lorsqu'il y a disproportion entre le coût de la

procédure et les moyens du plaignant. Une bonne justice passe par un accès égal pour tous à cette justice et par une application rapide de ses décisions.

Le groupe de la CFTC préconise d'améliorer la qualité des lois, notamment par une écriture plus lisible, et en donnant au Conseil d'Etat un délai suffisant pour émettre propositions et avis. Le renvoi pour avis devant les Cours est, à son sens, une procédure visant à faciliter l'harmonisation des jurisprudences des juridictions inférieures.

Ces deux mesures devraient permettre d'améliorer l'indispensable sécurité juridique. D'ailleurs, dans le cadre de la construction européenne, le renvoi préjudiciel a contribué à une certaine harmonisation des législations nationales.

Concernant la limitation de la rétroactivité de certaines décisions juridictionnelles, le groupe de la CFTC considère que cette rétroactivité doit être maintenue afin que tous puissent bénéficier des mêmes règles de droit. Toutefois, le tribunal, en cas de conséquences graves, devrait pouvoir se tourner vers le législateur pour demander une loi interprétative.

Le groupe de la CFTC suggère, par ailleurs, que la Cour de Cassation tire, au cours d'une procédure annuelle, les conséquences de ce qui a été jugé.

Il a toujours été favorable à des procédures d'arbitrage, en vue d'accélérer la solution des conflits, pour peu que toutes les parties bénéficient d'une assistance juridique pertinente, que le droit et son but ne soient pas dénaturés et que cette procédure ne soit pas l'occasion d'alourdir les frais de justice.

Pour la CFTC, la violation du droit de représentation des salariés dans l'entreprise doit rester dans le champ du pénal.

Organiser des rencontres justice/entreprise paraît judicieux, pour peu que la dimension sociale, au sein de l'entreprise, ne soit pas oubliée.

Il paraît également souhaitable d'organiser l'éducation de la justice à tous les niveaux, tant au niveau de l'éducation scolaire et universitaire, qu'à celui du monde économique, et tant pour les entreprises petites et moyennes, qui ne bénéficient pas toujours d'un service juridique étoffé, que pour l'ensemble des personnes qui se sentent étrangères au monde judiciaire.

Enfin, le groupe de la CFTC réaffirme que les premières qualités d'un procès équitable devraient être la célérité et l'effectivité de la décision de justice. De ce fait, une bonne administration de la justice pourrait restreindre le nombre de pourvois en Cassation par une procédure de filtrage ne revêtant pas, néanmoins, un caractère abusif.

Le groupe de la CFTC souscrit à l'idée de re-civiliser les procédures pénales, pour éviter des procédés ne respectant pas la dignité des personnes.

Le groupe de la CFTC a voté l'avis.

### **Groupe de la CGT**

La judiciarisation recouvre tout à la fois la montée en puissance du droit, de la justice et du juge dans nos sociétés, conjuguant ainsi plusieurs phénomènes, alors même que le droit lui-même est en profonde évolution. On peut parler de judiciarisation de l'économie dans le cadre d'une judiciarisation plus large de notre société. Parce que les modes d'intervention publique ont évolué, c'est le juge qui devient le régulateur du marché. Il intervient dans le domaine des contrats, mais il peut aussi être amené à intervenir dans la gestion de l'entreprise, dans la mise en cause de la responsabilité des dirigeants, dans la prévention des difficultés... alors même que l'incidence du droit communautaire est de plus en plus forte, introduisant notamment des concepts tels la pertinence et la proportionnalité de la décision par rapport à l'objectif poursuivi.

Alors que les éléments de contexte économique de mondialisation des échanges et de globalisation financière, de déréglementation et en même temps du besoin de règles nouvelles, contraignantes, donc de juges au niveau international, de multiplication des autorités indépendantes, d'application directe du droit communautaire en droit national sont essentiels, l'avis lui se centre sur l'organisation de la justice, sur le rôle du juge et la place du justiciable en France, traitant plus particulièrement de l'ordre judiciaire. Les préconisations peuvent donc avoir des incidences largement au-delà de la judiciarisation de l'économie. Le droit social n'est pas abordé directement alors qu'un certain nombre de propositions, si elles étaient retenues, ne seraient pas sans conséquence sur les droits des salariés.

Ces deux séries d'observations nous conduisent donc à émettre, par rapport aux propositions formulées, certaines réserves. Réserves quand pour réduire l'insécurité juridique, le rapporteur nous propose de développer le renvoi pour avis devant la Cour de Cassation. Cette procédure nie le rôle du juge et le processus de construction de la jurisprudence, de même que la proposition de limiter les effets de la rétroactivité de certaines décisions jurisprudentielles. Réserves aussi concernant le pouvoir donné au juge d'une médiation imposée aux parties, la saisine d'un juge unique, alors que la collégialité devrait être une garantie pour le justiciable, la réorganisation des constitutions de partie civile et la limitation du nombre des incriminations pénales. Il y a là des enjeux sociaux importants dépassant le cadre de la saisine. Si l'on observe ce qui se passe avec ce qu'il est courant d'appeler les « patrons voyous » nous aurions plutôt besoin d'outils juridiques et d'incriminations au-delà du cadre national. La question de la responsabilité sociale des entreprises ne peut être occultée. De ce point de vue, l'abus de bien social est pour la CGT une infraction importante et conserve toute sa pertinence dans notre système juridique. Instaurer un contrôle des recours au sein de la Cour d'appel, à l'instar de ce qui se fait déjà en Cassation, ne va pas dans le sens d'une meilleure justice. De plus, le principe des deux niveaux de jugement est fondamental, il ne serait plus respecté.

La CGT s'étonne des quelques lignes sur les tribunaux de commerce qui auraient de notre point de vue mérité un traitement plus substantiel. Elle est en revanche d'accord avec les propositions visant à faciliter l'accès à la justice notamment en développant l'information et le conseil, en ouvrant plus largement l'aide juridictionnelle, en facilitant le droit à agir. Nous ne pouvons qu'être favorables aussi à l'amélioration du fonctionnement des procédures en renforçant les décisions de première instance par l'exécution provisoire, en confortant les procédures civiles et de façon générale en améliorant le service public rendu aux justiciables notamment en donnant les moyens budgétaires indispensables. En conséquence, le groupe de la CGT s'est abstenu.

### **Groupe de la CGT-FO**

Le groupe FO salue un rapport d'une très grande qualité qui permet de mieux comprendre la conception française de la justice, son fonctionnement et le rôle de ses différents acteurs.

Force ouvrière est favorable à ce que, dès l'école, des notions basiques de droit, mais aussi le fonctionnement de la justice soient enseignés à nos jeunes enfants. L'éducation à la justice doit aussi franchir les portes de l'entreprise. Dans une société démocratique, il est nécessaire que le plus grand nombre soit en mesure de connaître ses droits et les moyens de les faire respecter.

La présence de plus en plus large du droit dans la vie courante et des entreprises est devenu une réalité palpable. La mondialisation, la contractualisation, l'ouverture des marchés, ont rendu obligatoire l'intervention du législateur, parfois même à la demande des acteurs économiques. Il ne faut donc pas s'étonner d'une certaine judiciarisation de l'économie.

Y a-t-il pour autant une intervention excessive du juge dans le domaine économique ? Le groupe FO n'en est pas convaincu.

Il peut y avoir quelquefois instrumentalisation de la justice, notamment dans les affaires de concurrence et s'il en résulte une augmentation exagérée des saisines et un alourdissement des procédures, il est peut être nécessaire de proposer des modifications et des adaptations du fonctionnement de la justice.

S'il partage en partie les propositions du projet d'avis, le groupe Force ouvrière émet des réserves sur certaines d'entre elles.

Eviter les effets rétroactifs des revirements de jurisprudence : cela reviendrait à donner aux juridictions suprêmes un rôle normatif et dépouillerait les juridictions de premier ressort de leur pouvoir d'appréciation sur le fond.

Sur le juge unique : le droit d'être jugé par la collégialité constitue un droit absolu à valeur constitutionnelle. Pour Force ouvrière, la collégialité est un élément important de l'impartialité des tribunaux et il convient donc d'être particulièrement réservé sur l'élargissement du recours au juge unique, y compris, pour des affaires qui peuvent apparaître mineures.

La recommandation de recourir plus largement au référé peut conduire à des effets pervers, comme l'insécurité juridique. Les dispositions actuelles du Code civil, interprétées par la jurisprudence, permettent déjà d'accorder le bénéfice de mesures provisoires. Mais la Cour de Cassation a dénié aux ordonnances de référé l'autorité de la chose jugée, le juge du fond peut toujours remettre en cause ce qui a été jugé en référé.

Sur le plaider coupable : Force ouvrière condamne fermement l'instauration du plaider coupable. Il est en effet choquant que la culpabilité et la sanction pénale puissent faire l'objet d'une négociation. Ce principe de « *justice négociée* » est inacceptable. En outre, le ministère public ne peut à la fois avoir pour missions d'établir les infractions, faire reconnaître les culpabilités, et prononcer les peines.

En réalité, la procédure du plaider coupable a été mise en place pour désengorger les tribunaux, accélérer les procédures, réduire les coûts de fonctionnement.

Pour Force ouvrière, si l'on souhaite accélérer le déroulement des procédures, il faut donner à la justice les moyens humains et matériels de travailler correctement.

Sur le code de déontologie : pour FO, le statut de la magistrature définit de manière très précise les obligations des magistrats. Tout texte supplémentaire contribuerait à l'inflation législative. Par contre, le groupe est favorable à ce qu'un recueil des décisions en matière disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature et du Conseil d'Etat soit édité.

Compte tenu du sort favorable réservé aux amendements qu'il avait déposés, le groupe Force ouvrière s'est prononcé en faveur de l'avis.

### **Groupe de la coopération**

La Justice est en construction éternelle. En effet comme valeur, elle est absolue : comment l'atteindre ? Comme institution, elle est relative : comment l'améliorer ? L'autorité judiciaire, même limitée à sa dimension économique et financière, est en passe de ne plus être en mesure de jouer pleinement son rôle : encombrement des prétoires, isolement du juge, utilisation du service public au profit d'intérêts privés, forte proportion de non-lieu, complexité de la loi. La France est un pays de droit mais il lui faut se garder de l'effet déviant de la loi, comme de ceux du procédural. Les arcanes affaiblissent la justice et ralentissent son cours. Si la judiciarisation contribue à des reculs de la vie démocratique, elle peut aussi contribuer à des progrès tels que l'indemnisation, l'accès au droit et à un procès équitable. On peut s'interroger sur les implications de la réduction drastique du nombre d'incriminations en droit pénal qui conférerait un rôle d'interprétation très important au juge. L'avis vise à améliorer la sécurité juridique dont ont besoin les entreprises pour agir dans un monde ouvert et concurrentiel. Les entreprises peuvent aussi en interne renforcer les fonctions de

prévention et d'optimisation des décisions exercées par les directions des affaires juridiques.

Le législateur doit veiller à la qualité des lois et à l'évaluation de leur impact et rappeler aux pouvoirs publics qu'un effort constant de codification s'impose comme s'impose le renforcement des décisions de première instance. La responsabilisation du juge de première instance qui en découle rend d'autant plus essentielle la formation qu'il reçoit et qui concerne également le recrutement par voie externe. Les magistrats pour être indépendants doivent se garder de l'isolement et savoir avec modestie utiliser le renvoi pour avis. Par-là la saisine d'un juge unique, qui est de nature à accélérer le traitement des dossiers a une chance de voir sa pratique étendue. Il est opportun de rappeler aux opérateurs économiques que, puisque le contrat est la loi des parties et que la régulation par le procès conserve toute sa valeur, le recours à la justice n'est pas la seule façon de départager : il existe également la conciliation et l'arbitrage. Enfin un espace européen de justice se met en place.

Certes l'avis peut souhaiter l'adoption, par les avocats, les médias et les magistrats, de codes de déontologie. Il peut confier à l'école, à laquelle on renvoie beaucoup de choses ces temps-ci, le soin d'éclairer la jeunesse sur le rôle de la justice. Mais le bon exercice de la justice dans un pays passe déjà par la considération que le justiciable lui porte et par les moyens matériels qui lui sont accordés. Il passe aussi par l'existence d'une morale des affaires. Lorsque les consciences ne s'alimentent plus qu'aux fluctuations de la cote en Bourse, le risque de dérive est grand. Ce n'est pas la voie qu'ont choisie les coopératives.

Si l'économie se judiciarise, c'est que se perdent des valeurs et qu'en dernier ressort il n'est plus que celles incarnées par la justice comme recours. Aussi le rapporteur fait bien d'adresser ses recommandations à tous les acteurs. Elles devraient permettre, comme Blaise Pascal le souhaitait déjà, « à la justice d'être forte et à la force d'être juste ».

### **Groupe des entreprises publiques**

Le groupe des entreprises publiques remercie le rapporteur pour le travail accompli et le félicite aussi pour le résultat de cette forte implication qui apparaît d'évidence dans un rapport clair et exhaustif.

Notre groupe souscrit à toutes les voies d'amélioration de notre droit, qu'il s'agisse de règles de procédure ou de fond, proposées dans le texte.

Nous souhaitons souligner l'intérêt tout particulier de trois des axes autour desquels s'ordonnent plusieurs de ces propositions d'amélioration.

Le premier est celui de la sécurité juridique des acteurs économiques et financiers.

La proposition de limiter les effets de la rétroactivité de certaines décisions est en ce sens particulièrement importante. Il est en effet difficile de voir le juge, par un revirement de sa jurisprudence, déclarer illégales certaines décisions

plusieurs années après qu'elles aient été prises dans des conditions juridiques correctes.

Le thème des délais et de la rapidité des décisions de justice que soutiennent plusieurs propositions est également un sujet d'intérêt majeur. La durée trop longue des procédures a un coût et en tout premier lieu pour l'institution judiciaire qui y perd beaucoup en crédibilité.

Les propositions de développer les modes alternatifs de résolutions des conflits répondent tout à fait à ces besoins, qu'il s'agisse :

- de donner pouvoir au juge de 1<sup>ère</sup> instance de renvoyer les parties très rapidement, au tout début des litiges, à une procédure alternative conduite par des personnes qu'il désigne ;
- d'autoriser l'arbitrage de manière plus large à l'instar de ce que les grandes entreprises utilisent très largement dans le domaine international ;
- ou enfin de généraliser, pour les collectivités territoriales et les administrations, des procédures de transactions.

Ces mesures peuvent s'inscrire également dans le troisième axe qui guide les propositions : l'efficacité de l'institution judiciaire. Cette forme de spécialisation, génératrice de plus d'efficacité, fait l'objet d'une autre proposition qui est de développer raisonnablement la spécialisation des tribunaux. Ici encore une telle mesure serait certainement une voie pour gagner en efficacité, tout comme celle visant à développer le renvoi pour avis devant les juridictions suprêmes.

L'ensemble de ces mesures prend acte du phénomène de « judiciarisation » de l'économie. Nous sommes entrés progressivement dans un monde où de très nombreuses causes structurelles concourent à renforcer cette « judiciarisation » et à la rendre pérenne.

Ces propositions visent à placer l'ensemble des acteurs concernés dans la situation la plus féconde pour s'y adapter.

Le groupe des entreprises publiques a voté le projet d'avis.

#### **Groupe de la mutualité**

Pour le groupe de la mutualité, le projet d'avis consacré à la judiciarisation de l'économie n'analyse guère le phénomène de judiciarisation, et surtout n'explique pas la volonté d'en limiter l'examen au domaine de l'économie. De fait, en économie libérale, moins on régule, plus la nécessité de recourir à la justice s'impose. La question centrale porte alors sur les conditions à remplir pour que le Droit et l'appareil judiciaire répondent correctement à des sollicitations croissantes. Faut-il refondre le Droit, réformer profondément le fonctionnement de l'institution judiciaire ou procéder à des mesures d'adaptation, de modernisation en augmentant les moyens de ce service public ?

Les indicateurs disponibles, les constats établis, les comparaisons internationales effectuées, font apparaître que le droit français a des qualités de clarté et de cohérence qui lui permettent de supporter les comparaisons, notamment avec le droit anglais et anglo-américain. L'appareil judiciaire, en dépit de ses insuffisances avérées, a évolué avec le temps. L'avis précise que « les magistrats sont peu préparés au nouveau rôle qui leur est confié ». Pourtant ils y sont préparés depuis l'affaire Stavisky en 1934. Plus récemment, les magistrats ont reçu, dans les pôles financiers, l'assistance de personnels issus de l'administration fiscale, de la Banque de France et de la Direction de la concurrence et de la consommation.

Le groupe de la mutualité constate donc la valeur de ce service public et la compétence de ceux qui le servent, tout en reconnaissant les difficultés qu'ils rencontrent. Il est souhaitable d'améliorer le fonctionnement d'une institution par ailleurs saine, ce que paraît souhaiter également le projet d'avis.

Les propositions du projet d'avis présentent deux caractéristiques fortes :

- elles préconisent des actions qui dépassent le champ de la saisine ;
- elles couvrent le spectre des interrogations possibles sur la sécurité juridique, les recours, les procédures, le rôle des acteurs de la communauté judiciaire, etc. Toutes les déficiences réelles ou potentielles sont examinées et des solutions adaptées sont proposées. Il apparaît que toutes ces propositions se situent au même niveau d'importance, mais que certaines sont contestables.

Ainsi, sur la question des plaintes avec constitution de partie civile, une priorité semble se dégager, en raison d'un encombrement des cabinets d'instruction par un afflux de dépôts de plaintes avec constitution de partie civile à caractère souvent dilatoire ou abusif, correspondant à une véritable instrumentalisation de la Justice. Par exception, la loi ouvre ce droit, alors qu'il revient habituellement au Parquet de mettre en mouvement l'action publique. Les statistiques citées sont éloquentes et les conséquences désastreuses pour un traitement efficace et rapide des affaires.

Il est proposé que le procureur use de son droit d'opportunité en demandant au juge de ne pas ouvrir l'information. Or, cette voie n'est pas praticable car, dans ce cas précis, le procureur ne dispose pas de ce pouvoir. Il ne peut qu'invoquer des motifs purement juridiques et techniques. Conformément à la législation, il est possible de sanctionner davantage les abus qu'on ne le fait actuellement, par des amendes. Le groupe de la mutualité rappelle que c'est par ce biais - les plaintes avec constitution de partie civile - que des scandales financiers ont été détectés et sanctionnés.

Compte tenu de ces observations, le groupe de la mutualité s'est abstenu.

### **Groupe des professions libérales**

Jamais avocat n'a ressenti autant de frustrations. Combien de questions méritent d'être soulevées à la lecture du rapport et de l'avis aussi documentés ?

Le rapporteur a procédé à une réflexion globale sur la Justice, au moins sur la Justice judiciaire. Mais personne n'a pour autant trouvé la réponse à la question qui était implicitement posée par le thème « Judicialisation de l'économie ». Cette judicialisation est-elle un bien ou un mal ? Entrave-t-elle la vie économique par les excès de contrainte qu'elle peut comporter ou est-elle, au contraire, un élément de régulation quasi déontologique de la vie économique ?

Nous avons été un peu surpris de ne trouver aucune allusion à certaines institutions comme par exemple l'autorité des marchés financiers qui est, certes, une autorité administrative, mais qui a tout de même un rôle de régulation important sous le contrôle du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation. Pas de réflexion non plus sur le rôle de la Cour des Comptes et des Cours Régionales des Comptes.

Au-delà de ces remarques, le groupe des professions libérales reconnaît les deux maux principaux de la Justice française que sont sa lenteur et son excès de médiatisation. Peut-être en revanche sommes-nous quelquefois en désaccord avec les solutions préconisées.

Tout d'abord, notre groupe appuie l'idée qu'une réflexion soit consacrée à la dualité entre les juridictions de l'ordre administratif et des juridictions de l'ordre judiciaire. Elle est à l'origine de conflits de compétence qui peuvent générer de considérables lenteurs. Des litiges administratifs qui concernent très souvent la vie économique demandent 5 à 6 ans avant d'être réglés.

Le mal essentiel est l'insuffisance du nombre de magistrats, qui n'a augmenté que de l'ordre de 50% depuis le début du XX<sup>ème</sup> siècle alors que les activités judiciaires ou para judiciaires faisaient plus que décupler, comme aussi l'insuffisance des moyens matériels dont ils disposent. Cette constatation est révélatrice de l'absence permanente de volonté des pouvoirs publics en la matière.

A cet égard, autant nous saluons les initiatives de médiation et de conciliation lorsqu'elles correspondent à une situation qui justifie qu'on y ait recours, autant nous manifestons une extrême méfiance à l'égard d'initiatives qui pourraient correspondre à une justice de seconde zone notamment lorsque ceux qui interviennent n'ont pas toujours été formés au principe fondamental du contradictoire.

Nous ne sommes pas convaincus que la réduction des délais, pour conclure, puisse apporter un remède. L'exemple de l'article 915 du Nouveau Code de Procédure Civile impose à l'appelant de conclure dans les 4 mois pour une affaire qui ne sera en général jugée qu'un an et demi ou deux ans après.

Il faut prendre garde également à la multiplication des procédures obligatoires de conciliation. Toute procédure de ce type entraîne inévitablement un retard puisqu'il s'agit d'une formalité supplémentaire alors qu'il n'est pas démontré que ces procédures conduisent à un résultat très positif.

Quant à la spécialisation, soyons attentif au fait que toute spécialisation peut faire prendre le risque de conflits de compétence et donc de lenteur. Il ne faut donc certainement pas créer des juridictions spécialisées mais former au contraire des magistrats dans les juridictions existantes qui auront une compétence particulière. Il s'agit alors d'une distribution interne au sein de la juridiction et non pas d'une attribution de compétence externe.

La médiatisation. Le rapporteur n'a pas suggéré de solution en ce qui concerne le délicat problème du secret de l'instruction.

Enfin, le pouvoir des médias est considérable. D'une part, ils disposent de la peine du pilori, c'est-à-dire de la publicité, qui sanctionne souvent plus lourdement, notamment dans le domaine économique, l'intéressé que ne le fait la sanction elle-même. L'influence sur l'opinion publique et donc inévitablement, par ricochet, sur les magistrats est extrêmement importante. Qu'on le veuille ou non, la solution tôt ou tard, qui évidemment ne sera pas pour autant une panacée, sera la création d'une déontologie obligatoire et d'une discipline, dont il faut souhaiter, qu'au moins au niveau du premier degré de juridiction, elle reste entre les mains des journalistes.

Le groupe des professions libérales tient à saluer la référence faite aux nouvelles technologies, solution aux pertes de temps considérables dues à l'inorganisation des audiences. L'informatique permet la généralisation des « rendez-vous judiciaires ». Il est surprenant que n'aient pas été pratiquées des expériences de visio conférences, spécialement en matière commerciale et économique, l'avocat depuis son cabinet pouvant, sur un écran de grande dimension, avoir à la fois le Tribunal et l'adversaire. Il s'agirait là d'un gain énorme de temps et donc d'économie pour l'utilisateur.

Le travail du rapporteur est une pierre supplémentaire sur un long chemin qui doit conduire à mieux servir « la justice objective », qui est la recherche de la vérité, mais aussi « la justice subjective », qui est la satisfaction du besoin de justice du citoyen. Le groupe des professions libérales a voté l'avis.

#### **Groupe de l'UNAF**

Le groupe de l'UNAF remercie le rapporteur, notre collègue Jean-Paul Noury, d'avoir permis au Conseil économique et social de préciser sa réflexion sur un sujet aussi sensible et d'actualité que la judiciarisation de l'économie. Le groupe de l'UNAF souligne la qualité du rapport et de l'avis qui constituent un ouvrage indispensable de vulgarisation de la connaissance des rouages de la « mécanique judiciaire ».

La Justice, qui est au cœur de notre démocratie, doit faire face aujourd'hui à des situations multiples et parfois contradictoires comme l'augmentation régulière des délits constatés, le recours croissant à la justice qui aboutit à une véritable « sociologie de la plainte », ou l'engorgement des tribunaux. La Justice doit donc évoluer, tout en continuant de respecter la garantie du droit de la défense tout au long de l'instruction. Elle ne doit pas être seulement punitive, mais également aboutir à une réintégration morale, sociale et parfois professionnelle de la personne éventuellement condamnée.

A l'instar de l'Europe économique et financière qui a su se développer, il est nécessaire, afin de construire l'Europe judiciaire, que d'importants efforts pédagogiques soient entrepris pour faire valoir la primauté du droit communautaire sur le droit français. De même, une importante simplification des textes s'impose, l'évolution de nos échanges économiques rendant obligatoire leur harmonisation au niveau européen.

Si l'information du public sur les mécanismes de la Justice doit sans cesse être améliorée, il faut cependant craindre les effets pervers d'une trop grande médiatisation des affaires pénales. Le secret de l'instruction doit être préservé, comme la présomption d'innocence. Leur non-respect peut engendrer des conséquences dramatiques, tant pour la personne privée et sa famille que pour les personnes morales, condamnées avant d'avoir été jugées.

De plus, dans une économie de marché, les échanges sont basés sur des contrats qui sont parfois sources de conflits. L'europanisation, comme la mondialisation de l'économie, ont engendré une complexité sans précédent des textes juridiques, dont beaucoup peuvent être ignorés de la sphère judiciaire. Le groupe de l'UNAF adhère donc à la préconisation de l'avis visant à la spécialisation des acteurs de justice et à leur nécessaire formation continue.

Enfin, le groupe de l'UNAF apprécie la décision récente du Conseil Constitutionnel, rendue dans le cadre de la loi sur « la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », plus connue sur le vocable de « *procédure de plaider coupable* ». En effet, rendre le jugement public permettra à la victime la reconnaissance publique de sa victimité qui est déjà en soi une forme de réparation.

Le groupe de l'UNAF s'est prononcé favorablement sur cet avis.

### **Groupe de l'UNSA**

La judiciarisation de l'économie : le titre à lui seul mais aussi la saisine imposaient de se limiter aux domaines économiques et financiers en veillant à ce que les propositions n'interfèrent pas, notamment, dans le domaine du droit social.

Le rapport, après avoir rappelé ce que devait être la justice des hommes, fait l'historique pour aboutir aux fonctions de la justice. Il décrit les spécificités de notre système de droit par comparaison avec le droit anglo-américain. C'est

un véritable cours sur le fonctionnement des structures, de la naissance du conflit à l'action en justice, des procédures envisageables jusqu'à leur jugement final et l'exécution.

Il approfondit le droit comparé en ce qui concerne le problème de la transposition des directives européennes, de l'imprégnation du droit européen qui a changé la normalisation juridique. Il réaffirme la promotion et l'amélioration de la coordination des enquêtes et des poursuites entre les autorités compétentes des Etats-membres. Il soutient la pérennisation de la mise en place d'Eurojust et le développement des coopérations judiciaires.

Il fait état des études sur les niveaux de compétence et les besoins des différents métiers du droit, éléments qui avaient été réclamés par les membres de la section.

Quant aux propositions de l'avis, elles visent à faciliter l'accès à la justice - en particulier pour les petites et moyennes entreprises qui en ont le plus besoin - à améliorer le fonctionnement de l'institution et la qualité des services rendus aux justiciables.

Par ailleurs, l'écho médiatique de certaines affaires introduit la confusion. Il arrive que les médias instrumentalisent les justiciables. Les médias ne devraient-ils pas, un jour, se doter d'un véritable code de déontologie ? L'UNSA le prône.

En analysant les tâches de chacun des acteurs (ministère, magistrats, avocats, autres auxiliaires de justice...), l'avis préconise des solutions pour combler les manques et les incohérences.

La justice est de plus en plus sollicitée et le problème de ses moyens se pose. Il faut aussi trouver les compétences nécessaires. Il convient donc de repenser la filière juridique, d'aider les professions de magistrat, d'avocat à se réformer, à se moderniser, et à pouvoir s'ouvrir au secteur économique de façon à avoir en France une profession fiable économiquement et performante.

L'avis proclame qu'il n'a pas pour objectif de faire le procès de la justice. On peut toutefois s'interroger sur la tonalité de sa conclusion très critique pour la justice.

Il dénonce les risques d'une judiciarisation de l'économie pour les entreprises. Et si on développait, dans les entreprises, le dialogue, notamment le dialogue social ? Cela conduirait, sans doute, à tempérer les recours à la justice. Cette piste n'a pas été creusée...

En dépit d'un rapport excellent, l'UNSA s'est abstenue sur l'avis.

## ANNEXE A L'AVIS

### SCRUTIN

#### Scrutin sur l'ensemble du projet d'avis

*Nombre de votants.....160*

*Ont voté pour.....124*

*Se sont abstenus.....36*

#### **Le Conseil économique et social a adopté.**

#### **Ont voté pour : 124**

*Groupe de l'agriculture* - MM. Baligand, Bastian, de Beaumesnil, de Benoist, Boisson, Bros, Cazaubon, Ducroquet, Dupuy, Ferré, Guyau, Le Fur, Marteau, Mme Méhaignerie, MM. Pinta, Rousseau, Sander.

*Groupe de l'artisanat* - Mme Bourdeaux, MM. Delmas, Gilles, Kneuss, Lardin, Perrin, Teilleux.

*Groupe de la CFDT* - Mmes Azéma, Blassel, MM. Bury, Denizard, Heyman, Mme Lasnier, MM. Lorthiois, Menecier, Moussy, Mmes Paulet, Pichenot, MM. Quintreau, Rousseau-Joguet, Vandeweeghe.

*Groupe de la CFE-CGC* - MM. Bonissol, Chaffin, Fournier, t'Kint de Roodenbeke, Sappa, Mme Viguière, M. Walter.

*Groupe de la CFTC* - MM. Deleu, Naulin, Picard, Mmes Prud'homme, Simon, M. Vivier.

*Groupe de la CGT-FO* - M. Bellot, Mme Biaggi, MM. Bouchet, Devy, Dossetto, Gamblin, Mme Hofman, M. Mayer, Mmes Monrique, Pungier, MM. Quentin, Reynaud.

*Groupe de la coopération* - Mme Attar, MM. Ducrotté, Gautier, Grave, Marquet, Segouin, Verdier.

*Groupe des entreprises privées* - MM. Boisson, Cerruti, Franck, Freidel, Gauthier, Ghigonis, Gorse, Lebrun, Leenhardt, Marcon, Noury, Pinet, Roubaud, Scherrer, Séguy, Pierre Simon, Didier Simond, Tardy, Veysset.

*Groupe des entreprises publiques* - M. Ailleret, Mme Bouzitat, MM. Brunel, Chauvineau, Gadonneix, Martinand.

*Groupe des Français établis hors de France, de l'épargne et du logement* - MM. Cariot, Dehaine, Gérard.

*Groupe de l'outre-mer* - Mme Jaubert, M. Patuère, Mme Tjibaou.

*Groupe des personnalités qualifiées* - MM. Bonnet, Brard, Mmes Braun-Hemmet, Brunet-Léchenault, MM. Cannac, Dechartre, Mme Elgey, MM. Fiterman, Gentilini, Pasty, Piazza-Alessandrini, Mme Wieviorka.

*Groupe des professions libérales* - MM. Chambonnaud, Salustro.

*Groupe de l'UNAF* - MM. Billet, Bouis, Brin, Edouard, Guimet, Laune, Mmes Lebatard, Marcihacy, Petit.

**Se sont abstenus : 36**

*Groupe de l'agriculture* – M. Szydowski.

*Groupe des associations* - MM. Bastide, Coursin, Gevrey, Mmes Mengin, Mitrani.

*Groupe de la CGT* - M. Alezard, Mmes Bressol, Crosemarie, MM. Demons, Forette, Mmes Geng, Hacquemand, MM. Larose, Manjon, Mansouri-Guilani, Masson, Rozet.

*Groupe des Français établis hors de France, de l'épargne et du logement* - Mme Rastoll.

*Groupe de la mutualité* - MM. Caniard, Chauvet, Davant, Ronat.

*Groupe des personnalités qualifiées* - MM. Bennahmias, Debout, Duharcourt, Ghayet, Motroni, Robert, Roussin, Mme Steinberg, MM. Taddei, Teulade.

*Groupe de l'UNSA* - MM. Barbarant, Martin-Chauffier, Masanet.

## **RAPPORT**

**présenté au nom de la section des finances  
par M. Jean-Paul Noury, rapporteur**



Au cours de sa réunion du 9 juillet 2002, le Bureau du Conseil économique et social a confié à la section des finances la préparation d'un rapport et d'un avis intitulés « *La "judiciarisation" de l'économie* ».

La section a désigné M. Jean-Paul Noury comme rapporteur.

Pour information, la section des finances a successivement entendu :

- M. Guy Canivet, Premier Président de la Cour de Cassation ;
- M. Antoine Garapon, secrétaire général de l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice ;
- M. Jean-François Burgelin, Procureur général près la Cour de Cassation ;
- Maître Georges Berlioz, avocat international ;
- Mme Marie-Anne Frison-Roche, Professeure des Universités ;
- M. Didier Pineau Valencienne, Président d'honneur de Schneider Electric ;
- M. Gilbert Costes, Président du Tribunal de commerce de Paris ;
- Mme Caroline Montalcino, Sous-Directrice de la Concurrence et des affaires juridiques à la DGCCRF (Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie).

En outre le rapporteur a effectué deux missions :

- à Luxembourg à la Cour de justice des Communautés européennes (où il a pu rencontrer notamment M. Jean-Pierre Puissochet, juge à la Cour de justice et M. Hubert Legal, juge au Tribunal de première instance) ;
- à Strasbourg à la Cour européenne des droits de l'Homme, où il s'est entretenu en particulier avec M. Jean-Paul Costa, Vice-Président de la Cour.

Le rapporteur remercie vivement toutes les personnalités qui se sont exprimées devant la section ou qu'il a rencontrées personnellement pour l'aide qu'elles lui ont apportée dans l'élaboration de son rapport.



## INTRODUCTION

Dans les dernières années du XX<sup>ème</sup> siècle, les échanges se sont multipliés et la concurrence s'est accrue tant au plan national qu'international. La globalisation de l'économie suscite entre les partenaires économiques des rapports de force et de méfiance, exacerbés par les diversités culturelles. Cette évolution a entraîné l'accroissement des responsabilités et des risques, la prolifération des incidents et simultanément la volonté de s'en prémunir par la recherche d'une meilleure sécurité juridique.

La pérennité des relations justifie en amont de l'échange l'intervention du contrat et fait émerger en aval, lors de la survenance de troubles ou d'incidents, la recherche du « bon droit » et de la « juste contrepartie » de l'insuffisance ou du comportement jugé fautif de l'une des parties.

Face à ce puissant courant mondialiste et son cortège de complexités de tous ordres, les Etats tentent de répondre par la régulation des marchés (avis du Conseil économique et social de janvier 2003 sur le rapport de M. Jean-Pierre Moussy : *Des autorités de régulation financières et de concurrence : pour quoi, comment ?*) mais aussi par une floraison de directives, lois, décrets, règlements répondant ainsi à une demande sociale et sociétale.

De distributeurs de droits et de responsabilités, les Etats sont progressivement devenus sources de droits et de responsabilités.

Dans ce contexte, le néologisme « judiciarisation » est apparu pour décrire cette réponse du droit au marché, cette multiplication des procédures, cet appel à la justice. Née sur la scène judiciaire, relayée par des acteurs du monde juridique, amplifiée par la construction européenne, la judiciarisation conduit les magistrats, les entreprises et la société civile à mesurer l'ampleur du phénomène, à chercher à comprendre ou à expliquer comment et pourquoi elle a pu se développer, à analyser les conséquences sur le plan des structures, des hommes, des coûts.

Si nous ne voulons pas, comme le disait Bossuet « *nous affliger des conséquences dont nous continuons à adorer les causes* », ce rapport doit permettre d'appréhender cette judiciarisation avec la distance et l'indépendance que la justice elle-même s'impose, d'en observer les inclinations positives ou favorables à l'exercice de la démocratie, à la régulation des mœurs ou des comportements mais également de souligner les excès qui conduisent aux incertitudes, aux imperfections, aux carences.

Le présent rapport a aussi le souci d'explicitier un processus judiciaire souvent obscur dans ses différentes composantes. Ne seront pas traitées ici les interrogations que suscite la multiplication des actions en responsabilité telles celles engagées à l'encontre des administrateurs des collectivités locales ou des acteurs de la santé... si ce n'est par le biais de leur impact économique. En effet, la montée en puissance des contentieux dans ces domaines a des conséquences importantes sur le coût des assurances ou la désaffection à l'égard de certaines fonctions par exemple. De même, les conflits du travail et les défaillances des entreprises ne seront pas traités même si le poids du juge devient de plus en plus prégnant pour les acteurs de l'entreprise.

Ce rapport se donne pour objectif d'éclairer les voies concrètes, pragmatiques et utiles permettant de réduire la fracture insidieuse entre la constante et désespérante opinion des acteurs économiques à l'égard de la justice et de ceux qui y concourent, le plus souvent avec zèle et compétence.

## CHAPITRE I

### LE CONCEPT DE JUSTICE

La justice des hommes est une exigence morale permettant de reconnaître ce qui est juste et conforme au droit et à l'équité ; elle est une exigence publique permettant de substituer la peine à la vengeance. La justice est aussi une institution comprenant l'ensemble des tribunaux, des magistrats et de leurs auxiliaires.

C'est la seule institution dont le nom est celui d'une vertu, celui d'une des quatre vertus cardinales, avec le courage, la tempérance et la prudence, « *vertu complète* » disait Aristote<sup>2</sup>. Vertu accompagnée de son vocabulaire signifiant : « *rendre la justice* », « *faire justice* », « *ester en justice* »..., vertu accompagnée de ses métaphores : *lit de justice* qui est le trône du roi tenant séance au Parlement, *main de justice* placée à l'extrémité du bâton royal et symbolisant le pouvoir judiciaire du roi. Vertu accompagnée de ses symboles : une femme aux yeux bandés (la Déesse Justitia chez les Romains, Thémis chez les Grecs), allégorie de la neutralité et symbole d'une légitimité tout intérieure qui puise sa vertu en elle-même, tenant d'une main le glaive qui tranche le nœud gordien, instrument de la vérité agissante et de l'autre la balance qui inspire la mesure, la prudence, l'équilibre (Osiris pesant les âmes, Saint-Michel, l'archange du jugement). Vertu sans doute mais obligation d'abord car elle constitue un lien entre les individus, un lien social, clef de voûte de toute démocratie, obligation difficile à réaliser puisqu'elle a pour triple objet de connaître la vérité, de se garder de l'injustice, de la réparer quand celle-ci est détectée.

Sans partager l'affirmation de Goethe : « *mieux vaut une injustice qu'un désordre* », la justice est d'abord sociétale car elle intervient pour résoudre un différend et faire cesser un comportement asocial ou contraire aux valeurs fondamentales de notre société. Si elle est consacrée par la Constitution et résulte naturellement de l'application des lois, sa légitimité est d'un ordre supérieur, celui d'un principe de morale quand bien même le droit limiterait son champ d'application.

La justice se joue tout entière dans le double respect de la légalité au sein de la cité et de l'égalité entre les individus.

La Justice, qui doit être exercée par une institution indépendante des pouvoirs et contre-pouvoirs, se démarque de la justice privée. Les droits d'un individu ne peuvent s'exercer par la force ou la violence, tant dans la justice domestique, au sein de la famille ou d'une tribu, que dans la justice arbitrale, conventionnelle entre les parties même si son objet est de résoudre le conflit.

---

<sup>2</sup> « *Ethique à Nicomaque* »

Au-delà du sentiment que la justice, telle un fleuve sorti de son lit, déborde et envahit les champs environnants : le champ social, le champ politique, le champ économique et financier, la judiciarisation, qui peut fertiliser par la jurisprudence de nombreux domaines, comporte néanmoins en elle-même une connotation négative.

Comment un concept si noble, consolidé par l'histoire et renforcé par sa caricature dans les régimes d'exception, peut-il faire à la fois l'objet de tant de littérature, de tant de critiques, de réformes, de projets et... de moyens si limités ?

## **I - L'HISTORIQUE**

Si le concept de justice est proche du sacré, il ne s'agit pas pour autant d'un concept théorique ou explicatif pour une société donnée, mais d'un besoin pour arbitrer des rapports déséquilibrés ou violents, d'un guide pour le jugement, d'un idéal pour l'action. Dans l'Antiquité grecque et romaine, il existait d'ailleurs des déesses de la justice. L'évolution historique démontre la profondeur des bases de la justice dans les sociétés humaines.

La fonction de juger est inhérente à toute société organisée, si rudimentaire soit-elle. Imaginer que le recours à la justice est un phénomène récent est un contresens historique. L'activité humaine a toujours donné lieu à des conflits d'intérêts, des contestations et a nécessité en conséquence le recours à un tiers impartial, respecté pour son autorité personnelle ou en raison des pouvoirs qui lui étaient conférés par une autorité suprême. Cette fonction est d'autant plus nécessaire que toute société civilisée repose sur un postulat fondamental, qui veut que nul ne se fasse justice à soi-même. Une société qui ne réagirait pas contre les voies de fait porterait en elle les germes de sa propre destruction. La justice est en réalité un devoir d'Etat.

En Mésopotamie, le Code d'Hammourabi (18<sup>ème</sup> siècle avant J.C) contient déjà un ensemble hétéroclite de règles assorties de sanctions et fait référence à la justice. Dans l'Egypte antique et à Athènes, les juges exerçaient des fonctions considérées comme prestigieuses. En droit romain, la plénitude du pouvoir judiciaire revenait au peuple romain qui le délégua à des magistrats spécialisés, voire à l'empereur.

Bien avant l'an mil, les rois des peuples barbares (Burgondes, Francs, Goths...) avaient établi des règles précises inhérentes à la justice, adoptant une échelle de peines proportionnées aux infractions. A cet égard et à titre d'exemple, les lois des Francs, appliquées donc par Charlemagne, prévoyaient des amendes pour vol d'un, deux ou plusieurs sols selon l'importance du larcin, ce qui fait déjà apparaître une caractéristique de la justice : la proportionnalité des sanctions.

Plus tard, rendre la justice, comme le droit de lever l'impôt et celui de battre monnaie, est reconnu comme une prérogative du suzerain vis-à-vis de ses vassaux. La période de la féodalité est justement marquée par l'usurpation de ces privilèges par les seigneurs. Tout le jeu des Capétiens a été de récupérer ces droits pour aboutir à ce que, peu à peu, le pouvoir royal se substitue, au cours du XIII<sup>ème</sup> siècle, aux pouvoirs féodaux locaux afin de servir d'arbitre ultime et faire régner la justice, c'est-à-dire « *dire le droit* » par le rendu d'un jugement équitable : Saint Louis en est le symbole en France. L'historien Jean de Joinville a laissé des témoignages directs qui sont précieux : selon le Franciscain Hugues de Barjols, le pire manquement d'un souverain au devoir de sa charge était le défaut de justice. Cette justice comportait une double exigence : maintenir chacun en son droit et réprimer rigoureusement les atteintes à l'ordre public. Louis IX précisait à l'intention de son fils : « *Soutiens de préférence le pauvre contre le riche jusqu'à ce que tu saches la vérité ; et, quand tu la connaîtras, fais justice* ». Ainsi, lorsque la vérité se faisait jour, aucune autre considération ne devait prévaloir. Pour y parvenir, la procédure d'enquête, distincte de l'Inquisition née en 1229, est introduite par ordonnance royale en 1260. Dans certains cas d'ailleurs, le Roi avait fait prévaloir l'équité contre le formalisme juridique de l'époque, s'affranchissant ainsi de la forme du droit. Il faut noter que le Roi était toujours entouré d'un groupe de conseillers mais ne se considérait pas comme tenu par leurs avis.

Ce recours au Roi ou par délégation aux baillis royaux, contre une sentence émanant d'un autre juge, a ainsi créée la procédure d'appel. A l'échelon supérieur, la Cour du Roi (« *curia regis* ») a constitué un « Parlement » dès les premières années du règne de Louis IX pour trancher des litiges d'importance, tels ceux liés à la succession de Champagne. Les « assises » de ce parlement deviennent périodiques dans la seconde moitié du XIII<sup>ème</sup> siècle. En 1254, commence le recueil des arrêts rendus par les parlements qui constituent une synthèse des appels mais aussi parfois de procès en première instance entre hauts dignitaires. Ce parlement va devenir l'instrument de la mise au pas des seigneurs justiciers et introduire une procédure qui devait transférer aux institutions judiciaires royales la réalité de l'administration de la justice, non sans résistances des barons querelleurs.

Les requêtes adressées au Roi ou à ses représentants étaient fort nombreuses et portaient sur des sujets extrêmement variés (dans le domaine économique, par exemple, problèmes liés aux terres ou aux prêts d'argent...). On sait que Racine dénonce dans *Les Plaideurs* la lenteur et les défauts de la justice ainsi que les travers de certaines professions judiciaires.

La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen d'août 1789 se veut universelle. Elle porte trace d'anciennes lois fondamentales du royaume, considérées comme immuables (liberté, sûreté, propriété des biens...) mais condamne également les abus de l'Ancien régime, relevés dans les cahiers de doléances. Elle est donc fondée à la fois sur le droit historique et sur le droit

naturel. Les articles 7, 8 et 9 concernent plus spécialement la justice et rappellent la notion de légalité (art. 7), la proportionnalité des peines (art. 8), la non-rétroactivité des lois (art. 8) et le principe de présomption d'innocence (art. 9).

La loi des 16 et 24 août 1790, votée par l'Assemblée constituante, posa quelques principes fondamentaux comme la séparation des pouvoirs, l'égalité devant la justice, la gratuité, le double degré de juridiction. La mise en vigueur du code civil par Napoléon I en 1804 a marqué une étape décisive dans la clarification du droit et sa structuration. Ce code demeure une référence. Il a été suivi par de nombreux autres codes (pénal, de commerce, de procédures...). La loi du 20 avril 1810 a posé pour plus d'un siècle les bases de l'organisation de l'ordre judiciaire.

Le développement de l'industrialisation et des activités commerciales s'est accompagné d'une adaptation des procédures judiciaires qui ne répondaient plus aux besoins. La Constitution, des ordonnances et des décrets de 1958 ont procédé à une réorganisation de la justice en France qui, pour l'essentiel, détermine encore le système actuel.

## II - LES FONCTIONS DE LA JUSTICE

Le concept noble de justice se matérialise par la justice humaine, inscrite dans l'histoire et s'incarne dans les lois. Il n'y a pas de justice sans société. Il n'y a pas davantage de société sans justice. Elle correspond à un besoin d'arbitrer, d'équilibrer les rapports, de rendre à chacun selon ses droits. Mais le concept de justice nécessite, pour sa mise en œuvre, la présence de juges, de juges dans des tribunaux. Sans doute est-ce pour cela qu'on parle de plus en plus souvent et bruyamment du poids de la justice et du rôle des juges. De plus, la création d'un nouveau mot n'est jamais anodine. La perception d'une intrusion du judiciaire dans la vie courante et plus particulièrement dans l'économie a conduit à forger un terme pour rendre compte du phénomène : le néologisme « judiciarisation ».

La fonction essentielle du droit est de se substituer aux rapports sociaux violents. Dans un régime démocratique, une société doit imposer des contraintes, discutées et acceptées en commun, auxquelles chacun doit se soumettre au nom de l'ordre public.

Lorsqu'il y a volonté de se faire justice soi-même, c'est que les règles sont inopérantes, ignorées ou bafouées, parfois brutalement. En effet, la liberté n'est pas la possibilité de réaliser tous ses caprices, c'est la possibilité de participer à la définition des contraintes qui s'imposeront ensuite à tous.

Une société de droits sans devoirs, de liberté sans responsabilité mérite un seul qualificatif : immature. François de Sales observait : « *Une grande misère parmi les hommes est qu'ils savent ce qui leur est dû et si peu ce qu'ils doivent aux autres* ».

Dans une démocratie, une communauté de droit garantissant la sécurité juridique implique l'existence de gardiens : que serait la Convention européenne des droits de l'Homme sans la Cour européenne des droits de l'Homme ? Que serait l'Union européenne sans la Cour de justice des Communautés européennes ? Que serait l'OMC sans l'ORD ? Comment sécuriser les investissements industriels ou financiers dans les pays en voie de développement sans garantir la sécurité juridique, ainsi que le recommande la Banque mondiale ?

Le droit à bénéficier d'un jugement équitable fait partie de la Convention des droits de l'Homme. Une démocratie ne se conçoit pas sans justice, ce qui implique que l'accès à la justice soit simple et peu onéreux. Pour autant, il existe des limites qui découlent de la nécessité d'assurer le fonctionnement harmonieux de la société. Ainsi, c'est à la démocratie d'imposer des règles, la justice disposant de moyens nécessairement limités. En conséquence, le recours à la justice de manière abusive ne peut être toléré.

### **III - LA JUSTICE ET L'ÉCONOMIE**

L'économie est créatrice de richesses, elle donne l'impulsion à l'activité humaine et, de ce fait, est toujours en avance sur le droit. Celui-ci doit intervenir en revanche pour donner un cadre aux évolutions permanentes. L'économie ne peut se développer durablement que si une régulation efficace est mise en place de sorte que l'économie est aussi génératrice de droit. La fonction du droit en économie serait donc de fournir une norme de référence, des règles et des instruments fiables. Ainsi, certains domaines innovants (OGM, bioéthique...) sont encore à un stade où le droit reste à définir car les évolutions générées par les progrès des sciences et des techniques ne sont pas encore parfaitement analysées et maîtrisées.

Des décisions judiciaires peuvent, même si elles sont parfaitement inévitables et justifiées du point de vue juridique, avoir des conséquences économiques très lourdes, voire briser des équilibres. Ainsi, en est-il par exemple, de certains jugements concernant des opérations de concentration, d'OPA ou d'indemnités exerçant un impact sur les systèmes d'assurance.

Un cadre juridique clair, transparent et respecté est indispensable tant pour les transactions commerciales que pour favoriser la création, le développement et le maintien des entreprises sur un territoire donné. L'accès à la justice doit être facile et lisible, l'indépendance des juges doit être garantie, la procédure doit être contradictoire... Il s'agit là d'un point clef de l'activité économique, de sa pérennité ainsi que de l'attractivité d'un pays, point clef qui porte un nom : la sécurité juridique.

Un constat semble largement partagé : les marchés financiers sont de moins en moins connectés à l'économie réelle - celle de l'échange de biens et services - et on observe une accumulation de bouleversements, de scandales émanant de ceux-là même qui incarnent le libéralisme, une dérive des pratiques concernant

les rémunérations des dirigeants, les options d'actions, des opérations destructrices de valeur pour les actionnaires minoritaires ou affectant les salariés, autant de points qui sonnent le glas de l'autorégulation et invitent à l'avènement du droit et par conséquent au recours du juge.

Ce cadre, dans le monde des affaires maintenant mondialisé, ne peut être envisagé qu'à l'échelle internationale. La circulation croissante des personnes, des biens et des capitaux à l'échelle planétaire a engendré dans ce domaine comme dans d'autres, une véritable compétition entre les différents systèmes conduisant les entreprises à opérer des choix et à gérer de manière attentive, par le biais d'un management juridique de plus en plus poussé, modalités contractuelles et risques juridiques.

#### **IV - DROIT ET SÉMANTÈMES**

Si le droit pèse de tout son poids dans la vie des affaires, il n'est pas le seul à organiser les relations entre les hommes et les entreprises.

Le droit a pour référence la justice et l'équité, mais il se nourrit aussi de la morale, des religions, de l'histoire.

##### **A - DROIT ET JUSTICE**

Jumeaux ils sont, mais le droit s'autorise parfois à s'écarter de la justice, soit qu'il n'est pas encore formé (problématiques nouvelles), soit que le besoin ne s'est pas encore fait sentir (libéralisme), soit qu'il s'est habillé de la contrainte (autoritarisme), soit que la pratique intense de valeurs morales ou coutumières n'en fait pas ressentir l'utilité.

Parfois même, ils s'opposent au nom du respect d'un engagement pris (contrat) lorsque les circonstances ont changé, qu'un déséquilibre s'est installé, ou lorsque le droit s'impose à lui-même des règles qui peuvent heurter, telles la prescription ou l'acquisition par la possession...

##### **B - DROIT ET ÉQUITÉ**

L'équité, c'est la marge d'appréciation, de modération, laissée au juge mais c'est aussi la voie empruntée par la justice conventionnelle (médiation, arbitrage) qui lui permet de résoudre un litige en dehors de l'application stricte des règles de droit. Cette disposition du jugement selon l'équité est expressément prévue par l'article 12.4 du nouveau code de procédure civile, laissant aux parties la possibilité de demander au juge de statuer en amiable compositeur.

##### **C - DROIT ET MORALE**

Quand la morale pénètre les cœurs, le droit pénètre au mieux les têtes. La morale s'exerce dans un domaine beaucoup plus vaste, celui conduisant à la perfection de l'homme mais elle induit une limite, en ce que son irrespect n'emporte pas d'autres sanctions que celles de sa conscience. Il reste que

nombre d'obligations morales sont à la source d'obligations juridiques (droit à l'assistance, de loyauté...). L'émergence de l'éthique et de la déontologie en sont l'expression récente.

#### D - DROIT ET COMPORTEMENTS SOCIAUX

La politesse, la courtoisie, le savoir-vivre, le respect des autres... jouent un rôle dans l'harmonie des rapports sociaux. Ces comportements n'ont nullement vocation à intégrer le droit. Montesquieu écrivait : « *Il ne faut pas changer les mœurs et les manières par des lois* ». Certes, mais le droit peut en fixer les limites, évolutives au cours du temps, celles des « bonnes mœurs ».

Ces comparaisons sémantiques n'ont d'autre but que de mieux faire comprendre le débat ouvert sur le rôle de la « *bouche de la loi* » qu'est le juge, mais également de reconnaître que, dans une société plus individualiste, moins spontanément régulée par des comportements dictés par l'éducation et la culture, la règle de droit est nécessairement plus présente, et la justice, chargée de les appliquer, de plus en plus sollicitée.

#### V - LES SYSTÈMES DE DROIT

Il existe différentes familles de droit dont les deux principaux systèmes, qui sont les plus utilisés dans le monde des affaires, sont les suivants :

- la *Common law*, modelée sur le droit anglais, en usage aux Etats-Unis, au Canada, en Inde et, pour ce qui est du continent européen, en Grande-Bretagne, Irlande et dans les pays scandinaves ;
- le droit civil s'inspirant du droit romain, appliqué en Europe continentale.

Certains Etats ont un droit mixte empruntant aux deux familles : l'Ecosse, le Québec, Israël, l'Afrique du Sud.

Les droits coutumiers et les droits des religions mis à part, il convient de compléter cette description sans s'y attarder par une évocation des droits des pays du « bloc de l'Est », appropriés par les Etats et privatifs de libertés individuelles. Ces pays semblent, depuis la chute du mur de Berlin, réintégrer actuellement le système romano-germanique avec des « touches » inspirées de la *Common law*.

Enfin, les droits des pays de l'Asie du Sud-est, très variés dans leur expression, reflètent une philosophie livrée à notre réflexion : pour ces sociétés, le droit n'intervient que de manière subsidiaire pour régenter l'ordre public dont le maintien est assuré d'abord et avant tout par la conciliation, la persuasion, l'autocritique et la modération : l'idée générale en est parfaitement rendue par un proverbe chinois qui dit : « *Le droit n'est bon que pour les Barbares* »... Il est bien évident qu'avec l'occidentalisation de ces sociétés et leur ouverture sur le monde des affaires, ce mode de pensée traditionnel est conduit à évoluer.

## A - « COMMON LAW » ET DROIT CIVIL

Le droit romano-germanique dont est issu le Code civil napoléonien est un droit de tradition écrite. C'est la loi qui fixe le cadre juridique et le juge ne fait qu'appliquer une règle à laquelle il rattache le cas qui lui est exposé pour rendre sa décision. La loi prime donc sur le corpus de décisions judiciaires, à savoir la jurisprudence. Au contraire, les sources de la règle de droit dans la *Common law* puisent dans la tradition et les précédents issus de la jurisprudence : en l'absence d'un texte législatif, les décisions antérieures s'imposent au juge, pourvu qu'elles émanent d'un niveau égal ou supérieur.

Cette approche différente de la manière de juger s'estompe avec un rapprochement constant des deux systèmes : de même que le poids de la jurisprudence ne cesse de croître dans le droit continental, les textes codifiés sont de plus en plus nombreux dans la *Common law*. En Grande-Bretagne par exemple cette tendance à la codification est due au développement des textes communautaires que le juge anglais est tenu de respecter en vertu de l'*European Communities Act* de 1972. De même il convient de noter que la Convention européenne des droits de l'Homme a été incorporée au droit interne britannique via l'*Human Rights Act*, la loi sur les droits de l'Homme, en 2001.

Aux Etats-Unis, des modèles de loi sont proposés aux législateurs des Etats fédérés, garantissant un minimum de sécurité juridique dans les rapports commerciaux : ainsi l'*Uniform Commercial Code* (UCC) en matière de contrats et d'obligations commerciales et l'*Uniform Partnership Act* (UPA) en matière de droit des sociétés.

Il faut se garder à cet égard d'assimiler trop vite droit anglais et droit américain. En réalité, le droit anglais est à bien des égards plus proche du droit international et d'ailleurs plus utilisé. Il tend, sous l'impulsion de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'Homme, à évoluer dans le sens de la norme communautaire.

Il n'en demeure pas moins que des divergences majeures demeurent entre les deux approches et qu'elles ont un impact direct sur le rôle et la responsabilité du juge.

En effet, dans le système de la *Common law*, le juge sera considéré comme directement en prise sur sa décision alors que dans le droit romain, il n'est que « *le produit d'une institution dont les juges sont des serviteurs anonymes. Dans un cas, le juge porte la responsabilité directe de ce qu'il a décidé, dans l'autre il se vit comme une pièce d'un agencement institutionnel. Un tel refoulement de la part personnelle et créatrice du juge est paradoxal dans un système comme le nôtre dans lequel le juge est si actif comparé à son collègue britannique* »<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> « *Les juges : un pouvoir irresponsable ?* » ouvrage dirigé et présenté par Antoine Garapon, éditions Nicolas Philippe

Le « budget juridique » d'une affaire pourra varier du simple au double dans l'un ou l'autre des systèmes qui recèlent des avantages et des inconvénients qu'il convient de mesurer.

Le mérite le plus évident de la *Common law* est sa flexibilité, son adaptabilité et son pragmatisme. Loin du formalisme et du caractère doctrinal du droit romano-germanique qui fait entrer le litige dans les cadres forgés par la loi - faisant peu de cas des spécificités d'une affaire- les juges anglo-saxons examinent d'abord le cas d'espèce, recherchant la solution la plus appropriée. La *Common law* n'est donc pas un droit conceptuel mais un droit « pratique » et jurisprudentiel dont la capacité d'adaptation aux évolutions sociétales et plus particulièrement au monde des affaires est bien supérieure au droit latin. A l'heure où le monde économique fonctionne en « temps réel », seule la *Common law* est en capacité d'adapter sa réponse alors qu'en droit latin, il faudra attendre que la règle change, ce qui prend toujours un certain temps !

Cette flexibilité porte en germe le plus grand défaut de la *Common law* : l'imprévisibilité des solutions jurisprudentielles. En ce sens, le droit romain possède un atout également de taille dans le monde des affaires : la sécurité. La protection des individus, notamment par actes notariés ayant force de loi, l'importance de l'écrit est très protectrice, surtout pour les individus et leur patrimoine, limitant le recours aux tribunaux et réduisant les frais de justice qui seraient 4 à 5 fois plus élevés dans le système anglo-saxon.

En matière financière, force est de constater que le modèle anglo-saxon prime. D'ailleurs les montages financiers complexes, les techniques de fusions-acquisitions viennent d'outre Atlantique et outre Manche. En revanche le droit latin sera, on l'a bien compris, davantage protecteur des personnes et de l'immobilier. Les acteurs doivent donc déterminer le meilleur rapport qualité-prix en fonction de leur préoccupation : flexibilité-sécurité et/ou protection-adaptation.

Pour certains auteurs - dont Maître Panhard<sup>4</sup>, dont les écrits ont largement inspiré ces quelques considérations de droit comparé- nous continuerons probablement à assister dans le futur à un rapprochement entre les deux grands systèmes, la concurrence les portant à améliorer leurs points faibles, flexibilité en matière financière et commerciale pour ce qui concerne le droit latin, sécurité juridique pour ce qui est de la *Common law*, notamment en matière de contrats pour éviter une inflation du coût de la sécurité juridique.

Les systèmes de droit se séparent enfin dans la nature de la procédure pénale. L'une est qualifiée d'accusatoire, les parties étant maîtresses de la procédure, le procureur préparant et soutenant seul l'accusation devant le tribunal ; dans l'autre dit « inquisitoire » - le système romano-germanique - le juge reste l'acteur majeur de l'instruction, de la conduite du procès.

---

<sup>4</sup> Article paru dans la revue « *Les cahiers techniques* ».

Dans « *La justice à l'épreuve* », Jean-Marie Coulon résume ces différences en écrivant que « *pour un français, le droit est une valeur, une projection dans l'idéal, tandis que pour un anglo-saxon, c'est surtout un bien et un ensemble de recettes* ». Mais il faut reconnaître que, lorsque le juge est obligé d'enchâsser la vérité dans la loi ou le contrat, de raccommoquer les trous laissés par ces lois ou contrats, il se rapproche singulièrement du juge de la *Common law*.

Selon la réflexion de Marie Anne Frison-Roche, il est permis de souhaiter le mariage des deux systèmes que l'on oppose souvent avec excès, le système romaniste, fondé sur les principes et le système anglo-saxon, fondé sur des prescriptions très précises. Il est en effet nécessaire, pour assurer la sécurité juridique au plan international, de construire une réglementation legaliste et précise, éclairée, par des principes qui permettent la lisibilité de l'ensemble du système.

De nouveaux poids lourds ne manqueront d'ailleurs pas de faire évoluer le jeu entre les différentes familles de droit qui pourraient être davantage panachées : les pays de l'Est et les pays asiatiques, en entrant avec force sur le marché, entraîneront avec eux de nouveaux systèmes. De même le droit communautaire pourra servir d'alternative à un droit américain aujourd'hui dominant, alliant pragmatisme et sécurité juridique, le « *creuset communautaire pouvant engendrer à long terme un nouveau système juridique* » qui constituerait une troisième voie pour les acteurs économiques.

Le marché tranchera... à moins que ne s'installe un nouveau « *camp du drap d'or* » sous l'égide des pouvoirs publics et de l'Europe !

#### B - PARTICULARITÉS DU DROIT AMÉRICAIN

A la lumière d'un événement récent, l'affaire « *Executive Life* », il peut paraître opportun de relever les différences de culture juridique et d'approche économique de la justice aux Etats-Unis et en Europe tant sur le plan des principes que sur celui de quelques procédures significatives.

Le droit américain s'est constitué sur une combinaison constructive de la *Common law* et du droit civil.

La Constitution américaine est le pilier du droit de ce pays ; la Cour suprême, chargée de l'appliquer, intervient peu mais consolide et actualise par sa jurisprudence le texte fondamental. L'idée de « *civil rights* » (politique du droit des citoyens) vient compléter l'édifice dans un souci de pragmatisme et de liant social. Pour les américains, la vérité ne peut venir « *d'une connaissance rationnelle des réalités humaines ni de leur anticipation dans un texte les organisant* »<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> « *Juger en Amérique et en France* » d'Antoine Garapon et de Ionnis Papadopoulos

Les procédures américaines sont précisées ici au travers de la négociation du plaider coupable « *plea bargaining* », de l'action collective « *class action* », de l'appel à un « ami de la Cour » (*amicus curiae*) ou de la présence d'un jury à côté des juges.

### **1. Le « plaider coupable »**

Le choix de cette procédure est fait par l'accusé dès la première audience, il renonce ainsi à son droit au procès. 95 % des affaires au niveau fédéral et 94 % au niveau des Etats sont traitées par cette procédure. Cela fut le cas de la première phase « *Executive Life* », laissant le terrain libre à l'indemnisation éventuelle sur le plan civil. Il s'agit d'un accord négocié entre le procureur et l'accusé cherchant à réduire la portée de l'infraction (ou leur nombre), en échange d'une peine moins sévère. Cet accord est scellé par une convention écrite qui vide l'affaire, réduit le temps et les coûts pour les « contractants ». Cette négociation est soumise au juge, nullement obligé d'accepter, statuant in fine sur le sort réservé à cette convention.

Le choix de cette procédure par l'accusé est souvent justifié par la crainte générée par l'incertitude du procès et l'acceptation d'un « prix » pénal à payer, souvent plus modéré. Cette approche économique de la justice pose le problème de l'aide juridictionnelle, de la qualité des avocats, de leurs relations avec le procureur et celui du risque de voir des innocents condamnés faute de pouvoir de négociation. Elle pose également le problème de l'absence de transparence et des conséquences sur l'image qu'une telle procédure peut donner à la justice. La transposition de cette action en droit pénal français vient d'être débattue en janvier 2004.

### **2. « L'action collective »**

Il s'agit d'une action en justice dans laquelle une seule personne ou un petit groupe représentent les intérêts d'un groupe plus large. Quatre conditions simultanées doivent être réunies pour engager une telle action :

- questions communes à tout le groupe ;
- demandes du représentant intéressant le groupe ;
- le représentant peut protéger les intérêts du groupe ;
- la publicité qui en est faite permet à un membre du groupe de sortir de l'action de masse.

Le juge se trouve réduit, faute d'informations le plus souvent, à homologuer une convention rédigée par les avocats du « représentant » de l'action de masse et le ou les avocats du défendeur. Le bilan de cette procédure semble décevant et les débats à l'Assemblée nationale sur le gouvernement d'entreprise n'encouragent pas à son intégration en droit français.

### **3. « L'ami de la Cour »**

Cette procédure permet au juge d'introduire des tiers n'ayant pas d'intérêts personnels mais disposant de fortes compétences, et permettent à celui-ci de faciliter sa tâche en enrichissant les débats présentant un point de vue soit technique (tel ou tel expert) soit moral ou en référence à un intérêt général.

L'absence d'obligation du juge de répondre aux arguments de « l'ami de la Cour » empêche de définir l'influence de ces tiers sur le jugement.

### **4. Le jury**

Ce jury populaire civil est chargé de trancher les questions de fait, « *de dire le vrai et le faux, de distinguer le juste de l'injuste* ». Le juge n'a alors pour rôle que de mettre en forme les questions de fond, de guider le procès, de trancher les questions de droit relatives à la présentation des faits.

Cette intégration du jury est justifiée par la conviction que la véritable source du droit est le peuple et non l'Etat.

Ces différents exemples illustrent tout à la fois les différentes approches du mode de règlement des conflits mais aussi l'influence des procédures américaines sur les réflexions touchant à la gestion économique de la justice.

## CHAPITRE II

### LA SCÈNE JUDICIAIRE

La fonction de juger est une des prérogatives de la Souveraineté. Si, comme nous l'avons vu ci-dessus, cette fonction se confondait sous l'ancien régime avec l'exécutif et le législatif en la personne du monarque, elle en est désormais bien distincte. Cette place nouvelle du judiciaire résulte d'approches successives de la fonction dont on peut dire qu'elles sont contrastées, voire opposées.

Le siècle des Lumières posa le principe de la séparation des pouvoirs pour mettre un terme définitif à l'absolutisme royal. Ce principe, né sous la plume de John Locke en 1690 dans son « *Essai sur le gouvernement civil* », est consacré en 1748 par Montesquieu dans l'« *Esprit des lois* » où il est affirmé que : « *tout homme qui a du pouvoir est tenté d'en abuser ; pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que le pouvoir arrête le pouvoir* » et encore « *il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutive* ».

Cette idée forte, reprise à la Révolution française, fût consacrée dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen qui posa comme principe « *toute société dans laquelle la séparation des pouvoirs n'est pas déterminée n'a pas de constitution* ».

A l'époque napoléonienne, il s'agit au contraire de restaurer l'autorité et la prééminence de l'Etat : de nouveau, le judiciaire est clairement soumis à l'exécutif -même s'il ne se confond plus avec lui- et les principes fondateurs de la Constitution de 1958 perpétuent cette hiérarchie, en contrepoint du fragile rééquilibrage des pouvoirs tenté sous la IV<sup>e</sup> République.

En 1964, soit deux ans après l'instauration de l'élection du Président de la République au suffrage universel, le général de Gaulle indique que « *l'autorité indivise de l'Etat est confiée tout entière au Président de la République par le peuple qui l'a élu ; il n'en existe aucune autre, ni ministérielle, ni civile, ni militaire ni judiciaire qui ne soit conférée et maintenue par lui* ». Si la méfiance du général de Gaulle s'exerce d'abord et avant tout contre le pouvoir législatif, que les mécanismes constitutionnels vont fortement encadrer et limiter (articles 34 et 37 de la Constitution), c'est de « l'autorité judiciaire » et non du « pouvoir judiciaire » dont il est traité dans le titre VIII. Dans l'esprit des rédacteurs, la justice est une fonction, une autorité, mais certainement pas un troisième pouvoir...

## I - LE CHEMIN DE LA JUSTICE

### A - LE CONFLIT

« *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* » édicte l'article 12 du nouveau code de procédure civile.

La justice repose sur la décision d'un tiers impartial, qui fonde son jugement sur le droit et permet ainsi d'arbitrer les conflits en égalisant les rapports de force. A la différence de l'Etat, qui est porteur d'un projet collectif, le juge est véritablement un tiers impartial, indépendant et désintéressé. Les faibles ont ainsi vocation à être protégés. Il importe toutefois de s'assurer que l'accès au droit leur est facilité et que leur information est suffisante.

Les conflits en matière économique peuvent se classer comme suit :

- contentieux liés à la violation de dispositions sanctionnées par un texte ;
- contentieux d'indemnisation pour équilibrer un dommage subi ou vécu comme tel ;
- contentieux de compétences, de lieu ou de matière ;

mais aussi :

- contentieux liés à l'imperfection des textes ;
- contentieux liés à une divergence d'interprétation, à des dispositions contradictoires ou incertaines ;

ou encore :

- contentieux dilatoires afin de retarder un apurement, un engagement ;

voire :

- contentieux d'intimidation par exégèse de la loi du plus fort ;

Parfois tout cela à la fois !

La nature du conflit induit parfois la solution : la médiation, la conciliation ou le procès qui devient alors une fin en soi.

### B - L'ACCÈS

« *Le droit au droit est un principe essentiel du pacte démocratique* » affirmait Elisabeth Guigou, Garde des Sceaux en 1998.

L'accès au droit est en théorie assuré, tous les citoyens étant juridiquement égaux devant les tribunaux et le principe de la gratuité garanti. Toutefois, il serait illusoire de croire que l'ensemble de la population peut accéder facilement à la justice et ce principalement pour deux raisons : la première, de nature économique, se conçoit sans peine : tout procès génère des frais et les moins fortunés sont parfois dissuadés d'engager une procédure qui se traduit, la plupart du temps dès le départ, par des honoraires d'avocat et des frais de procédure.

Des mesures ont été prises pour pallier le manque de moyens : il en est ainsi notamment de l'aide juridictionnelle.

D'autres considérations tout aussi lourdes de conséquence viennent entraver l'accès à la justice : il s'agit du niveau social des populations concernées, de leur éducation et de leur culture. La justice est souvent mal appréhendée dans les milieux modestes et ici encore le législateur tente de remédier à cette difficulté en rapprochant la justice du citoyen dans le cadre d'une politique de justice de proximité, soit en allégeant les procédures et en limitant les recours obligatoires aux auxiliaires de justice, soit par la mise en place de maisons de justice et d'audiences hors tribunaux.

Dans son avis de juin 2003, voté sur le rapport de M. Didier Robert sur « *L'accès de tous, aux droits de tous, par la mobilisation de tous* », le Conseil économique et social estime qu'un égal accès de tous les citoyens à la justice devrait être assuré. Pour cela, il préconise d'augmenter les plafonds d'accès à l'aide juridictionnelle, d'améliorer la rémunération des avocats qui assurent l'aide juridictionnelle, d'inscrire dans la loi le droit d'être accompagné par un représentant d'association agréée et de renforcer la formation initiale et continue des magistrats et des avocats.

### **1. L'aide juridictionnelle**

Le principe de gratuité de la justice signifie que les plaideurs n'ont pas à payer les juges, la justice relevant du service public. Il n'en a pas été ainsi de tout temps. Jadis, le plaidant ayant eu gain de cause gratifiait le juge d'une certaine somme d'argent appelée alors « épices », dont dépendaient alors la rentabilité des offices. Le législateur de 1790 a formellement condamné ce système peu compatible avec l'indépendance du juge. Depuis lors, le principe a toujours subsisté, constituant le corollaire de l'égalité de tous les citoyens devant la justice.

En revanche, le recours aux auxiliaires de justice engendre des frais : honoraires et émoluments des avocats, avoués, huissiers, experts etc. dont les montants peuvent être substantiels, parfois disproportionnés avec l'importance des enjeux.

Un tiers des avocats dépendraient des subsides de l'Etat, selon le rapport de la Commission Bouchet<sup>6</sup>.

La loi du 18 décembre 1998 après la loi du 10 juillet 1991 a renforcé l'aide juridique qui s'est en fait substituée à l'aide judiciaire de 1972, qui elle même avait remplacé l'assistance judiciaire instaurée en 1851. L'idée n'est donc pas nouvelle mais son champ s'est progressivement étendu à la prise en charge des frais inhérents au procès au cours d'une instance (aide juridictionnelle), elle s'applique désormais aux frais nécessités pour accéder à la justice, par le

---

<sup>6</sup> Rapport de la commission Paul Bouchet sur « *La réforme de l'accès au droit et à la justice* », mai 2001.

truchement de l'aide à « l'accès au droit ». Celle-ci concerne par exemple, en dehors de toute procédure formellement entamée, les conseils qui pourront être prodigués à une personne démunie (aide à la consultation).

Il convient de rappeler que l'aide juridictionnelle est octroyée par un bureau d'aide juridictionnelle dans la limite de plafonds de ressources fixés par décret, que sa demande peut être rejetée en cas de requête manifestement irrecevable et qu'elle peut n'être octroyée que partiellement. Si l'issue du procès se dessine favorablement pour la personne ayant bénéficié de l'aide juridictionnelle, la partie condamnée (qui doit alors s'acquitter des dépens) devra rembourser son montant au Trésor public. Par contre si le bénéficiaire perd, il ne doit rien à l'Etat mais ce dernier ne prend qu'exceptionnellement en charge les éventuelles indemnisations allouées à la partie adverse, dont le débouté devra alors s'acquitter, ce qui peut représenter un risque pécuniaire conduisant parfois les personnes en situation financière précaire à renoncer à plaider.

L'aide juridictionnelle représente pour l'Etat une lourde charge qui s'accroît chaque année. Un décret du 7 septembre 2003 élargit encore l'accès à cette aide. Près de 700 000 admissions à l'aide juridictionnelle ont été acceptées en 2002 pour 76 000 rejets. Les sommes qui y sont affectées ne sont pas négligeables : elles s'élevaient à 188 millions d'€ en 2000 et à 219 millions d'€ en 2002. Le montant alloué à l'aide juridictionnelle devrait atteindre 291 millions d'€ en 2004, ce qui représentera alors 5,5 % du budget total de la justice. Ce budget reste néanmoins en retrait de celui de l'Allemagne (3,6 € par habitant contre 41,5 €).

Il convient d'ajouter que de nombreux contrats d'assurance protection intègrent des clauses « défense et recours », permettant la prise en charge du procès et de son coût, venant ainsi assurer une aide précieuse à ceux qui ont été en mesure de couvrir leurs risques.

## **2. Les maisons de justice et de droit**

Afin de répondre à un besoin du citoyen, qui peine à comprendre la justice-institution mais qui manifeste néanmoins le souci de la justice-valeur, les maisons de justice et de droit ainsi que des antennes de justice ont été progressivement installées pour donner une meilleure compréhension du droit.

Ainsi que l'énonce le rapport du Conseil économique et social sur la « *Médiation et conciliation de proximité* », rapporté par Mme Lindeperg en 2001, « *l'innovation la plus importante en matière de justice de proximité réside dans l'ouverture de Maisons de justice et de droit (MJD) et d'antennes de justice créées de façon empirique sans que leur statut soit au départ bien défini* ».

La première de ces maisons de justice et de droit s'est ouverte à Pontoise en 1990. Il en existe actuellement une petite centaine. Elles sont chargées de traiter de la médiation pénale, de l'information des citoyens et de l'aide aux victimes. Elles sont créées sur la base de conventions conclues entre le président du tribunal de grande instance et des élus locaux, des représentants des

collectivités territoriales et des représentants des institutions juridiques et judiciaires. Elles sont placées sous l'autorité des tribunaux de grande instance. En Outre-mer, il existe de telles maisons à La Réunion, à la Martinique, en Guyane mais si ce type de structure reste encore embryonnaire (cf. annexe spéciale dans le rapport de Mme Lindeperg, op. cité), elles cherchent à intégrer la dimension multiculturelle et à faciliter l'exercice de la justice coutumière<sup>7</sup>.

Pour répondre en priorité aux besoins des populations les plus défavorisées, les MJD sont implantées dans les zones urbaines sensibles et relativement éloignées du siège des juridictions les plus proches. Elles se proposent « *de répondre à un besoin de proximité à la fois géographique par son implantation et temporelle par la rapidité du service rendu et humaine par la qualité de l'accueil, la facilité des contacts et du dialogue qui rompent avec la distance, les délais et le vocabulaire de l'institution judiciaire* »<sup>8</sup>.

Nous ne développerons pas davantage ce point particulier qui concerne plus particulièrement le traitement de la petite et moyenne délinquance mais concluons en citant à nouveau Mme Lindeperg :

*« Le fait de trouver en un même lieu accès au droit et résolution des petits litiges est particulièrement apprécié notamment par les habitants de certains quartiers en rupture ou peu habitués à la solennité d'un tribunal et aux discours qui s'y tiennent. La présence simultanée d'une équipe très large où se côtoient autour du greffier, agents de justice, magistrats, délégués du procureur, médiateurs, éducateurs, travailleurs sociaux, personnels pénitentiaires, avocats, conciliateurs, délégués du Médiateur, associations d'aide aux victimes, voire notaires, huissiers, psychologues... est un avantage évident par rapport aux structures associatives éclatées.*

*L'autre grande innovation des MJD est d'avoir conduit l'institution judiciaire à travailler en partenariat avec tous les acteurs locaux concernés. La justice est sortie des palais de justice et s'est trouvée partie prenante à nombre de dispositifs partenariaux...*

*La mise en place des MJD par l'institution judiciaire est aussi une occasion pour elle de remettre en cause de façon globale son fonctionnement, ses cloisonnements internes, son isolement. L'enquête de mars 2001 commanditée par le ministère de la justice à l'institut CSA confirme l'intérêt de cette évolution à travers le taux de satisfaction des utilisateurs de MJD : 89 % des personnes interrogées à la sortie d'une MJD se déclarent satisfaits, (58 % très satisfaits)...* »

---

<sup>7</sup> Article de R. Lafargue dans la revue « *Droit et culture* » de décembre 2001

<sup>8</sup> cf. rapport du Conseil économique et social « *Médiation et conciliation de proximité* » rapporté par Mme Lindeperg le 11 juillet 2001 op. cité.

### 3. L'accès aux juridictions supranationales

L'accès à la Cour de justice des communautés européennes et à la Cour européenne des droits de l'Homme n'est pas exclusivement réservé aux Etats : les personnes physiques et morales y ont un accès direct en cas de litige avec les institutions de l'Union européenne ou, dans le cas de la Cour européenne des droits de l'Homme, avec un des Etats ayant ratifié la Convention européenne des droits de l'Homme.

Les requêtes individuelles constituent même la quasi totalité des recours devant la Cour européenne des droits de l'Homme : le ressortissant d'un Etat, partie à la Convention, s'il a épuisé dans son propre pays tous les recours à sa disposition, peut mettre en cause devant cette juridiction l'Etat dont il est originaire, au motif de violation de la Convention européenne des droits de l'Homme.

La France n'a ratifié la Convention européenne des droits de l'Homme qu'en 1974 et il a fallu attendre 1981 pour qu'elle accepte la juridiction de la Cour sur les requêtes individuelles.

Les citoyens français ne se privent pas de cette possibilité qui leur est offerte : en 2001, le nombre de requêtes formées par les français a été de 1 117 (contre 474 pour le Royaume-Uni, 714 pour l'Allemagne et 590 pour l'Italie), sachant que près de 80 % ont été déclarées irrecevables, ce dernier chiffre étant à rapporter à celui de plus de 90 % d'irrecevabilité globale de ce type de recours. Actuellement, 800 millions de requérants potentiels appartenant aux pays membres du Conseil de l'Europe et la crainte que l'élargissement de l'Union européenne en mai 2004 ne suscite davantage de recours, en raison du manque d'expérience des nouveaux venus en matière de droit européen, conduit à mener des réflexions sur les restrictions éventuelles à l'accès futur à ces institutions.

### C - LE PROCÈS ET LA PROCÉDURE

Le procès est le moment au cours duquel prospère le débat, l'échange des prétentions et arguments ; il est aussi le lieu de confrontation des parties (les anglo-saxons utilisent d'ailleurs le mot « *trial* » signifiant aussi épreuve), pour qu'à leurs termes puisse être prise la décision la plus juste possible.

C'est dans son aspect théâtral, le moment le plus médiatique, celui qui frappe les esprits, celui qui reste inscrit dans la mémoire collective : le procès de Jésus, de Socrate, de Moscou, de Nuremberg...

On peut distinguer deux phases du procès avant le jugement : il s'agit de l'action en justice qui concrétise la demande de justice et l'instance dont l'étymologie évoque la sollicitation pressante, en l'occurrence celle d'un jugement qui tranchera le différend. L'affaire est instruite et des règles très précises encadrent la constitution du dossier, appelées « procédure ».

### **1. L'action en justice**

Toute personne qui s'estime lésée peut engager une action en justice ou un recours, s'il s'agit d'une contestation d'une décision administrative. C'est une liberté publique fondamentale qui répond directement au principe selon lequel « *nul ne peut se faire justice soi-même* ». En France, l'action regroupée de plusieurs personnes ayant des intérêts communs n'est que rarement recevable alors qu'aux Etats-Unis, cette « *action de masse* » (*class action*) permet par exemple à des actionnaires minoritaires ou à des défenseurs de l'environnement d'agir en commun.

L'assignation au civil ou la requête au civil ou devant les juridictions administratives constituent l'acte de procédure par lequel s'exerce l'action en justice.

Pour une action pénale, il convient de distinguer en termes de procédure, l'action engagée par le Ministère public (avertissement, citation directe, réquisitoire introductif ou réquisitoire à fin d'informer) gouvernée par le principe de l'opportunité des poursuites, de celle de la victime (citation directe, plainte avec constitution de partie civile). A cet égard, si la victime veut obtenir réparation d'un dommage subi, ou prétendu tel, lié à une faute estimée pénale par l'intéressé, la plainte avec constitution de partie civile est fréquemment utilisée, alors même que près de 90 % de ces plaintes aboutissent à un non-lieu, et ceci après une ouverture d'une instruction, d'une enquête de police judiciaire ou de gendarmerie. Il faut noter cependant, qu'aux termes de l'article 91 du Code de procédure pénale, si la plainte qui se termine par un non lieu se révèle abusive, son auteur peut être condamné à une amende.

Dans le cas d'une constitution de partie civile, le ministère public est alors tenu de mettre en mouvement l'action publique, les coûts de cette procédure étant intégralement supportés par la collectivité.

Si le fait d'intenter une action en justice aboutit à ce que le demandeur soit débouté, il ne peut lui être réclamé des dommages pour le trouble causé à l'adversaire. Toutefois, le code de procédure pénale prévoit, dans son article 91, des dommages et intérêts au profit de celui qu'il a accusé si la plainte se termine par un non-lieu. Si la plainte peut être qualifiée d'abusives, il peut être condamné à une amende. De même, la jurisprudence offre des exemples de condamnations pour emploi abusif de procédure en vue de retarder l'issue d'un procès ou dans un but vexatoire. Ces exemples sont cependant assez peu nombreux.

### **2. L'instance**

L'instance désigne tout à la fois le litige porté devant une juridiction et les actes de la procédure, de la demande jusqu'au jugement.

Sans entrer en détail dans les méandres de l'instruction des dossiers, on peut noter que cette phase préliminaire au jugement peut durer des mois, voire des années et que les procédures qui la composent peuvent varier tant dans leur philosophie que dans leur formalisme.

Longtemps le contentieux civil s'est strictement opéré sur le mode accusatoire qui procède de l'idée que « *le procès est la chose des parties* », le juge ayant alors un rôle effacé d'arbitre peu impliqué dans la recherche de la vérité. Aujourd'hui les choses sont plus nuancées mais ce sont toujours les parties qui déclenchent et fixent le contour du procès (par exemple, le juge ne peut accorder plus que ce qui est demandé ni s'immiscer dans des questions qui ne lui auraient pas été soumises à la différence du juge anglo-saxon qui peut participer à la constitution des preuves dans les procès civils) ; ainsi, les parties sont libres d'y renoncer et de préférer une conciliation.

La procédure pénale est quant à elle inquisitoriale, c'est-à-dire menée par le ministère public. En cas de besoin, elle est conduite par un juge d'instruction chargé de rechercher la vérité en recueillant documents, témoignages voire en procédant à des interrogatoires et perquisitions.

La procédure se définit comme l'ensemble des formalités prévues par la loi pour agir devant une juridiction, de l'assignation au terme du procès. Elle est reconnue comme la « grammaire du droit », mais elle est aussi souvent analysée comme un jeu d'initiés qui profite aux plus malins et aux mieux défendus.

La procédure peut être écrite ou orale, doit être contradictoire pour être « sœur jumelle de la liberté ».

La procédure doit être publique, le secret en matière judiciaire doit rester très exceptionnel et l'accès au prétoire largement ouvert (à Rome, la justice était rendue sur le forum...). C'est aussi un principe fondamental qui s'attache à la justice : « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un juge indépendant et impartial* » énonce l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

En revanche, la loi impose assez logiquement le secret de l'instruction (article 11 du code de procédure pénale).

Le secret s'impose aussi dans les délibérés, après la clôture des débats. Le délibéré entre juges est couvert par le secret le plus absolu, et il en est ainsi de toutes les juridictions françaises.

Ce secret est inhérent à la notion de collégialité : si chaque juge pouvait exprimer son opinion, comme il est d'usage dans les formations anglaises, le jugement serait l'œuvre d'une « pluralité de juges uniques » et non pas celle d'un véritable collègue formant une entité autonome, statuant « *au nom du peuple français* ».

#### D - LE JUGEMENT

Le jugement est l'acte solennel par lequel la juridiction saisie se prononce.

Tout jugement doit être écrit, motivé, prononcé en audience publique.

Il relate les prétentions et moyens des parties, les discute, et dispose enfin « par ces motifs » en tranchant le litige, en déclenchant le processus de réparation ; il ordonne ainsi aux parties de se taire et d'exécuter ce qu'il dit. On

emploie le terme « arrêt » lorsqu'il est prononcé par une Cour. Enfin les « sentences » s'entendent en matière pénale et aussi devant les Conseils des prud'hommes, ainsi qu'en matière arbitrale.

Il acquiert dès lors l'autorité de la chose jugée : on ne peut pas recommencer le même procès.

Par dérogation, l'autorité de la chose jugée est opposable à tous, y compris aux tiers en matière pénale et dans la juridiction administrative lorsqu'elle annule un acte attaqué par un recours pour excès de pouvoir.

Les voies de recours sont des voies de droit dont l'objet est de remettre en cause une décision de justice. L'appel est de loin la plus utilisée des voies de recours, la juridiction du second degré est saisie de l'affaire pour la juger à nouveau aussi bien en fait qu'en droit dans les mêmes conditions que le premier jugement. L'appel est suspensif, sauf exécution provisoire: on comprend dès lors facilement que le recours à une juridiction d'appel peut constituer un moyen puissant de retarder l'application des décisions.

#### E - L'EXÉCUTION

Toute décision de justice, définitive ou d'exécution provisoire en première instance, a force exécutoire et peut donner lieu à une exécution forcée au besoin sous forme de contrainte matérielle. En effet, la fonction judiciaire est aussi une fonction d'autorité : le pouvoir de dire le droit (*jurisdictio*) s'accompagne du pouvoir de commandement (*imperium*) qui se traduit matériellement par l'apposition, à la fin de chaque jugement, d'une formule exécutoire.

Cette force exécutoire est très importante : pour le plaideur qui souvent a longtemps attendu et pour le prestige de la justice qui risque de pâtir si la décision n'est pas respectée.

Toutefois, l'effectivité des décisions de justice pose problème : c'est une chose que de gagner un procès, c'en est une autre, bien plus difficile a-t-on pu dire, que de le voir exécuté. L'exécution provisoire se heurte parfois à la réticence des pouvoirs publics (par exemple expulser des locataires ou des grévistes installés dans une usine) mais également aux difficultés des voies d'exécution (saisies, garanties...) et peut être plus encore à la réticence des juges eux-mêmes par souci du respect de la liberté d'appel.

Le sociologue Alain Tourret, s'exprimant sur l'exécution d'une décision, indique « *qu'une décision de justice est une prise de risque permanente entre les impératifs de l'ordre public et ceux de la liberté du citoyen* ».

La partie confrontée à la carence qu'emporte une telle inexécution n'est pour autant pas totalement démunie de tout recours : elle peut demander devant le juge la réparation du préjudice. Le Conseil d'Etat accueille assez favorablement les requêtes civiles de cette nature même lorsqu'il estime qu'il n'y a pas faute de l'Etat.

A cet égard, dans le domaine des sanctions pénales, le délai entre le prononcé d'une peine et son exécution s'élèverait à 7 mois<sup>9</sup>, ce retard s'expliquant par les délais de frappe du jugement et la rédaction des bordereaux informant les services chargés d'exécuter les peines comme par exemple le Trésor public pour les amendes.

Au-delà des questions de fait concernant l'exécution, l'aporie suivante s'impose à la réflexion : le juge doit-il, peut-il, tenir compte des conséquences de ses décisions ? Doit-il évaluer la proportionnalité entre la décision prise et les conséquences que celle-ci peut avoir pour l'Etat, les entreprises, les systèmes d'assurance, voire les personnes indirectement concernées par le procès ? La capacité d'exécution d'une décision se trouve nécessairement renforcée par une approche téléologique de la décision eu égard à la recherche de la finalité des textes, pour autant qu'elle apparaisse clairement (cf. affaire Vilvoorde vue par la CJCE ou encore arrêts du Conseil d'Etat considérant que la responsabilité en matière médicale ne s'applique que pour les fautes lourdes).

## II - LES STRUCTURES

L'ensemble des juridictions de l'ordre judiciaire se présente à la manière d'une pyramide coiffée par la Cour de Cassation alors que l'édifice des juridictions administratives porte à son sommet le Conseil d'Etat. Toutefois, nous n'évoquerons pas les juridictions administratives qui ne concernent pas directement notre sujet, même si rentre dans le domaine économique le contentieux fiscal, qui mériterait un développement autonome, celui des établissements à vocation industrielle et commerciale ainsi que celui du recours contre certaines décisions de la COB. La dualité de juridiction sera abordée à la marge pour souligner la difficulté à laquelle peut être confronté le citoyen pour décrypter le système judiciaire dans son ensemble.

Les juridictions sont chargées de « dire le droit » (*jurisdictio*). Ce terme générique recouvre les tribunaux (pour la plupart, ce sont des juridictions de premier degré) et les cours, mot noble généralement réservé aux juridictions d'un rang plus élevé dans la hiérarchie judiciaire. Le terme de « conseil » s'emploie davantage pour désigner les juridictions paritaires où siègent des juges qui défendent des intérêts parfois opposés et tiennent donc « conseil ».

---

<sup>9</sup> D'après un rapport de M. Jean-Luc Warsmann remis en avril 2003 au Garde des Sceaux sur l'exécution des sanctions pénales.

## A - LES JURIDICTIONS CIVILES ET COMMERCIALES

Conformément au principe du double degré de juridictions, les organes juridictionnels chargés de statuer sur le contentieux privé en matière civile, commerciale et sociale s'étagent sur deux degrés différents.

### 1. Les juridictions du premier degré

Pour répondre à la diversité des litiges, la loi offre un éventail de juridictions, chacune ayant une compétence particulière. Nous ne traiterons pas ici des juridictions en matière de sécurité sociale ni des tribunaux paritaires de baux ruraux.

#### *1.1. Les tribunaux de grande instance*

Au nombre de 181, les tribunaux de grande instance (TGI) sont compétents pour connaître en première instance de tous les litiges de nature privée sauf attribution spécifique prévue par la loi à une juridiction spécialisée (affaires commerciales, conflit du travail...) : le TGI est donc qualifié de juridiction de droit commun.

Les TGI traitent des affaires dont le montant excède 7 600 € : au dessous de cette somme, la compétence revient aux tribunaux d'instance ou au juge de proximité.

En principe, il y a un TGI par département, généralement situé dans le chef lieu. Toutefois il peut y avoir plusieurs TGI par département (le Nord en compte sept). La réforme de 1958, qui a donné naissance à l'actuelle carte géographique des TGI, avait sacrifié « la justice de proximité » à un regroupement départemental des tribunaux pour éliminer ceux dont l'activité était considérée comme trop faible.

La question de la modification de cette carte géographique est récurrente. En effet, son absence d'adaptation présente des effets pervers : des banlieues surpeuplées n'ont pas de juridiction accessible alors que des arrondissements ruraux vidés de leur population sont pourvus, non seulement d'un tribunal d'instance mais aussi d'un conseil des prud'hommes et d'un tribunal de commerce.

En principe, tout jugement est rendu collégalement par des magistrats qui délibèrent en nombre impair. Tout TGI comporte au moins trois juges dont un président, l'effectif variant ensuite en fonction de son importance et du volume des affaires traitées (Paris, Lyon, Toulouse et Bordeaux ont par exemple un nombre important de juges).

S'il y a plus de cinq juges, le tribunal est divisé en chambres spécialisées présidées par un magistrat qui porte le titre de vice-président. Parfois, les chambres sont elles-mêmes subdivisées en sections.

Depuis 1995, un TGI peut avoir des antennes appelées « chambres détachées ». Succursales du tribunal de détachement, elles complètent les dispositifs mis en place pour assurer une justice de proximité.

A la différence de certains pays européens anglo-saxons, il n'y a pas de jury civil composé de citoyens.

En règle générale, la formation de jugement siège en audience publique. Parfois y est préféré, pour des questions de protection des personnes, un jugement « en chambre du conseil » c'est à dire en dehors de toute publicité, uniquement en présence des parties et de leurs avocats.

Aujourd'hui, face à l'augmentation croissante du contentieux (579 000 affaires en 2001 dont 430 000 jugées au fond), les TGI sont submergés. En effet, le volume des affaires traitées par les TGI a augmenté de 50 % en 12 ans (1988-2000) avec, en outre, depuis le début des années 1990, un accroissement considérable des affaires nouvelles...sans nuire pour autant à la réduction des délais moyens (deux mois depuis 20 ans), bien que la durée moyenne de traitement d'un conflit portant sur un contrat soit encore proche de 18 mois.

### *1.2. Les tribunaux d'instance*

Au nombre de 473, les tribunaux d'instance jugent les petites affaires civiles dont le montant de la demande est inférieur à 7 600 €. Il y siège un seul juge, héritier du « juge de paix », ce qui déroge au principe de la collégialité mais facilite l'accès à la juridiction. A l'origine ce type de juridiction avait d'ailleurs été instauré pour faciliter le dialogue et essayer d'obtenir que les parties se concilient, ce qui d'ailleurs rendait il y a peu encore obligatoire un préliminaire de conciliation avant jugement. Les parties peuvent s'y présenter en personne sans être obligatoirement représentées par un avocat.

Cette juridiction a longtemps eu un rôle social d'importance, notamment dans les milieux ruraux. Aujourd'hui la conception révolutionnaire qui voyait dans le juge de paix « un juge au milieu de ses enfants » a disparu mais le tribunal d'instance demeure un rouage important de l'appareil judiciaire. Désormais, il s'apparente davantage à un « petit TGI ».

Par ailleurs, des conciliateurs de justice, proches dans l'esprit de ces anciens juges de paix, ont été mis en place pour résoudre les petits litiges. Pour étoffer le personnel de cette justice dite de proximité la loi de 1995 a ouvert la possibilité de recrutement temporaire de personnes exerçant la fonction de magistrat. On peut y voir la renaissance des juges de paix suppléants qui, sans faire carrière dans la magistrature, apportent pour un temps leur compétence et leur disponibilité au service de la justice.

Les 3 300 juges de proximité viendront au fur et à mesure de leur recrutement épauler les tribunaux d'instance pour les litiges en matière civile ne dépassant pas 1 500 €

### 1.3. Les tribunaux de commerce

Les tribunaux de commerce sont des juridictions d'exception compétentes pour juger en première instance les affaires commerciales (actes de commerce, sociétés commerciales et surtout les cessions d'activité, redressements judiciaires...). Elles tiennent donc un rôle majeur dans la vie des affaires.

L'originalité de cette juridiction est d'être composée de juges qui ne sont pas des magistrats de carrière mais des professionnels. Ce tribunal a pour origine une juridiction créée dans les républiques marchandes de Gênes et de Venise, pour trancher les litiges entre marchands faisant commerce de denrées en provenance d'Orient. Pour résoudre rapidement ces litiges, avaient été institués des « juges consul », d'où l'expression « juridictions consulaires ».

Cette juridiction fut introduite en France au XV<sup>ème</sup> siècle au moment des grandes foires pour juger sur le champ les conflits nés des transactions commerciales qui s'y traitaient. Leur efficacité et peut être aussi leur mode de désignation (élection) les a préservés de l'abîme dans lequel sont tombées nombre de juridictions d'exception pendant la Révolution.

Aucun magistrat de carrière ne participe au jugement des affaires portées devant les tribunaux de commerce, les juges étant tous élus, exerçant des fonctions de manière bénévole. Les 3 100 magistrats consulaires rendent près de 200 000 décisions dans un délai moyen de 6 mois.

Les tribunaux n'ont cessé de croître en nombre (jusqu'en 1999 où 36 ont été supprimés) et en importance : il en existe 191 répartis à travers le pays auxquels il convient d'ajouter 7 « chambres commerciales » dans les départements alsaciens-mosellans et 4 tribunaux mixtes de commerce dans les DOM. A la différence des TGI, les tribunaux de commerce sont institués dans des lieux où l'activité commerciale en impose la nécessité. Chaque tribunal est institué par décret et peut être supprimé par la même voie. Il peut arriver que certains départements ne soient pas dotés de tribunal de commerce (Lozère, Haute Savoie). Dans ce cas, le TGI « statue commercialement ».

Lorsque le tribunal comporte un nombre de juges suffisant, il est divisé en chambres spécialisées. Pour prononcer un jugement, trois juges au moins se réunissent, toujours en nombre impair et en audience publique.

Le débat autour de la nécessité ou non de maintenir ce type de juridiction d'exception est récurrent. Des arguments militent pour leur maintien : rapidité, moindre coût, mais surtout qualité des juges qui ont une bonne connaissance du terrain et savent exactement de quoi il retourne : par opposition, on fait souvent reproche aux juges des autres juridictions de manquer d'expérience pratique de la vie des affaires et de trancher des litiges auxquels ils sont totalement étrangers. Les juges consulaires connaissent les points techniques sur lesquels ils ont à se prononcer et mesurent peut être davantage que leurs pairs les conséquences économiques de leurs décisions, ce qui donne à leurs jugements un caractère souvent pragmatique apprécié du justiciable. Enfin la justice commerciale est essentiellement conciliatrice, l'esprit et le sens pratique des juges des tribunaux

de commerce les conduisant très souvent à conseiller aux parties de se concilier ou de transiger.

Les adversaires de la justice consulaire arguent du recrutement en forme de cooptation, de l'absence d'une formation juridique solide et du fait qu'ils présentent moins de garantie d'indépendance et d'impartialité, pour peu qu'ils connaissent les parties, ne serait-ce que très indirectement.

Pour justifiées qu'elles soient, ces remarques doivent être nuancées à raison de la taille des tribunaux, du coût très réduit des moyens mis en œuvre, et ce, sans que le niveau qualitatif en souffre, puisque le taux d'appel est limité à 14 %, et que le taux de réforme des jugements reste inférieur à 4 %. Ajoutons enfin que ces tribunaux exercent une activité grandissante dans le domaine de la prévention des difficultés des entreprises.

Plusieurs projets de réforme ont été envisagés dont la refonte de la carte judiciaire avec suppression d'un certain nombre de petits tribunaux. Pour remédier à certains dysfonctionnements qui avaient été constatés par l'inspection des finances, spécialement en matière de procédures collectives, un projet a été élaboré pour introduire une certaine mixité dans les juridictions consulaires notamment en les plaçant sous la présidence d'un magistrat de carrière. Cette formule dénommée « *échevinage* » en vigueur en Alsace-Moselle présente l'avantage de combiner les atouts des juges consulaires à ceux des magistrats de carrière.

Les excès initiaux dans la conduite de la réforme et le niveau des moyens à engager pour sa mise en œuvre ont conduit le Garde des sceaux à annoncer le 22 novembre 2003 l'abandon de cette réforme.

#### *1.4. Les conseils des prud'hommes*

Il existe 271 conseils de prud'hommes, composés de 14 600 conseillers, rendant environ 160 000 décisions dans un délai moyen de 10 mois (20 mois s'il y a départage).

Le conseil des prud'hommes est une juridiction composée de juges élus à parité entre employeurs et salariés, dont le rôle est de concilier et de juger les litiges au sein des entreprises. Un salarié qui s'estime abusivement licencié peut par exemple saisir les prud'hommes. Cette appellation vient du fait que l'on a recours à des hommes sages, des hommes « prudents ». Ils trouvent leur origine à Lyon sous l'ancien régime dans le milieu des soieries.

Le Conseil des prud'hommes n'est compétent que si le litige oppose un employeur déterminé à un salarié déterminé au regard du contrat de travail. Tout jugement doit être rendu par quatre conseillers (deux de chaque représentation) et en cas de partage égal des voix, il est fait appel au président du tribunal d'instance du ressort dans lequel se situe le tribunal des prud'hommes, qualifié alors de « juge départiteur » qui, soit se rallie à l'une des solutions, soit en propose une troisième.

Les conseils des prud'hommes doivent préalablement tenter de concilier avant de rendre des jugements, mais cette procédure n'aboutit que dans 8 à 9 % des cas qui lui sont soumis.

## **2. Les juridictions du second degré : les Cours d'appel**

Chargées de statuer en deuxième instance, les Cours d'appel, dont le ressort territorial s'étend à plusieurs départements, sont au nombre de 35 réparties en France métropolitaine auxquelles il convient d'ajouter trois autres dans les DOM ainsi qu'un tribunal supérieur d'appel à Nouméa.

L'appel est toujours porté devant la Cour d'appel du ressort territorial de la juridiction de première instance. Depuis 1958 leur compétence a été étendue à tous les champs traités en matière civile par les différentes juridictions de première instance, par exemple en matière de sécurité sociale. Pour conserver un certain degré de spécialisation, ont été créées les chambres sociales composées de conseillers qualifiés en matière sociale.

Le principe du double degré de juridiction est écarté pour les affaires les plus modestes, lorsque le montant du préjudice est faible (moins de 3 800 €) quelle que soit la juridiction du premier degré. L'objection peut être faite que l'importance d'un procès ne dépend pas nécessairement du montant des sommes en jeu et qu'un petit procès peut parfaitement poser des problèmes de principe que les parties ont à cœur de voir reconnaître. Dans nombre de systèmes judiciaires étrangers, l'appel est admis en toute matière quels que soient les montants en jeu, mais le plus souvent après avis d'une commission indépendante ou du tribunal lui-même. Tous les pays européens, sauf les Pays-Bas, ont limité depuis 1990 le droit à l'appel et renforcé le rôle de la juridiction de premier degré.

Le choix opéré en France est celui d'alléger le travail des Cours déjà bien encombrées et de ne pas générer de frais disproportionnés à l'affaire.

Les Cours d'appel sont composées de magistrats appelés conseillers, en souvenir des anciens parlements où la justice était rendue au nom du roi. Ces magistrats ont le plus souvent exercé dans une juridiction de premier degré pour acquérir une expérience solide du monde judiciaire.

A la tête de chaque Cour d'appel est institué un Premier Président qui a parmi ses missions l'inspection des juridictions de première instance de son ressort dont il rend compte auprès du Garde des sceaux. De même que les TGI, les Cours d'appel sont divisées en chambres spécialisées placées chacune sous la responsabilité d'un président. Le nombre de chambre varie selon l'importance de la cour.

La Cour se réunit en audience ordinaire ou, lorsque les affaires sont plus complexes, par exemple après un renvoi en cassation, en audience solennelle, les conseillers se coiffent alors de leur toque rouge.

Les Cours d'appel occupent donc une place importante dans la hiérarchie judiciaire car leur décision épuise le second degré de juridiction : sauf à former un pourvoi en cassation (qui ne constitue pas pour autant un troisième degré de juridiction), le litige est définitivement tranché par l'arrêt qui est rendu : l'affaire est jugée en dernier ressort.

On constate que le nombre d'appels, appels qui deviennent quasi systématiques, a doublé depuis une dizaine d'années pour un nombre identique de conseillers. Il faut donc 18 mois en moyenne pour voir juger une affaire.

## B - LES JURIDICTIONS PÉNALES

Elles sont chargées de réprimer les infractions et d'infliger des peines d'où le nom de « juridictions répressives » parfois utilisé pour les qualifier.

Il existe des juridictions pénales spécialisées telles les juridictions pénales de nature politique ou militaire, ou les juridictions pénales pour les mineurs.

Doivent être distinguées les juridictions d'instruction et les juridictions de jugement. En effet, la particularité française en matière pénale est l'existence de juridictions organiquement distinctes de celles de jugement, dont la mission n'est pas de se prononcer sur la culpabilité ou l'innocence de la personne poursuivie, mais de rassembler les preuves et apprécier si les charges sont suffisantes pour justifier sa comparution devant la juridiction de jugement.

Un tel particularisme trouve sa justification dans la gravité, pour une personne, de se retrouver déferée devant une juridiction pénale.

### 1. Les juridictions d'instruction

#### 1.1. Le juge d'instruction

Cette fonction est exercée par un juge du TGI investi de cette mission par décret du Président de la République. Il constitue à lui seul une juridiction à juge unique. Il est saisi soit par le procureur de la République soit par la victime elle-même sur plainte avec constitution de partie civile.

Lorsqu'il y a crime, la saisie du juge d'instruction est obligatoire alors qu'elle reste facultative dans le cas d'un délit correctionnel où tout dépend de la complexité des faits. La mission du juge d'instruction est de rassembler les informations nécessaires sur les faits dont il est saisi pour éventuellement procéder à la mise en examen du suspect (ce dernier terme ayant été substitué à celui d'inculpé qui portait en son sein la notion même de culpabilité...).

Le juge d'instruction doit instruire l'affaire objectivement (et non amonceler uniquement des charges...) : il instruit donc à charge et à décharge en procédant à divers actes d'instruction : perquisition, saisie de documents, certaines opérations pouvant être d'ailleurs déléguées à un officier de police judiciaire qui agit alors sur commission rogatoire. Il peut délivrer trois types de mandats : mandat de comparution, mandat d'amener, mandat d'arrêt.

Pendant l'instruction, il peut être amené à trancher, en sa qualité de juge, certaines contestations au moyen d'un acte juridictionnel appelé « ordonnance ». Si les charges apparaissent comme insuffisantes, il prononce un non lieu. Dans le cas contraire, il rédige une ordonnance de renvoi qui confirme pour renvoyer la personne poursuivie devant une juridiction de jugement.

Il peut également être délivré un mandat de dépôt qui a pour effet de placer le suspect en détention provisoire, ce qui est un acte grave de privation temporaire de liberté : depuis une loi du 15 juin 2000, ce n'est plus le juge d'instruction qui peut prononcer une telle mesure mais un juge neutre à l'affaire, le juge des libertés et de la détention. Le prévenu peut d'ailleurs interjeter appel devant la chambre de l'instruction.

Ce juge « *demi-Maigret* », « *demi-Salomon* », selon l'expression de Monsieur Robert Badinter, ancien Garde des sceaux, reste une image emblématique et populaire mais de nombreux débats ont déjà eu lieu sur la compatibilité d'une fonction liée à l'accusation avec celle d'une fonction de justice. Cet antagonisme n'a jamais existé dans les pays anglo-saxons, et a été abandonné depuis quinze ans dans la plupart des pays européens, dont l'Allemagne et l'Italie.

### *1.2. Second degré : la chambre de l'instruction*

C'est une chambre spéciale de la cour d'appel composée de trois conseillers qui constitue à elle seule une juridiction à part. Elle exerce un contrôle juridictionnel au second degré sur les actes de l'instruction et sur les actes juridictionnels du juge d'instruction et même sur les simples actes d'instruction qui peuvent parfois avoir des répercussions graves dans la recherche de la vérité. Elle examine la régularité des actes et leur opportunité.

## **2. Les juridictions de jugement**

Elles sont appelées à se prononcer sur l'innocence ou la culpabilité de la personne poursuivie : elles acquittent, relaxent ou infligent une peine.

### *2.1. En matière de contravention et délit*

#### *a) Les juridictions de premier degré*

En matière de contravention, c'est le tribunal de police qui est compétent (nom donné au tribunal d'instance lorsqu'il statue en matière contraventionnelle) : c'est une juridiction à juge unique.

En matière de délits, c'est le tribunal correctionnel qui statue (à savoir le TGI qui prend ce nom lorsqu'il se prononce sur des délits), présidé par le président du TGI, généralement au sein d'une formation collégiale de trois juges. En principe, le tribunal correctionnel a le même siège et le même ressort que le TGI. Toutefois une exception doit être relevée en matière d'infractions de nature économique et financière où la complexité des affaires appelle un traitement particulier par des magistrats spécialisés : d'où l'idée concrétisée par une loi de

1975 de réserver ces délits à certains tribunaux correctionnels pourvus de ce type de magistrats.

*b) Les juridictions du second degré*

Les chambres des appels correctionnels examinent les recours formés contre un jugement rendu par les deux instances précitées. C'est en fait une chambre spécialisée de la cour d'appel qui a une compétence en matière pénale.

*2.2. En matière criminelle*

L'extrême gravité de l'infraction commise (assassinat, meurtre, trafic de stupéfiants, corruption, séquestration, viol etc.) justifie la mise en place d'une juridiction spéciale et solennelle. La juridiction compétente est alors la cour d'assises.

C'est une juridiction départementale qui fonctionne par intermittence, en sessions. En principe il y a une session tous les trois mois à moins que le volume des affaires à traiter ne nécessite des audiences plus fréquentes. Chaque session dure le temps nécessaire à épuiser l'ensemble des affaires inscrites au rôle sans pouvoir excéder 15 jours. Ce particularisme tient au fait qu'étant composée de jurés, c'est à dire de simples particuliers, on ne peut imposer à ces derniers de tenir trop longtemps éloignés de leurs obligations professionnelles.

L'originalité de cette Cour est donc sa composition hétérogène : la Cour proprement dite comporte trois magistrats professionnels, dont le président des assises qui dirige les débats (soit un président de chambre, soit un conseiller de la cour d'appel) ; à ses côtés, deux assesseurs choisis parmi les conseillers de la cour ou du TGI, neuf jurés désignés par tirage au sort d'où le nom de « juridiction populaire ». Siègent également un représentant du ministère public qui doit soutenir l'accusation et enfin un greffier.

Dans la conception initiale, la Cour et les jurés avaient des rôles bien distincts. Le jury se prononçait sur les faits (leur matérialité et la culpabilité ou non de l'accusé) par un verdict et, en fonction de celui-ci, la cour rendait le droit en appliquant la peine prévue par la loi. Depuis 1941, la Cour et les jurés délibèrent et votent ensemble, sur les faits et le droit.

Jusqu'à une époque très récente, les arrêts rendus par les cours d'assises ne pouvaient faire l'objet d'aucun appel, seul le pourvoi en Cassation restant ouvert : les faits étaient souverainement établis par la Cour d'assise en premier et dernier ressort. L'opinion publique avait du mal à admettre qu'un procès en assises, si lourd de conséquence, ne puisse être porté devant un second degré de juridiction. Ce principe était surtout contraire à la Convention européenne des droits de l'homme qui stipule dans l'article 2-1 de son protocole n°7 : « toute personne déclarée coupable d'une infraction par une juridiction pénale a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de sa culpabilité ou sa condamnation ».

La loi du 15 juin 2000, a pour la première fois en France, organisé un appel contre les arrêts rendus en matière criminelle : tout accusé condamné par une cour d'assises peut demander à ce que l'affaire soit jugée de nouveau par une autre cour d'assise qui se prononcera souverainement au second degré. Le même droit appartient au ministère public, même si l'accusé est acquitté.

C'est donc une autre cour d'assise qui examinera l'affaire en second degré et non une juridiction spéciale d'appel. Le nombre de jurés y sera toutefois plus élevé (12 au lieu de 9), toute décision défavorable à l'accusé devant être prise à la majorité de dix voix au moins (au lieu de huit en premier ressort).

Il convient de relever que devant l'importance des volumes, de la lourdeur administrative, des délais, les Parquets ont tendance à « correctionnaliser » certaines affaires.

## C - LA COUR DE CASSATION

La Cour de Cassation est la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire. Qualifiée volontiers de « cour suprême », elle est bien entendu unique et siège à Paris. La préoccupation principale de ses créateurs était à l'origine la protection du pouvoir législatif et l'instauration d'un contrôle pour éviter que le juge ne s'immisce dans la fonction du législateur et se substitue à lui. Toutefois, une autre mission s'est vite imposée comme la plus importante : unifier l'interprétation des règles de droit et donc de la jurisprudence.

### **1. Son rôle traditionnel : la saisie sur pourvoi**

La Cour de Cassation n'est pas un troisième degré de juridiction : elle est juge du droit et non juge du fait. En effet, si elle est la juridiction la plus élevée de l'ordre judiciaire, elle se trouve en même temps être celle dont les pouvoirs juridictionnels sont les plus limités. Son rôle consiste à vérifier si, dans le cas d'espèce qui lui est présenté, la règle de droit a été correctement interprétée et appliquée.

Pour bien comprendre le rôle particulier de la Cour de Cassation, il faut savoir qu'une décision de justice résulte d'abord de l'application d'une règle de droit, les faits conditionnant l'application de cette règle et les motivations du jugement qui en découlent. La Cour n'a donc pas à examiner les faits qui relèvent du pouvoir des juridictions saisies au premier et second degré, qui sont « les juges du fond », les cours d'appel statuant en dernier ressort. La Cour de Cassation « *juge les jugements, pas les affaires* ».

L'auteur d'un pourvoi doit donc invoquer une ou plusieurs violations de la loi, chacune constituant un « moyen ». Ces violations de la loi vont bien évidemment au delà du simple vice de forme, il implique une violation de « la règle de droit » : la Cour joue donc un rôle primordial dans l'interprétation de la règle de droit, qui va bien au delà du pur contrôle de forme.

Une fois saisie, la Cour estime soit que le juge a bien respecté la loi et elle rejette donc le pourvoi et la décision attaquée devient irrévocable ; soit elle considère au contraire que la décision est entachée d'une violation de la loi auquel cas elle « casse » la décision et renvoie l'affaire devant une Cour de son choix, qui elle, pourra rejurer en fait et en droit, avec une entière liberté (mais en intégrant bien sûr l'interprétation donnée par la Cour de Cassation).

Il arrive par conséquent qu'un second pourvoi soit formé si la juridiction de renvoi ne se conforme pas à l'interprétation retenue par la Cour suprême, révélant alors un conflit entre la Cour et les juridictions du fond. La Cour de Cassation se réunit alors en Assemblée plénière, qui ne cesse pour autant d'être exclusivement juge du droit.

Il est intéressant de noter que, dans de nombreux systèmes judiciaires étrangers, contrairement au nôtre, la Cour suprême est à la fois juge du droit et juge du fait. Le système français présente l'avantage de bien cadrer la règle de droit jurisprudentielle lors d'arrêts dits « de principe ». Il faut toutefois reconnaître que c'est au détriment de la rapidité et du coût d'un procès en raison du pourvoi.

## **2. Son rôle de saisine pour avis**

Comme la Cour met un certain temps à rendre ses décisions et que le jugement d'un certain nombre d'affaires similaires dépend de la jurisprudence qui sera dégagée, est venue l'idée de permettre aux juges du fond, lorsqu'ils en éprouvent la nécessité, de saisir directement la Cour pour qu'elle émette un avis sur l'interprétation d'un nouveau texte, avant que l'affaire n'ait été jugée en dernier ressort. C'est la « saisine pour avis » instituée en 1987 pour le Conseil d'Etat et qui a été étendue à la Cour de Cassation en 1991 en matière civile et en 2001 en matière pénale.

Comme simple avis, cette décision ne lie alors pas le juge du fond qui reste libre d'interpréter à sa convenance l'affaire. Il ne lie même pas la Cour elle-même qui pourrait très bien lors d'un pourvoi, même si on l'imagine mal, se prononcer d'une manière différente. Cette innovation prometteuse place bien la Cour de Cassation comme une autorité suprême chargée d'interpréter la loi et non de dire seulement le droit à l'occasion d'une affaire bien déterminée. En effet on peut imaginer que l'avis sera tout de même suivi par le juge du fond...

Il convient toutefois que la demande d'avis porte sur une question de droit nouvelle présentant une difficulté sérieuse se posant dans de nombreux litiges.

La demande d'avis est portée devant une formation spéciale composée des plus hautes personnalités de la Cour, qui dispose d'un délai de trois mois pour répondre. En attendant, le juge du fond doit surseoir à statuer.

Le nombre de saisines pour avis demeure relativement modeste. Cet état de fait est déploré par un certain nombre d'acteurs du monde judiciaire qui estiment que la Cour trouverait là sa vraie dimension, à l'instar de la Cour de justice des

communautés européennes. Ces avis pourraient d'ailleurs vraiment anticiper certains contentieux.

### **3. Evolution de la Cour de Cassation**

Depuis maintenant une cinquantaine d'années, la Cour se trouve confrontée à une augmentation régulière du nombre des pourvois, ce qui donne une moyenne de délais de traitement des affaires avoisinant les deux années. Cette augmentation du nombre des pourvois trouve sa source dans les mêmes causes que celles décrites ci-après sur la judiciarisation en général : multiplication des lois émanant de l'autorité exécutive mais aussi d'un pouvoir législatif changeant régulièrement, nécessité d'interpréter des textes de rédaction parfois imprécise, appels de plus en plus systématique des plaideurs aux voies de recours...

De nombreuses réformes ont tenté d'instaurer des filtrages des pourvois, avec un succès limité. Elles ont d'abord visé les structures et l'augmentation des effectifs (création de la chambre sociale en 1937, de la chambre commerciale en 1947, triplement de la chambre civile en 1957, nomination de jeunes conseillers référendaires pour accélérer le travail des conseillers et d'auditeurs à la Cour de Cassation pour aider dans les tâches administratives) puis le fonctionnement de la Cour (allègement de certaines formations de la Cour) et enfin une limitation des pourvois.

Le problème majeur vient en fait que de nombreux pourvois ne sont pas justifiés et ne devraient donc pas arriver jusqu'à la Cour. Le volume des affaires traitées par la Cour a augmenté de 12 % en 5 ans (22 300 affaires en 2002). L'amende pour pourvoi abusif est une possibilité mais finalement peu dissuasive et discriminatoire. Une autre solution serait de décourager les pourvois dilatoires en retirant par exemple l'affaire du rôle si le demandeur au pourvoi n'a pas d'abord exécuté l'arrêt attaqué : on espère ainsi décourager ceux qui ne forment un pourvoi que dans le but de maintenir un contentieux latent en « jouant la montre ». Mais le remède le plus efficace semble être une procédure d'admission pour sélectionner les pourvois afin d'éliminer d'emblée ceux qui paraissent manifestement irrecevables ou dépourvus de moyen sérieux : jadis la chambre des requêtes procédait à cet examen mais, depuis 1947, elle a été supprimée parce qu'elle représentait un goulot d'étranglement. Depuis la loi du 25 juin 2001, il a été institué au sein de chaque chambre une formation dite « restreinte » composée de quelques conseillers chargée de sélectionner les pourvois.

Si l'on ose un parallèle avec le Conseil d'Etat, on regrettera qu'à l'inverse de la plus haute juridiction de l'ordre administratif, la Cour de Cassation ne soit pas consultée officiellement lors de la rédaction des lois, même si, dans son rapport annuel, elle exprime un certain nombre de remarques qui pointent les déficiences législatives ou réglementaires et appellent des propositions de réforme.

D - LES ASPECTS QUANTITATIFS

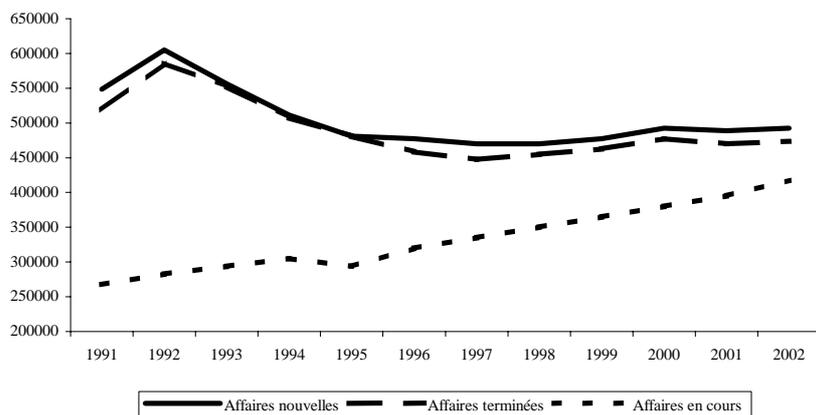
De l'aveu même d'un haut magistrat, les statistiques en matière judiciaire « ne sont pas pauvres, elles sont indigentes ». Le recueil même des données de base n'est pas toujours sans reproche. Les agrégations sont délicates à opérer et sont le plus souvent inexistantes. Au demeurant, l'ensemble de ces chiffres ne traduit qu'infidèlement les différences significatives qui existent d'une région à l'autre et la réalité des délais moyens, très variables selon la nature des affaires traitées ainsi que le lien entre le délai et l'importance du tribunal qui traite l'affaire.

Les données ci-dessous émanent pour l'essentiel du rapport annuel de la Cour de Cassation et de l'annuaire statistique de la justice publié par le ministère de la Justice.

**1. Les tribunaux d'instance**

L'activité de ces tribunaux a été particulièrement intense en 1992 (plus de 600 000 affaires). Elle a ensuite fortement chuté jusqu'en 1997 (480 000 affaires) puis s'est ensuite légèrement redressée tout en demeurant inférieure à 500 000 en 2002. Sur cinq ans, la progression ressort à 4,7 %. La durée moyenne de jugement ressort à 5,1 mois.

Graphique 1 : Evolution de l'activité des tribunaux d'instance



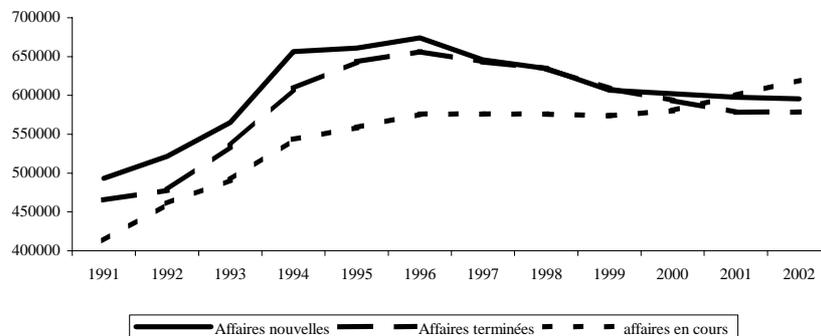
Source : Ministère de la justice

**2. Les tribunaux de grande instance**

Après avoir fortement progressé de 1990 à 1996, le nombre d'affaires traitées par ces tribunaux a régressé progressivement : après un pic de 670 000 affaires environ, l'année 2002 s'est achevée avec moins de 600 000 affaires. Le recul affecte à la fois les affaires nouvelles (-7 % en 5 ans) et les affaires terminées (-10 % en 5 ans).

Pour ce qui concerne spécifiquement les tribunaux de grande instance à compétence commerciale, qui traitent 8 % des affaires commerciales, le recul est comparable mais encore plus marqué : -10 % pour les affaires nouvelles et -15 % pour les affaires terminées sur 5 ans.

Graphique 2 : Evolution de l'activité des tribunaux de grande instance



Source : ministère de la Justice

La durée moyenne des affaires terminées s'établit à un peu plus de 9 mois, sauf pour les référés dont la durée est ramenée à 1 mois et demi. Dans le domaine commercial, la durée moyenne n'est que de 6 mois et les référés de 2 mois.

### 3. Les tribunaux de commerce

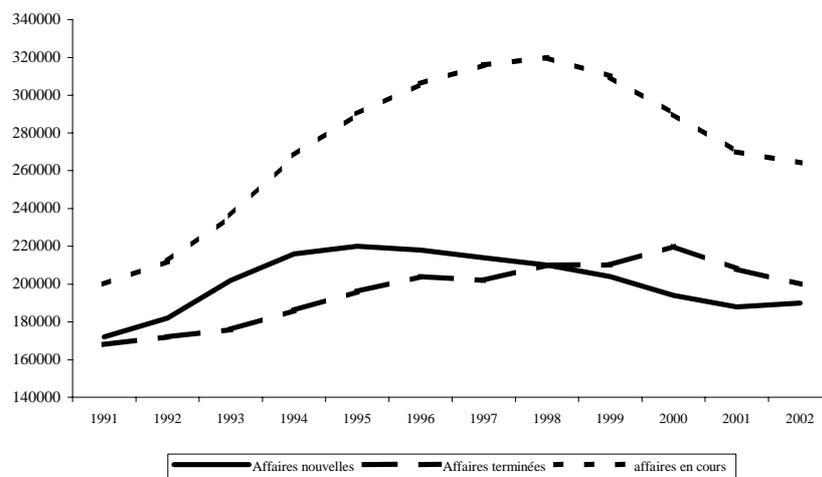
Les tribunaux de commerce traitent un peu moins de 200 000 affaires contentieuses et rendent environ 70 000 décisions liées à des procédures collectives avec une durée moyenne de 5 mois et demi. Environ 35 000 référés sont examinés avec une durée moyenne de 1 mois et demi.

### 4. Les Cours d'appel

La progression des affaires traitées par les Cours a été vive de 1990 (170 000 affaires) à 1994. Elle s'est ensuite stabilisée jusqu'en 1996 (autour de 220 000 affaires) et décroît régulièrement depuis. En 2002, moins de 190 000 affaires nouvelles ont été recensées (-12,7 % en 5 ans).

La durée moyenne des affaires s'établit à 17,2 mois. Le taux d'appels en 2001 était de 4,7 % pour les tribunaux d'instance, 15,6 % pour les tribunaux de grande instance, 56,9 % pour les prud'hommes et 10 % pour les tribunaux de commerce. Le droit des affaires représente 41,6 % du contentieux civil.

Graphique 3 : Evolution de l'activité au civil des Cours d'appel

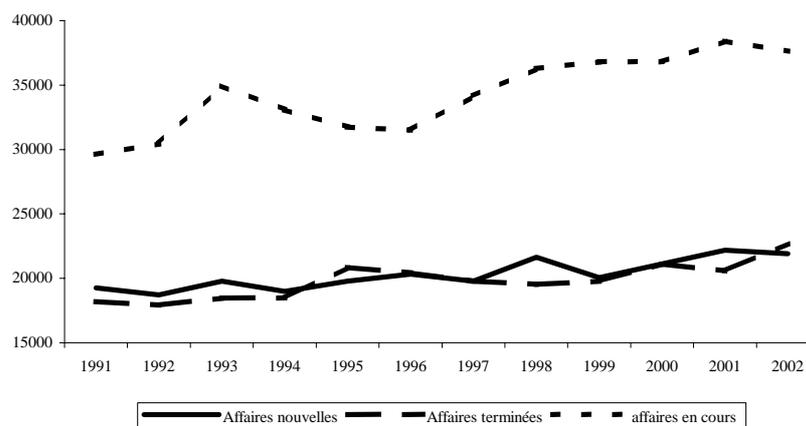


Source : ministère de la Justice

### 5. La Cour de Cassation

Les affaires civiles traitées par la Cour ont progressé de 13,6 % en 5 ans et de 17,8 % en 10 ans. Elles ont atteint 22 400 en 2002.

Graphique 4 : Evolution de l'activité au civil de la Cour de Cassation



Source : ministère de la Justice

La durée moyenne des affaires terminées par un arrêt est de 24,8 mois.

Il subsiste un stock de 33 595 affaires civiles (+8,5 % en 10 ans).

Les affaires pénales ont progressé pour leur part de 21 % en 10 ans. Elles sont au nombre de 8 310, et il reste un stock de 2 842 affaires à examiner. La durée moyenne est de 4,8 mois, stable en 10 ans.

#### **6. L'analyse des condamnations en matière économique et financière**

En 1999, les condamnations en matière économique et financière se sont réparties de la manière suivante :

- Infractions fiscales et douanières : 48 % du total (+76 % depuis 1990).
- Infractions à la législation sur les sociétés : 43 % du total (-9,3 % depuis 1990) :
  - banqueroute : 22 % (-18 %) ;
  - abus de biens sociaux : 20 % (+41 %) ;
  - faux bilans : 1 % (stable).
- Atteintes au devoir de probité : 9 % du total (175,5 % depuis 1990) :
  - corruption : 6 % (+13,6 %) ;
  - trafic d'influence : 2 % (triplé) ;
  - ingérence, prise illégale d'intérêt : 1 % (multiplié par près de 20).
- Atteintes au fonctionnement des marchés et des institutions financières : moins de 1 % (triplé).

Plusieurs de ces condamnations ont sanctionné plusieurs infractions.

En 2001, 17 513 infractions pénales à la législation économique et financière ont été constatées dont 13 518 escroqueries et abus de confiance et 4 036 atteintes à l'environnement. La croissance des sanctions sur 10 ans reflète moins l'extension des faits délictueux dans la réalité que l'amélioration des poursuites judiciaires en ce domaine. 78,5 % de ces condamnations se sont traduites par des peines d'emprisonnement. Un tiers de celles-ci comprennent une partie ferme dont la durée moyenne est de 11,1 mois. 17,6 % des peines se traduisent par des amendes. Leur montant moyen est d'environ 16 700 euros. La détention provisoire touche 13 % des condamnés, avec une durée moyenne de 3,7 mois.

La diminution des banqueroutes s'explique en partie par un glissement des affaires du pénal au tribunal de commerce qui prononce désormais, avec l'approbation du Parquet, davantage de faillites personnelles.

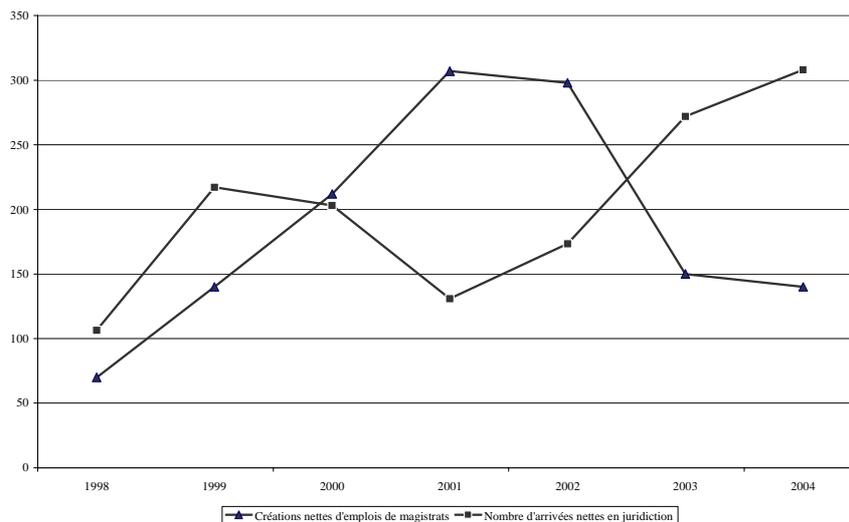
Les infractions économiques et financières sont une délinquance d'âge mûr (40 ans).

Un délai moyen de 4 ans s'écoule entre les faits et la condamnation, atteignant même 6 ans pour les abus de biens sociaux. En règle générale, les infractions économiques et financières font l'objet de procédures longues.

### 7. Les moyens de la justice

En 2003, on comptait 7 523 postes budgétaires de magistrats (+18,3 % par rapport à 1998) dont 7 255 magistrats en activité dans les tribunaux et 27 600 agents des services judiciaires (+5,4 % sur la même période).

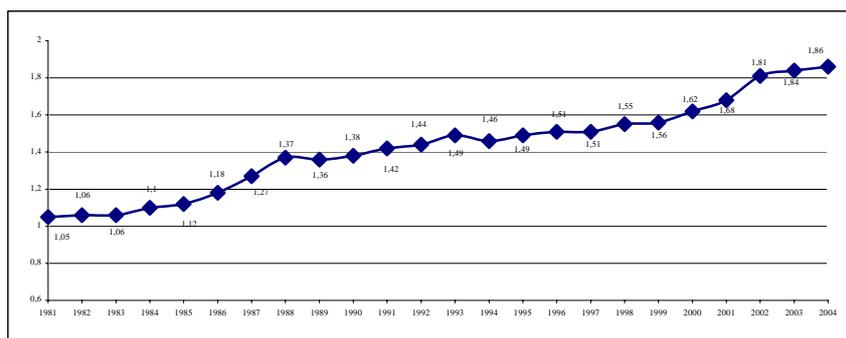
Graphique 5 : Créations nettes d'emplois de magistrats et arrivées nettes en juridiction



Source : ministère de la Justice

Le budget de la justice pour 2004 représente 1,86 % du budget général de l'Etat soit 5.3 milliards d'euros. Les dépenses ordinaires s'élèvent à 5 milliards d'euros et les dépenses en capital à 0,3 milliard d'euros. L'aide juridictionnelle a atteint 219 millions d'euros, en augmentation de 20 % depuis 1997 et concerne 689 000 dossiers.

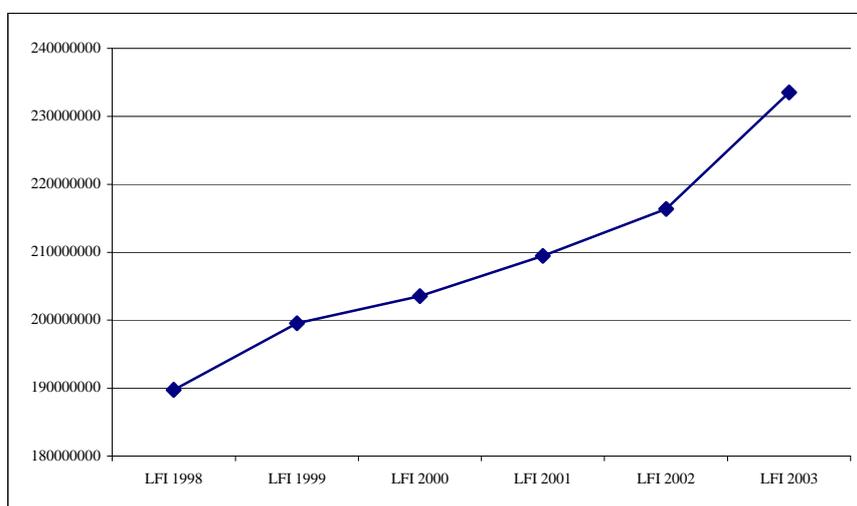
Graphique 6 : Part du budget de la justice dans le budget de l'Etat



Source : ministère de la Justice

Cet effort significatif résulte notamment de la loi d'orientation et de programmation du 9 septembre 2002 concernant les moyens de la justice de 2003 à 2007. Les effectifs budgétés de magistrats ont progressé de près de 1 000 postes en quatre ans.

Graphique 7 : Evolution des moyens de fonctionnement des juridictions



Source : ministère de la Justice

### 8. Comparaisons intra-européennes

Un rapport de M. Etienne Douat<sup>10</sup>, portant sur l'analyse des dépenses de justice en 1997 dans 6 pays (France, Allemagne, Royaume Uni, Italie, Espagne

<sup>10</sup> Etienne Douat « Les budgets de la justice en Europe », publié en juillet 2001 (La documentation française).

et Belgique) classe ces pays selon 10 critères principaux (volume du budget, ratio budget de la justice/dépenses de défense, ratio budget de la justice/PIB, budget de la justice par habitant, coût d'un détenu, nombre de magistrats professionnels, nombre de personnels de justice hors magistrats, dépenses d'aide juridictionnelle, dépenses d'administration pénitentiaire, ratio budget de la justice/dépenses totales des administrations publiques).

L'Allemagne remporte la palme avec 6 premières places et une place de second, tandis que la France, quasiment à égalité avec la Belgique, laisse l'Espagne derrière elle, en n'obtenant qu'une seule deuxième place au titre de l'aide juridictionnelle par habitant. Si des efforts importants ont été réalisés depuis 1997, s'il n'est pas permis de déduire que les droits des justiciables sont mieux garantis dans les pays où le budget de la justice est le plus élevé, il convient néanmoins de s'interroger. Cette étude apporte également une information peu connue du public, à savoir que le budget global français de la justice inclut 43% de dépenses émanant des départements (protection judiciaire de la jeunesse).

#### E - LES JURIDICTIONS AU NIVEAU EUROPÉEN

Les rapports entre la justice et la construction européenne restent aujourd'hui confus, voire obscurs pour la majeure partie de la population. Ces rapports n'ont atteint que tardivement notre système judiciaire. Ce n'est par exemple qu'en 1995 que la chambre sociale de la Cour de Cassation a posé la première question préjudicielle à la Cour de justice européenne.

Il est alors intéressant de donner un éclairage sur le rouage complexe des institutions européennes dont la lisibilité pour le citoyen de base est quasiment nulle, alors que leur influence croissante entraîne des transferts de pouvoir substantiels, même si ce phénomène s'opère pour l'instant dans une relative discrétion, voire subrepticement ...

Cette opacité provient d'abord de la formation à géométrie variable de l'Europe. L'Union européenne est constituée de 15 pays, auxquels une dizaine d'autres s'ajouteront en 2004, et le contentieux relatif aux dispositions édictées dans les traités fondateurs ou les directives est traité par la Cour de justice européenne qui siège à Luxembourg (cf. chapitre I). Le Conseil de l'Europe est une entité beaucoup plus large, de plus de quarante pays liés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, dont la Cour européenne des droits de l'Homme, qui siège à Strasbourg (cf. chapitre I), est garante. Peuvent s'adresser à elle toute personne qui estime qu'un Etat membre n'a pas respecté la Convention.

Des concepts juridiques nouveaux ont dû être intégrés dans notre droit, tels que :

- effet utile ou recherche de la finalité d'un texte ;
- pertinence d'une disposition ;

- proportionnalité d'une décision, justifiant l'obligation de motivation et la recherche du juste rapport entre la décision prise et l'objectif poursuivi .

### **1. La Cour de justice des Communautés européennes**

Etablie depuis 1952 à Luxembourg (sous la forme de la Cour CECA), devenue en 1957 la Cour de justice des Communautés européennes, la Cour de justice est l'autorité juridictionnelle suprême des Communautés européennes (article 220 du traité instituant les Communautés européennes). Elle assure l'interprétation uniforme et l'application effective du droit communautaire dans les quinze Etats membres. Elle constitue, avec les juges nationaux, le pouvoir judiciaire de l'Europe communautaire mais elle n'est, en aucun cas, une juridiction d'appel des décisions rendues par des juges nationaux. Depuis 1989, existe également un tribunal de première instance.

#### *1.1. La Cour*

La Cour se compose de quinze juges (actuellement deux sont des femmes), un par pays, nommés d'un commun accord par les Etats membres, pour un mandat de six ans renouvelable. Tous les trois ans, les juges nomment parmi eux un président qui dirige les travaux de la Cour. Chaque juge est assisté de trois référendaires de très haut niveau. Font également partie de la Cour neuf avocats généraux (dont deux femmes), qui ont la tâche de lui proposer, en totales indépendance et impartialité (leur statut est le même que celui des juges), une solution motivée aux diverses affaires. Leur nom est source de confusion pour un français ; en réalité, leur rôle ne peut être assimilé à celui d'un procureur, qui reviendrait davantage à la Commission, gardienne de l'intérêt communautaire. Il s'inspire plutôt du fonctionnement du Conseil d'Etat français mais ne correspond pas du tout à une fonction juridique traditionnelle dans les pays nordiques ou au Royaume-Uni. Il est le moteur intellectuel de la jurisprudence et une garantie pour tous les justiciables car il propose un point de vue qui offre une perspective différente de celle de la Cour et évite l'unicité de l'appréciation.

A partir de mai 2004, après réalisation de l'élargissement de l'Union européenne, le nombre de juges s'élèvera à 25 (toujours un par Etat membre). Les locaux seront agrandis et les services de traduction substantiellement étoffés. Au total, le personnel passera d'environ 1 000 à 1 800 personnes, les services de traduction représentant un tiers du total. En revanche, le nombre d'avocats généraux ne sera pas modifié afin d'éviter une dilution de la doctrine qui résulterait d'une trop grande dispersion des dossiers. Leurs interventions resteront cantonnées dans les domaines délicats ou pour lesquels il n'existe pas de jurisprudence de la Cour.

Des différences de points de vue entre l'avocat général et la Cour existent. Ils peuvent même donner lieu à des changements de jurisprudence de la Cour. Ainsi, par exemple, dans le cadre d'un licenciement de femme enceinte ressortissante d'un pays européen, l'avocat général avait estimé qu'il y avait eu

cas de discrimination. Dans un premier temps, la Cour n'a pas retenu l'argument mais, un an plus tard, saisie d'une même situation née en France, elle a été amenée à inverser sa jurisprudence. Ces divergences peuvent ainsi faire évoluer le droit communautaire. Les changements de jurisprudence sont le plus souvent progressifs, par petites touches et sont signalés explicitement afin que la doctrine puisse l'analyser.

### *1.2. Le tribunal de première instance*

Depuis 1989, un tribunal de première instance, composé de quinze juges également nommés pour six ans par commun accord entre les pays, a été adjoint à la Cour afin de permettre à des particuliers ou des entreprises de s'adresser à cette nouvelle juridiction, renforçant ainsi leur protection. Chaque juge est assisté de deux référendaires. C'est une juridiction autonome (par exemple, le greffe est séparé de celui de la Cour) et les juges disposent des garanties nécessaires pour exercer leur fonction en toute indépendance et impartialité. Un citoyen (y compris parlementaire ou fonctionnaire national ou européen) peut ainsi contester, devant ce tribunal, une décision prise par une instance communautaire s'il est concerné directement et individuellement par cette décision. Seule la compétence de nature préjudicielle, impliquant des jugements de pur droit, reste réservée à la Cour. Contre les arrêts prononcés par le tribunal en première instance, la Cour peut être saisie de **pourvois limités aux questions de droit**, ce qui constitue un système de « double degré de juridiction ».

A la différence de la Cour, il n'existe pas d'avocats généraux. Ces fonctions peuvent être exercées dans un nombre limité d'affaires par un juge désigné à cet effet. Pour chaque affaire, un juge rapporteur est nommé en début d'instance.

Le tribunal de première instance, composé de 5 chambres comprenant chacune 3 ou 5 juges, peut également siéger en séance plénière. Il traite principalement des questions liées à l'agriculture, aux aides d'Etat, à la concurrence, aux concentrations d'entreprises, à la politique commerciale (droit des marques), à la politique régionale, à la politique sociale, au droit constitutionnel, au droit des marques, aux transports et au statut des fonctionnaires. Pour l'essentiel, les affaires consistent en des recours des entreprises contre une décision de la Commission européenne relative à des questions de concurrence, d'abus de position dominante.. à des opérations de concentration ou encore à des aides d'Etat (cas récent du projet de fusion de *Schneider-Legrand* qui réforme une décision de la Commission européenne qui s'était opposée à la fusion).

Parfois, le même cas peut être soumis au tribunal de première instance et à la Cour (par l'Etat concerné). En ce cas, l'une des deux juridictions se désiste ou attend pour éviter le risque de conflit.

Comme à la Cour, il peut arriver que des affaires à caractère largement national soient soumises au tribunal. Il en a été ainsi par exemple pour le cas soumis par le tribunal de commerce de Paris sous forme de question préjudicielle relative au courrier express (affaire *UFEX-Chronopost* jugée par le tribunal de première instance en 2000, arrêt annulé par la Cour de justice en juillet 2003 sur pourvoi introduit par La Poste, affaire renvoyée devant le tribunal de première instance).

Dans certains cas, le tribunal peut être saisi d'affaires renvoyées par la Cour qui a cassé une décision mais ne peut rejuger elle-même sur le fond, par exemple parce qu'elle estime qu'un aspect n'a pas été pris en compte et doit l'être, dans le cadre d'une procédure contradictoire. La procédure peut paraître moins rigoureuse qu'en France mais elle est en réalité très pragmatique.

Pour faire face à l'augmentation des volumes et à la complexité des affaires, le Traité de Nice a envisagé la possibilité de recourir à des juridictions de base spécialisées avant le jugement du tribunal de première instance, créant ainsi un troisième degré de juridiction (pour la propriété industrielle par exemple ou le contentieux entre les Communautés européennes et leurs fonctionnaires). Cette formule risquerait cependant d'augmenter encore les délais, de nuire à la lisibilité du processus et conduirait le tribunal de première instance à juger en droit et non plus en fait. Il faudrait en outre veiller à ce que les juges spécialisés soient aussi indépendants que les juges de la Cour de justice. Un autre mode de fonctionnement concevable serait proche du système américain : la Commission européenne instruirait le dossier et un juge spécialisé déciderait ou sanctionnerait. Le tribunal de première instance servirait d'instance d'appel, la Cour gardant une possibilité exceptionnelle de réexamen à l'initiative de l'avocat général.

### *1.3. Les procédures*

En résumé, les procédures peuvent être classées en :

- recours en manquement, qui permet de contrôler le respect par les Etats membres des obligations qui leur incombent en vertu du droit communautaire ; cette procédure est engagée par la Commission contre un Etat membre ou plus rarement par un Etat membre contre un autre ;
- recours en annulation : les Etats membres, le Conseil ou la Commission et, sous certaines conditions, le Parlement européen peuvent demander l'annulation de tout ou partie d'actes émanant des institutions européennes ;
- recours en carence, qui permet de sanctionner l'inaction ou le silence des institutions européennes : Commission, Conseil ou Parlement ;

- renvois préjudiciels, qui autorisent l'interprétation et la validité du droit communautaire, sur renvoi des juges nationaux ;
- pourvois au titre de recours contre les décisions du tribunal de première instance de l'Union européenne.

La procédure devant la Cour de justice et le tribunal de première instance prévoit deux phases : une phase écrite et une phase orale. Un juge rapporteur et, pour les affaires traitées devant la Cour un avocat général, sont désignés.

A l'issue de la procédure écrite comprenant mémoire et contre-mémoire déposés dans des délais prescrits et, le cas échéant, des mesures d'instruction, un rapport d'audience est établi par le juge rapporteur. Celui-ci résume l'affaire, donne éventuellement une première opinion et surtout propose un choix de procédure : jugement avec 3 ou 5 juges ou en séance plénière. Chaque semaine, la Cour, réunie en séance plénière, entérine ou non le choix du rapporteur et répartit les affaires.

Quelques semaines plus tard (4 à 8 semaines en général), une audience publique permet aux autres juges de prendre connaissance du dossier. A la fin de l'audience, l'avocat général propose une date pour rendre ses conclusions (en général 1 ou 2 mois plus tard) adressées à la Cour et aux parties. Le juge rapporteur rédige alors un projet d'arrêt en un mois environ. Les autres juges peuvent lui adresser une « note en délibéré » pour l'interroger sur certains points ou indiquer leur opinion.

Encadré 1 : Procédure devant la Cour de justice

<b>Procédure écrite</b>	
<b>Recours directs et pourvois</b>	<b>Renvois préjudiciels</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Requête écrite</li> <li>- Signification de la requête au défendeur</li> <li>- Publication de la requête au Journal officiel</li> <li>- Mémoire en défense</li> <li>- Réplique</li> <li>- Duplique</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ordonnance ou jugement de la juridiction nationale</li> <li>- Traduction de la demande de décision préjudicielle dans toutes les langues communautaires et notification aux parties, aux Etats membres et aux institutions communautaires</li> <li>- Publication de la demande préjudicielle au Journal officiel</li> <li>- Observations écrites des parties, des Etats membres et des institutions communautaires</li> </ul>
<b>Procédure orale</b>	
Audience Conclusions de l'avocat général Délibération de la Cour Prononcé de l'arrêt	

Source : Commission européenne

Suit enfin la phase du délibéré entre les juges, sur la base du projet d'arrêt établi par le juge rapporteur. Une fois adopté à la majorité des voix à main levée (le président a une voix simple), l'arrêt est prononcé en séance publique sans expression d'une éventuelle opinion dissidente (les juges prononcent un serment de secret du délibéré). Il est ensuite traduit dans toutes les langues de l'Union européenne.

Le brassage culturel inhérent au caractère multinational de la Cour complique mais aussi enrichit le procès. Il faut ainsi en premier lieu se mettre d'accord sur la façon de poser le problème, question qui ne se pose pas dans le cadre d'une juridiction nationale. Ces modes de raisonnement différents qui se confrontent constituent un fabuleux creuset juridique. Il reste que, comme ailleurs, les juges ne sont pas des spécialistes des questions économiques même s'ils s'efforcent de bien considérer les conséquences économiques de leurs décisions. En outre, ils disposent déjà de dossiers préparés par les Etats ou par la Commission grâce auxquels ils peuvent se faire une opinion. Ils peuvent ensuite se prononcer en fait et en droit sur la légalité des opérations. Les avocats des parties contribuent à éclairer, parfois aussi à compliquer, les débats. Les juges doivent porter un regard critique à la fois sur les arguments factuels figurant dans les études documentaires, sur le raisonnement juridique et sur les éventuelles contradictions internes qui y seraient incluses, ces dernières révélant certains aspects factuels laissés dans l'ombre. Des vices de procédures peuvent aussi être détectés (délais non respectés comme dans l'affaire Schneider-LeGrand). En tout état de cause, il importe de veiller à ce qu'il n'y ait pas eu instruction à charge.

Une procédure accélérée peut être mise en œuvre afin de réduire des délais qui peuvent être préjudiciables pour des entreprises. Mais, dans ce cas, les parties doivent souvent s'engager à modérer elles-mêmes leurs requêtes et centrer leurs griefs sur l'essentiel. Elles doivent également accepter de répondre dans des délais très serrés. En outre, il n'est pas envisageable d'appliquer souvent une telle procédure, au risque de ralentir toutes les autres affaires en cours de traitement.

Dans le cas d'un renvoi préjudiciel, l'arrêt est communiqué à tous les gouvernements des Etats membres et à la Commission européenne qui, comme les parties, peuvent présenter leurs observations.

Les arrêts et les conclusions des avocats généraux, qui peuvent différer, sont publiés dans le recueil de la jurisprudence de la Cour et du tribunal dans toutes les langues officielles de la Communauté, en application du principe de l'égalité d'accès de tous les citoyens à la justice communautaire.

La langue de procédure est une langue officielle de l'Union européenne choisie par le requérant ou, dans les renvois préjudiciels, la langue de la juridiction nationale qui a ordonné le renvoi. La langue des délibérés entre les juges est traditionnellement le français, sans traduction. La question pourrait toutefois se poser avec l'élargissement de l'Union européenne, qui va conduire à un quasi doublement du nombre de langues officielles. La Cour dispose

d'importantes capacités de traduction pour assurer l'interprétation simultanée des audiences et la traduction des conclusions et des arrêts dans toutes les langues communautaires.

La Cour peut siéger, selon l'importance et la complexité des affaires, en séance plénière ou en six chambres composées de trois ou cinq juges. Si un Etat membre le demande ou une institution partie à l'instance le demande, la Cour juge en séance plénière.

Si une partie se trouve dans l'impossibilité de faire face, en tout ou en partie, aux frais de procédure, elle peut demander le bénéfice de l'aide judiciaire gratuite (pour couvrir les frais d'avocats, la procédure devant la Cour ou le tribunal de première instance étant gratuite). La chambre dont fait partie le juge rapporteur décide de son admission ou de son refus.

En 2002, la Cour a clôturé 513 affaires contre 434 en 2001. Le nombre des affaires nouvelles s'est établi à 477 au lieu de 504 en 2001. Le tribunal a, pour sa part, traité 331 affaires contre 340 en 2001 et enregistré 411 nouvelles affaires (345 en 2001).

Environ la moitié de l'activité de la Cour a trait aux recours préjudiciels donc à l'initiative des juridictions nationales. Il s'agit soit de valider une norme communautaire (l'interrogation de la Cour est alors obligatoire) soit d'interpréter la législation communautaire (dans ce cas, le recours à la Cour n'est obligatoire que pour le dernier degré de juridiction).

La France pose moins de questions préjudicielles que d'autres Etats membres, tels l'Italie ou l'Allemagne. Cela peut résulter d'une excellente intégration du droit communautaire ou encore du fait que ce dernier soit au contraire mal connu et les possibilités de recours ignorées ou encore que le respect de la hiérarchie des tribunaux y est plus forte...

## **2. La Cour européenne des droits de l'Homme**

La Cour a été créée en 1950 pour assurer l'application de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme. Elle est partie du Conseil de l'Europe dont l'implantation jouxte d'ailleurs la sienne à Strasbourg. La Cour siège en permanence depuis 1978.

Elle a pour objectif de garantir pour l'essentiel des droits civils et politiques : liberté d'expression, de religion, prohibition de la torture... mais également de droits économiques et sociaux : liberté d'association (s'étendant aux syndicats), respect des biens, règle du procès équitable, droit à l'éducation...

Il convient dès lors de mentionner l'importance capitale de la jurisprudence dégagée par la Cour et son influence sur les droits nationaux. En effet, les principes définis dans la CEDH sont larges et reposent sur des critères très subjectifs où la part laissée à l'interprétation est considérable. Ainsi, le fameux article 6 qui stipule par exemple que « *toute personne a droit à ce que sa*

*cause soit entendue équitablement* » porte en germe de nombreuses possibilités de recours.

La jurisprudence a, au fil des années, encore étendu le champ d'application de ces droits. Ainsi, le respect du droit à la vie privée est désormais entendu comme incluant le droit à un environnement sain. En effet, le droit est considéré comme une matière vivante, s'adaptant aux évolutions et donc la jurisprudence elle-même est évolutive : dès 1979, la Cour a énoncé que la Convention devait toujours s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui<sup>11</sup>. Ce principe a été réaffirmé plus récemment (arrêt Cossey du 27 septembre 1990 qui a donné l'occasion à la Cour d'affirmer qu'elle ne se trouve pas liée à ses décisions antérieures). Depuis 1998, la Cour reprend régulièrement ce principe au motif qu'elle doit tenir compte de l'évolution de la situation des Etats et réagir aux consensus susceptibles de se faire jour, ainsi que répondre à un souci de cohérence.

Les requêtes devant la Cour sont déposées par des personnes physiques ou morales, éventuellement d'origine non européennes, contre un Etat signataire de la Convention (44 Etats actuellement). Rarement, des requêtes ont émané d'un Etat contre un autre (Autriche contre Italie à propos du Tyrol du Sud, Irlande contre Royaume-Uni, Grèce contre Turquie et enfin Chypre contre Turquie en 2000).

La Cour examine tout d'abord la recevabilité de la requête. Selon le principe de subsidiarité, tous les recours internes doivent avoir été épuisés, sauf dans l'hypothèse où la Cour estime qu'ils sont inefficaces.

Les jugements sont rendus par des chambres de trois juges pour l'examen de la recevabilité, sans jugement sur le fond. L'unanimité des trois juges est requise.

La requête est confiée à un juge qui travaille avec un juriste : la Cour dispose à cet effet d'un pool de 150 juristes, qui tendent à se spécialiser.

Pour les autres jugements, les chambres sont composées le plus souvent de sept juges, avec un équilibre hommes-femmes (il y a actuellement 13 femmes juges) et géopolitique. Les chambres ne sont pas spécialisées car les griefs soulevés sont souvent multiples. La majorité des recours contre un pays est traitée par la section où siège le juge du pays considéré. Dans les cas difficiles ou novateurs, une grande chambre de 17 juges, présidée par le Président de la Cour et comprenant également les deux Vice-Présidents, est constituée. La grande chambre est également saisie si une chambre se dessaisit ou si une partie le demande, la procédure constituant ainsi une sorte d'appel interne. Toutefois, la grande chambre peut refuser de traiter le cas si le jugement de la première chambre a été unanime.

---

<sup>11</sup> Arrêt Marckx du 13 juin 1979

A ce stade, les requêtes peuvent encore être rejetées pour défaut manifeste de fondement. En effet, la Cour refuse de se comporter comme un quatrième degré de juridiction et ne se substitue donc pas aux juridictions nationales si l'article 7 de la Convention est respecté.

Au total, aux divers stades, 94 % des requêtes ont été déclarées irrecevables en 2002 dont 3 requêtes par la grande chambre.

Si la requête est recevable, le juge rapporteur propose à la chambre un résumé du dossier et des questions soulevées. Ce dossier est envoyé aux parties afin de permettre une procédure contradictoire sous forme de réponse. Des tiers peuvent à ce stade participer à la procédure écrite pour certaines grandes affaires ; c'est en particulier le cas pour certaines ONG. Une tentative de règlement à l'amiable est toujours introduite par le greffier de la section qui fait une proposition sur la base de la jurisprudence de la Cour. Si elle échoue, le procès a lieu. Certains pays, la Turquie par exemple, refusent systématiquement les règlements amiables.

Certains arrêts récurrents (« clones ») sont rendus assez facilement. Il s'agit en particulier des arrêts relatifs aux délais déraisonnables pour lesquels il existe un barème non publié des indemnités octroyées par la Cour. Pour ces affaires « clones », la recevabilité et le juge du fond ne sont pas strictement séparés afin de gagner du temps.

La Cour juge le délai excessif s'il dépasse trois ans : un an pour l'enregistrement, un an pour déclarer la recevabilité, un an pour juger au fond.

La Cour ne dispose pas du droit d'auto-saisine. Elle peut demander aux Etats de prendre des mesures conservatoires dans l'attente de son jugement.

Face à l'augmentation des requêtes adressées à la Cour, certaines réformes sont envisagées. Certaines visent à renoncer à traiter les affaires pour lesquelles le préjudice est mineur ou encore à alléger la contrainte des délais raisonnables. On peut imaginer qu'au fur et à mesure que les Etats membres intègrent dans leur droit national ou leur jurisprudence les règles de la Cour, le nombre de requêtes devrait tendre à diminuer.

La Cour travaille dans deux langues officielles : le français et l'anglais (le fait que la France ne soit devenue que tardivement membre de la Cour, depuis 1974, a incité à une plus large utilisation de l'anglais, contrairement à la situation qui prévaut à la Cour de justice des Communautés européennes).

Les arrêts font apparaître le nombre des votes des juges sur le verdict ainsi que, en annexe, les explications de vote dissident.

### **3. L'instance de coopération : Eurojust**

A l'automne 1999, le Conseil européen de Tampere, entièrement consacré à cet objectif, a défini trois axes prioritaires d'action : un meilleur accès à la justice par la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires qui est la

pierre angulaire de la coopération judiciaire, une convergence accrue en matière procédurale avec l'adoption de normes minimales communes qui pourraient concerner les mesures provisoires, l'obtention de preuves, les injonctions de payer et les délais. La Commission européenne a proposé le 28 février 2002 la création d'un procureur général européen.

Ce réseau d'autorités nationales en matière de droit civil et commercial est opérationnel depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2002. Les représentants des autorités administratives et judiciaires des Etats-membres tiennent plusieurs réunions annuelles en vue d'échanger des informations et des expériences et de renforcer la coopération entre les Etats. Le principal objectif est de faciliter la vie des personnes qui sont confrontées à toutes sortes de litiges comportant des aspects transfrontaliers. Il informe aussi à cet effet les professionnels du droit sur les différents systèmes juridiques nationaux et sur les instruments législatifs européens. Début 2003, la Commission européenne a ouvert, dans son site Internet ([www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)), une rubrique multilingue visant à donner aux citoyens des informations concrètes dans ces domaines.

Son objectif est également de contribuer à une bonne coordination entre les autorités nationales chargées des poursuites et d'apporter son concours dans les enquêtes relatives aux affaires de criminalité organisée, notamment sur la base des analyses de l'organe de police européen, EUROPOL. Cette entité, dont la construction juridique a encore été retardée au dernier sommet européen, devra coopérer étroitement avec le réseau judiciaire européen afin de simplifier l'exécution des commissions rogatoires.

### III - LES ACTEURS

#### A - LE MINISTÈRE

Comme tout service public, celui de la justice est géré par un ministère, le ministère de la justice appelé aussi Chancellerie<sup>12</sup> placé sous l'autorité d'un ministre de la justice, Garde des Sceaux<sup>13</sup>.

Le ministre de la justice n'exerce aucune fonction juridictionnelle. Il préside certes, exceptionnellement, le tribunal des conflits et le Conseil d'Etat mais ne prend aucune décision d'ordre juridictionnel, ce qui aboutirait à la confusion des pouvoirs exécutifs et judiciaires, contraire aux principes constitutionnels.

<sup>12</sup> A l'époque où la justice était rendue au nom du Roi, le Chancelier de France, chef de la justice, représentait le monarque auprès de l'ensemble des juridictions. Véritable « bouche du Roi », le titre de chancelier devint peu à peu purement honorifique. Supprimé à la Révolution française, il fut rétabli sous la Restauration un court moment, puis définitivement abandonné. Toutefois, l'expression « Chancellerie » reste dans les usages.

<sup>13</sup> Le titre de Garde des Sceaux puise également sa source dans l'ancienne France où un officier de la couronne avait pour mission de « *garder les sceaux* », à savoir les cachets destinés à authentifier les documents officiels. Cette charge étant confiée au Chancelier, ce dernier cumulait ainsi les deux titres.

Il administre ses services et est pourvu de prérogatives importantes : proposition de nomination et d'avancement des magistrats, nomination des officiers ministériels, exercice de fonctions disciplinaires, etc.

L'administration centrale du ministère de la justice qui emploie 2 200 personnes pour un effectif global de 63 500 agents, a la particularité d'être composée presque exclusivement de magistrats appartenant pour la plupart à l'ordre judiciaire. Le ministère est composé de six grandes directions : la direction des affaires civiles et du sceau, la direction des affaires criminelles et des grâces, la direction des services judiciaires, la direction de l'administration pénitentiaire, la direction de la protection judiciaire de la jeunesse, la direction de l'administration générale et de l'équipement. Il convient d'y ajouter d'importants services comme l'inspection générale des services judiciaires et le service des Affaires européennes et internationales.

L'indépendance des juges est un élément essentiel, mais très mal défini, de la mise en œuvre d'une justice conforme aux principes démocratiques. Cela implique en particulier que le ministère s'abstienne d'interférer dans des jugements et organise dans la transparence son information.

Pour autant, cela ne signifie nullement que le ministère doive s'abstenir de définir « une politique judiciaire » ni de jouer un rôle moteur dans la politique européenne de la justice (reconnaissance mutuelle des décisions, lutte contre la criminalité organisée, coopération judiciaire au sein d'Eurojust).

Définir les grandes lignes des priorités en matière de répression des crimes et des délits appartient incontestablement au ministère, les juges demeurant libres d'appliquer ces instructions en les adaptant au cas qui les concerne.

Même si les juges sont indépendants, les justiciables méritent un traitement équivalent, et il est pour le moins gênant que des faits semblables soient, dans un court laps de temps, passibles de sanctions très différentes selon qu'ils sont jugés par telle ou telle juridiction. Certes, la procédure d'appel peut permettre d'unifier quelque peu ces jugements mais il serait hautement préférable qu'une meilleure harmonisation soit obtenue dès la première instance.

Or, le système d'information statistique du ministère de la justice, pas homogène entre les Cours d'appel et jugé par certains comme « indigent », ne permet pas aux juges de disposer de sortes de barèmes, ou même simplement de données de base, aisément accessibles, répertoriant les jugements rendus en différents domaines. Il ne serait pas nuisible à leur indépendance de disposer d'un tel outil de travail, à charge pour eux de s'en inspirer librement pour trancher chaque cas particulier.

Il n'existe pas davantage, à quelque niveau que ce soit, un centre de ressources juridiques ou des bases de données disponibles sur Internet permettant de partager des connaissances, tel que cela existe par exemple chez les notaires avec le CRIDON.

## B - LES MAGISTRATS

Le corps de la magistrature est régi par une ordonnance de 1958 qui s'applique à tous les magistrats de carrière de l'ordre judiciaire : les magistrats du siège comme ceux du ministère public, quelle que soit la juridiction dans laquelle ils exercent. En revanche, le statut des juges élus (juges des tribunaux de commerce ou des conseils des prud'hommes) est fixé par les textes régissant ces juridictions. Il convient donc de distinguer les juges de carrière des juges professionnels, qui exercent en parallèle de leur charge des fonctions professionnelles distinctes. Cette seconde catégorie de juges permet d'introduire dans les juridictions, pour un temps limité, des personnes ayant une expérience du terrain, dans des domaines spécialisés où les usages ont souvent leur importance. Ces juges sont élus alors que leurs pairs sont nommés par le gouvernement soit à l'issue de leur passage à l'Ecole nationale de la magistrature, à laquelle ils accèdent par concours de la fonction publique soit par recrutement au tour extérieur.

Le juge doit bénéficier d'une totale indépendance à l'égard de tous et plus particulièrement, au vu de l'histoire, à l'égard de l'exécutif : il convient de tenir le juge à l'abri des menaces et des brimades mais aussi des sollicitations ou faveurs qui pourraient nuire à son impartialité, sans pour autant porter atteinte à sa reconnaissance légitime dans la société. Cette garantie est en partie assurée par le principe de l'inamovibilité. Cette inamovibilité, d'ailleurs non applicable en droit aux membres du Conseil d'Etat, est énoncée dans la Constitution même en son article 64 ; elle protège le magistrat contre les mesures de déplacement, suspension, révocation, mise à la retraite anticipée qui sont strictement encadrées par la loi.

Ce principe ne s'applique toutefois pas aux magistrats du ministère public qui restent des agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux, dépendent directement du Garde des Sceaux, et exercent à ce titre de nombreuses missions en dehors de leur juridiction (politique de la ville, présence dans les tribunaux de commerce...).

L'inamovibilité trouve toutefois ses limites dans le déroulement de carrière, et notamment dans les mesures individuelles destinées à sanctionner les magistrats ayant commis une faute ou favorisant les bons éléments.

La faute disciplinaire est un manquement aux obligations professionnelles. Elle ne s'applique naturellement pas à un mauvais jugement. L'ordonnance de 1958 énumère un certain nombre de sanctions dont le juge peut faire l'objet lorsqu'il manque à ses obligations statutaires.

Les actions disciplinaires sont portées devant le Conseil supérieur de la magistrature (CSM) qui peut statuer en conseil de discipline, à l'instar d'une véritable juridiction. Sa décision doit être motivée et rendue publiquement, elle s'impose au Garde des sceaux qui est chargé de l'exécuter. Il convient à cet égard de remarquer que le Conseil d'Etat s'est déclaré compétent pour contrôler la légalité des décisions du CSM. Comme le fait observer Roger Perrot dans son

ouvrage précité sur les institutions judiciaires, si ce contrôle ne porte que sur la légalité et non sur le fond « *il n'en demeure pas moins vrai que, même dans cette limite, il est assez singulier qu'un organe présidé par le premier président de la Cour de Cassation et qui concerne la justice de l'ordre judiciaire à son niveau le plus élevé puisse être censuré par le Conseil d'Etat* ».

L'éminence des fonctions et la gravité des décisions pouvant être prises par un juge impliquent de leur part un certain nombre d'obligations allant au delà de celles réservées plus généralement aux fonctionnaires. Ainsi certaines activités leur sont-elles interdites et leur engagement politique ou syndical encadré ainsi que l'expression de leur opinion, qui est quelque peu limitée. Ils ne peuvent exercer aucune activité professionnelle extérieure à leur fonction lorsqu'ils sont magistrats du siège et lorsqu'ils sont juges consulaires, des restrictions existent. L'exercice d'un mandat parlementaire est rigoureusement incompatible avec les fonctions de magistrat, les mandats locaux restant soumis à l'obligation de ne pas exercer dans la même circonscription mandat et activité professionnelle.

Un rapport de M. Jean Cabannes sur l'éthique et le principe d'un recueil déontologique vient d'être publié (novembre 2003). Il formule 10 propositions pour renforcer la confiance du citoyen dans la magistrature et liste les devoirs constituant la contrepartie de l'indépendance des magistrats :

- modifier les termes et la portée du serment pour dégager 7 principes fondamentaux : impartialité, devoir de réserve, loyauté, intégrité, dignité, devoir de diligence, secret professionnel ;
- élaborer un recueil des principes déontologiques ;
- aménager les modalités de recrutement en vue d'une meilleure appréciation des garanties éthiques des candidats à la magistrature ;
- développer une formation spéciale à l'éthique et à la déontologie ;
- donner toute leur portée aux régimes d'incompatibilités, de réserve et de mobilité ;
- affirmer le rôle fondamental des chefs de Cour et de juridiction ;
- assurer une meilleure prise en compte des cas pathologiques ;
- améliorer les procédures administratives relatives à l'évaluation et à la situation des magistrats ;
- mettre en place un dispositif de conseil et de soutien ;
- mieux protéger les magistrats contre les critiques injustifiées.

On dénombre en fin d'année 2003, 7 255 magistrats professionnels de l'ordre judiciaire et un peu plus de 20 000 juges non professionnels, bénévoles ou à la vacation, répartis dans 773 cours et tribunaux pour un peu moins de 2 millions d'affaires contentieuses traitées.

Le recrutement des juges professionnels s'effectue pour l'essentiel par concours et scolarité à l'Ecole nationale de la magistrature (280 élèves recrutés sur 3 voies de concours en 2004). Le premier concours, réservé aux étudiants

sélectionne 190 élèves parmi 2 106 candidats présents à l'examen de 2002. Les épreuves écrites portent sur les droits civil et pénal, à l'exclusion des autres droits et matières passés à l'oral. Les élèves reçus sont pour 76 % d'entre eux du sexe féminin.

#### C - LES AVOCATS

La profession d'avocat est sans doute la profession judiciaire la plus ancienne puisqu'elle remonte à l'époque romaine.

Jadis avocats et avoués constituaient deux corporations bien distinctes, la première ayant pour objet la défense du client par la parole, le second dans l'accomplissement des actes de procédure écrite. Les deux professions furent supprimées à la Révolution et, si elles furent rapidement rétablies, on prête à Napoléon ce mot : *« tant que j'aurai l'épée au côté, je veux pouvoir couper la langue aux avocats qui s'en servent contre le gouvernement »*. C'est dire la méfiance du pouvoir à leur égard !

La profession d'avocat a fait l'objet d'une importante réforme en 1971 qui a notamment fait fusionner en première instance les avocats et les avoués. Ceux-ci perdurent toutefois en deuxième instance et, devant les Cours d'appel il convient de recourir aux avoués d'appel qui représentent officiellement la personne devant la Cour, indépendamment de l'avocat.

En 1990, c'est la profession de conseil juridique qui a rejoint le giron de la profession d'avocat avec une internationalisation des conditions d'accès et une formation professionnelle plus structurée. La consultation juridique étant jadis parfaitement libre, le terrain laissé vacant par les avocats a en effet rapidement été occupé par des personnes se qualifiant parfois rapidement de « conseil juridique ».

La mission première de l'avocat est une fonction d'assistance. En dehors de tout litige, l'avocat conseille son client sur les statuts d'une entreprise, les termes d'un contrat, les modalités d'une négociation. Si un procès survient alors, l'avocat assiste son client bien évidemment à la plaidoirie mais également bien en amont. Si, comme nous l'avons vu, il ne détient pas le monopole de la fonction de conseil, il a en revanche celui de la plaidoirie. L'avocat exerce un nombre important de formalités au nom de son client dont il est le mandataire.

La profession est encadrée. Il existe en effet un barreau auprès de chaque tribunal de grande instance, chaque barreau est une personne morale dotée de son budget, son règlement intérieur et sa propre organisation. Le Conseil national des barreaux regroupe à égalité de participation, le barreau de Paris, de loin le plus important et le plus représentatif, et les barreaux de province. Il a pour missions de représenter la profession, d'harmoniser les règles et usages de celle-ci, d'assurer la formation et d'admettre les avocats étrangers. Chaque barreau est dirigé par un bâtonnier élu pour deux ans. Un certain nombre de conditions sont requises pour exercer la profession d'avocat. Outre des conditions de moralité

(pas de condamnation pénale), l'appartenance et donc l'inscription à un barreau est obligatoire. Pendant longtemps, la profession s'est exercée en France de manière individuelle et artisanale alors que, à l'exemple des pays anglo-saxons, des avocats se sont rapidement regroupés en cabinets très puissants. Aujourd'hui dans la plupart des affaires, l'avocat isolé n'est plus en mesure de faire face à la complexité du droit moderne et à la concurrence étrangère.

C'est pourquoi le nombre d'associations entre professionnels a crû et s'est multipliée l'instauration de cabinets dans lesquels les avocats exercent soit en qualité de collaborateurs, soit de salariés. Ces derniers ne peuvent alors avoir une clientèle privée en dehors du cabinet. A côté de quelques grands cabinets français, ceux d'origine anglo-saxonne ont vu leurs effectifs progresser significativement.

En 2001, il y avait un peu moins de 40 000 avocats, ce qui représentait une progression de 15,7 % sur quatre ans. 34 % exerçaient à titre individuel, 29 % en qualité d'associés, les collaborateurs et les salariés non associés, progressant plus rapidement, de l'ordre de 25 %. Dans le même temps, il est étonnant et particulièrement préoccupant de constater que le nombre d'avocats spécialisés a diminué en pourcentage, le recul général avoisinant les 2 % et atteignant jusque 5 % pour les avocats spécialisés en droit économique et 6 % pour ceux spécialisés en droit fiscal...

Ces professionnels souhaitent développer leur volume d'affaires et peuvent ainsi répondre à l'accroissement de la demande voire en susciter une additionnelle. Ainsi, il semblerait que certaines procédures soient nourries par des avocats, probablement marginaux, désireux de prolonger leurs interventions, « *multipliant les barrières imaginaires* », selon l'expression d'Antoine Garapon, ou cités encore comme « *le premier obstacle à la médiation* ». Il faut néanmoins observer que des barreaux ont pris l'initiative de créer des instances de médiation. Pourtant, le nombre de juristes privés en France (45 000) reste très inférieur à ce qu'il est au Royaume-Uni (90 000), en Espagne et en Italie (environ 120 000) et bien sûr aux Etats-Unis (1 million).

Il faut cependant noter qu'une large part du travail des avocats, notamment des avocats d'affaires, concerne le juridique et non le judiciaire. Les entreprises sont nombreuses à avoir compris qu'une intégration précoce du juridique dans leurs stratégies pouvait limiter le judiciaire, aspect pathologique du recours au droit. Il existe ainsi désormais un marché du droit, qui devient concurrentiel et internationalement ouvert. La fulgurante percée des cabinets anglais ou américains en est une illustration.

Lors de nos auditions, de nombreuses interrogations se sont faites jour sur la déontologie ou sur la qualité des relations avec les magistrats.

Un auditionné a parlé d'une profession sinistrée, « *qui a perdu toute âme, toute conscience* » et a mentionné l'incompréhension du marché face à la présence obligatoire des avoués à côté de l'avocat. D'autres craintes ont été évoquées face à une profession traitant de manière totalement endogène ses questions de discipline en première instance.

La question se pose de savoir si, à l'intérieur de la profession, il n'existe pas, au-delà du problème de taille des cabinets, une différence de nature tant les activités et leur niveau de pratique divergent.

#### D - LES AUTRES AUXILIAIRES DE JUSTICE

Les auxiliaires de justice participent à l'administration de la justice en apportant leur concours aux juges et aux parties. La multiplicité des professions qui gravitent autour de la justice (une vingtaine), à l'image de la diversité des fonctions que les juristes sont appelés à exercer, rend leur description malaisée.

Les officiers ministériels constituent, avec les avocats, les agents les plus nombreux au service de la justice.

On désigne sous ce terme les personnes titulaires d'un office acquis avec l'agrément du gouvernement et qui exercent certaines fonctions à titre de monopole : avoués d'appel, avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation, huissiers de justice, notaires, commissaires-priseurs judiciaires, administrateurs judiciaires et mandataires liquidateurs. Ils ne sont pas fonctionnaires mais titulaires d'une charge acquise soit à titre onéreux, soit gratuitement selon les cas. Si le titre est conféré par l'exécutif, l'office représente une valeur patrimoniale souvent importante. Chaque profession est regroupée au sein d'ordres corporatistes qui portent le nom de « chambres ».

Parmi les officiers ministériels, tous ne sont pas à proprement parler des auxiliaires de justice : ainsi en est-il des notaires et commissaires priseurs judiciaires qui ne participent qu'occasionnellement à l'administration de la justice.

##### **1. Les avoués près des Cours d'appel**

Devant les Cours d'appel, la dualité avocat-avoué subsiste. L'avocat peut assister son client par ses conseils et sa plaidoirie mais en principe il n'est pas admis à accomplir les actes de procédure au nom de celui-ci. La représentation des parties est un monopole exclusif de l'avoué à la Cour. Toutefois, certaines matières « sans représentation obligatoire » peuvent ne pas transiter par un avoué, telles les affaires portées devant la chambre sociale de la Cour d'appel.

En 2000, on comptait 416 avoués à la Cour.

## **2. Les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation**

Ces avocats un peu particuliers sont des auxiliaires de justice qui exercent à la fois des fonctions d'avoué et d'avocat. Ils jouissent d'un monopole justifié par la grande technicité des affaires produites devant ces deux juridictions. Ils forment une compagnie très restreinte d'une soixantaine de personnes.

## **3. Les huissiers de justice**

Ils sont investis d'attributions nombreuses et variées. Leurs actes font foi jusqu'à inscription de faux. Les huissiers de justice ont le monopole de signifier les actes de procédure et de procéder à l'exécution forcée des titres exécutoires et notamment aux opérations de saisie. Les huissiers audienciers assurent le service intérieur du tribunal (appel des causes, notification d'actes, police de l'audience etc.). En dehors de tout monopole et donc en concurrence avec d'autres personnes, ils procèdent au recouvrement amiable des créances, à la prisée et aux ventes publiques des effets mobiliers de même qu'ils procèdent à un certain nombre de constats, soit sur la demande de particuliers, soit sur commission du tribunal.

L'huissier de justice est astreint à des devoirs professionnels rigoureux et précis qui se justifient par le fait qu'il est détenteur d'une parcelle de l'autorité publique pouvant aller jusqu'à employer la force contre des personnes. Il est soumis à un certain nombre d'interdictions et exerce dans un territoire limité et contrôlé. Mandataire de son client, il est tenu au secret professionnel. Les huissiers de justice sont regroupés en ordre professionnel. Ils étaient 3 271 en 2001.

## **4. Les notaires**

Les notaires sont, avec les avocats, une des plus anciennes professions liées à la justice. Leur fonction est de dresser des actes qui ont force authentique et force exécutoire, leur contenu ne pouvant plus être contesté que par une procédure très grave d'inscription en faux. Ils ont également pour mission de conserver ces actes et d'en délivrer, si besoin est, copie exécutoire ou certifiée conforme.

A cette fonction s'ajoute celle de conseil. En effet, il participe souvent à l'élaboration intellectuelle de l'acte qu'il lui est demandé de dresser en suggérant des solutions, préconisant certains types de clauses et surtout en mettant en garde son client contre les risques engendrés par tel ou tel acte.

A ce titre, l'activité des notaires est primordiale puisqu'elle s'étend non seulement à la vie privée (testaments, contrats de mariage, donations etc.) mais aussi à des actes de la vie des affaires (constitution et fusion de sociétés, opérations de crédit, achats et ventes d'immeubles).

En principe, le ministère du notaire est facultatif mais parfois la loi exige qu'un acte soit rédigé devant notaire. En tant qu'officiers ministériels, les notaires sont soumis à toutes les règles communes concernant ces professions. Ils étaient au nombre de 7 864 en 2001.

#### **5. Les commissaires-priseurs judiciaires**

Leur fonction est d'estimer les valeurs des biens meubles et de procéder à la vente publique aux enchères des meubles et autres effets mobiliers corporels à l'exclusion des immeubles. Ils bénéficient d'un monopole. Ils sont au nombre de 450.

#### **6. Les administrateurs judiciaires et les mandataires liquidateurs**

La loi du 25 janvier 1985 a consacré la disparition de la profession de syndic au profit de 2 catégories de professionnels :

- les administrateurs judiciaires, dont le statut a été réformé avec leur consentement par un décret du 3 janvier 2003, sont mandatés par le tribunal de commerce, le tribunal de grande instance ou la Cour, lors de l'ouverture de procédure judiciaire d'entreprises d'une certaine importance. Ils sont chargés d'assister le dirigeant, voire de le remplacer et de trouver des solutions à la sauvegarde de l'entreprise. Ils interviennent aussi en qualité de mandataire ad hoc avec une mission de conciliateur, afin de trouver les voies amiables de sortie d'une situation provisoirement compromise. Ils peuvent aussi être désignés en qualité d'administrateur provisoire en cas de vacance ou défaillance de dirigeants ;
- les mandataires liquidateurs remplissent la fonction de représentants des créanciers au cours de la période de redressement et celle de liquidateurs après la mise en liquidation judiciaire.

#### **7. Les autres professions**

Il existe d'autres professions et activités judiciaires qui échappent à toute classification rationnelle :

- des assistants de justice qui assistent les magistrats dans leur fonctions ;
- les experts judiciaires, dont il faut préciser qu'ils exercent à ce titre une fonction occasionnelle, l'« expert auprès des tribunaux » figure sur une liste d'experts auprès des cours mais ce titre ne lui confère en aucun cas monopole ou droit acquis : le juge reste libre de désigner qui il veut et même une personne qui ne figurerait sur aucune liste. Les listes sont renouvelées chaque année, certains experts peuvent s'en trouver radiés ce qui offre une certaine garantie de compétence ;

- les greffiers, qui assurent une partie des tâches administratives du tribunal : mise en forme matérielle des décisions de justice, conservation des archives, tenue des registres et répertoires, communications de pièce et parfois notification des jugements. Les greffes ont aussi de nombreuses fonctions extra judiciaire comme la vérification des registres d'Etat civil tenue du registre du commerce etc. Les greffiers sont fonctionnaires sauf dans les juridictions consulaires où ils sont officiers publics et ministériels.

## CHAPITRE III

### LA PERCEPTION DE LA JUSTICE DANS UN CONTEXTE DE JUDICIARISATION

#### I - LA COMPRÉHENSION DE LA JUSTICE

Le droit à la justice, pour être pleinement exercé, exige une connaissance et une claire compréhension de l'ensemble du processus judiciaire. Or, il s'avère que celles-ci n'existent guère pour l'ensemble des citoyens.

Cette situation est particulièrement dommageable pour les personnes en situation de fragilité sociale. En effet, la compréhension des mécanismes judiciaires constitue un des volets majeurs de l'accès aux juridictions par les plus démunis. Dans son avis de juin 2003 déjà cité<sup>14</sup>, une remarque d'une personne en grande précarité éclairait bien le besoin ressenti : « *il faudrait un petit carnet avec tous nos droits pour les regarder et aider les autres, un petit livre où tout serait expliqué* ». Ces personnes connaissent mal leurs droits, peinent à les faire valoir et ignorent souvent vers qui se tourner. Face à des décisions qui leur paraissent injustes ou qu'elles ne comprennent pas, elles sont souvent désemparées.

#### A - LA LISIBILITÉ DE L'ORGANISATION

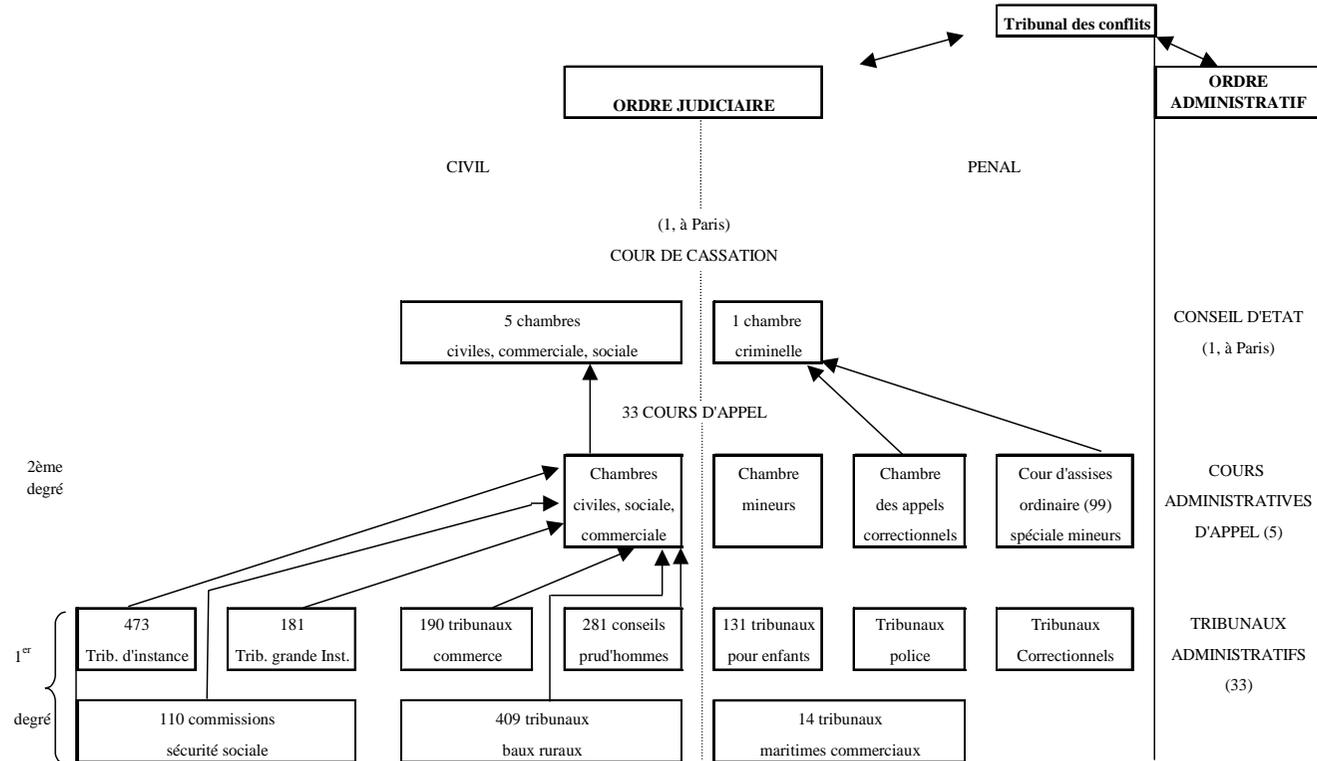
Le système judiciaire français repose sur une séparation de traitement des affaires selon qu'elles concernent des particuliers ou impliquent la puissance publique. Il existe en conséquence deux ordres de juridictions : la justice civile, qui tranche les litiges entre particuliers (qui comprend la justice sociale et commerciale), et la justice administrative, compétente pour examiner les litiges concernant l'administration. A cet ensemble il convient d'ajouter la justice pénale dont l'objectif est de réprimer les violations de l'ordre public.

A ces deux types de justice dont les grandes lignes sont issues de la Révolution française, du Consulat et de l'Empire, correspondent des juridictions différentes tant dans leur esprit que dans leurs structures : la justice judiciaire arbitre les conflits entre particuliers par le truchement des tribunaux d'instance, de grande instance, cours d'appel et de la Cour de Cassation, juge suprême. La justice administrative juge la puissance publique et tranche les litiges dans lesquels est partie l'administration dans son sens le plus large (Etat, collectivités locales, agents de l'Etat, des collectivités, des services publics etc.). Sa structure s'articule autour des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel et du Conseil d'Etat, juge suprême.

---

<sup>14</sup> « *L'accès de tous aux droits de tous par la mobilisation de tous* »

Schéma 8 : Organisation des juridictions françaises



Source : « La justice en France » - Collection « Repères » - Editions La Découverte (Décembre 1992)

Dans les pays anglo-saxons, l'administration est considérée comme un justiciable de droit commun et cette dichotomie n'existe pas : suivant la nature du litige dans lequel l'administration est impliquée, sera saisie la justice civile ou la justice pénale. Certains s'interrogent sur le système judiciaire administratif français quant à l'impartialité du juge, soumis à l'autorité hiérarchique de l'Etat, chargé d'une part de rendre des décisions relatives à l'administration de l'Etat et donnant d'autre part des avis au gouvernement concernant des dispositions législatives ou réglementaires. La lecture du passé laisse penser que ces interrogations sont sans fondement.

La lisibilité du système est encore brouillée par les juridictions d'exception qui se sont multipliées : si les tribunaux de commerce et les conseils de prud'hommes, de par leur enracinement dans l'histoire et leur spécificité, trouvent leur justification, on peut légitimement s'interroger sur certaines juridictions spécialisées composées de juges représentant des intérêts catégoriels (ex : les tribunaux paritaires des baux ruraux).

Le schéma ci-dessus illustre parfaitement cette difficulté, celle d'avoir l'impression de tout pouvoir connaître, et pourtant de ne rien comprendre !

Cette diversité porte le nombre des juridictions de première instance à une quinzaine : tribunaux d'instance, de grande instance, tribunaux de grande instance à compétence commerciale, tribunaux paritaires des baux ruraux, tribunaux des affaires de sécurité sociale, conseils des prud'hommes, tribunaux de commerce, tribunaux administratifs, tribunaux de police, tribunaux correctionnels, cours d'assises, tribunaux des armées, tribunaux pour enfants, cours d'assises des mineurs etc. auxquelles il convient d'ajouter une liste approximative de 30 à 40 juridictions administratives à compétence spécifique.

Les auteurs divergent sur le recensement de ces dernières : il convient en effet de différencier parmi ces organismes ceux qui peuvent être considérés comme de réelles juridictions administratives appelées à rendre des jugements et ceux qui étudient, préparent des dossiers ou prennent des décisions de caractère purement administratif et sont alors qualifiées d'autorités administratives. Parmi les juridictions administratives on peut citer la Cour des comptes, les chambres régionales des comptes, la Cour de discipline budgétaire et financière, la Commission bancaire, la Commission centrale d'aide sociale, le Conseil supérieur de l'éducation nationale, les conseils régionaux ou nationaux de certains ordres professionnels (médecins, architectes...).

Le risque de conflit inhérent à la dualité des Cours suprêmes augmente encore la confusion des justiciables particuliers ou entreprises, d'autant que certains cas ne se prêtent guère à des déductions évidentes. Le « démantèlement judiciaire » qui consisterait à transférer certains pouvoirs de sanctions aux autorités administratives indépendantes ajoute à la diversité des systèmes de traitements des conflits (cf. à ce propos le cas des autorités administratives indépendantes ainsi que l'a relevé le rapport du Conseil économique et social sur

« *Des autorités de régulation financières et de concurrence : pour quoi, comment ?* » de janvier 2003).

Mais, au-delà des structures, a-t-on pensé à la confusion supplémentaire qu'apporte pour le profane la rencontre dans les mêmes lieux, au même niveau de l'estrade, couverts des mêmes décors et habits, le procureur et les juges ?

#### B - L'ÉDUCATION À LA JUSTICE

La culture juridique des citoyens reste très insuffisante. Le droit n'est pas enseigné dans l'enseignement secondaire. Il fait seulement l'objet de cours spécifiques dans certaines branches de l'enseignement professionnel.

Si l'on excepte les juristes<sup>15</sup> et ceux qui ont suivi l'enseignement de ces branches professionnelles, les contacts avec le droit, y compris au niveau des grands principes et des institutions, sont à peu près inexistantes.

Les analyses des décisions de justice sont rarement fouillées dans les médias et les quelques débats frôlent l'ésotérisme.

Dès lors, les procédures, peu simples en elles-mêmes, apparaissent d'autant plus complexes qu'elles s'inscrivent dans un contexte ignoré. Le vocabulaire même n'est pas maîtrisé et s'éloigne beaucoup du français courant même si des progrès ont été réalisés dans la lisibilité des actes de justice (moindre utilisation du latin et de certains adages).

Selon les personnes, cette situation se traduit par une peur ou au contraire un esprit critique exacerbé nourris par la méconnaissance.

Nous sommes invités à suivre le philosophe Albert Jacquard lorsqu'il écrit : « *De construction humaine, l'utopie qu'est la justice ne peut se transmettre que par l'éducation* » et ce, plus encore dans un pays qui affirme à chaque occasion que « *nul n'est censé ignorer la loi* » !

#### 1. La justice et le citoyen

Demande-t-on beaucoup à la justice ? La perception de la justice par le citoyen a de tout temps été mitigée, voire franchement critique. Comme le rappelle M. Antoine Garapon, qui ne se souvient de Voltaire s'insurgeant contre le déni de justice dans la célèbre affaire Callas, l'auteur de *Candide* ayant d'ailleurs à plusieurs reprises défendu des victimes happées dans l'inférel engrenage judiciaire de l'Ancien Régime (« *Je combattrai jusqu'au bout vos idées et aussi pour que vous ayez le droit de les exprimer* ») ? Qui ne se souvient de Jean Valjean, coupable certes mais victime d'un acharnement guidé par la farouche volonté de punir « au nom de la justice », quitte à heurter les valeurs morales qui, elles, intègrent le repentir, le rachat et le pardon ? Encore faut-il citer Zola et son fameux « *J'accuse* » qui, au cœur de l'affaire Dreyfus, se pose

<sup>15</sup> A cet égard, il importe de relever que l'extrême cloisonnement entre les matières enseignées peut même parfois conduire un spécialiste du droit de la famille à tout ignorer du droit des affaires. Ce thème sera abordé ultérieurement dans la partie consacrée à la formation des magistrats.

en digne successeur de Voltaire et Hugo pour dénoncer une justice partielle et aveugle ou encore Antigone dont l'attitude met en relief l'opposition entre le droit et la morale ou le sentiment...

Plus récemment, l'enquête de satisfaction auprès des usagers de la justice citée dans le rapport du Conseil économique et social « *Médiation et conciliation de proximité* » présenté par Madame Lindeperg en 2001, fait état de jugements critiques sur l'appareil judiciaire. Avec un taux de satisfaction de 33 %, la justice est classée parmi quinze services publics, loin derrière la police, l'école et l'armée qui bénéficient toutes d'un taux de satisfaction supérieur à 54 %.

Les personnes ayant directement eu affaire à la justice déclarent que leur expérience personnelle a modifié l'image qu'elles avaient de la justice (de façon négative pour 30 %, 19 % de façon positive). 57 % estiment que la justice en France fonctionne mal.

Que demande le citoyen si l'on en croit un autre sondage de l'IFOP de mars 2002 ?

Il redoute en premier lieu ce que La Fontaine écrivait dans « *Les animaux malades de la peste* » : « *Selon que vous serez puissant ou misérable, les jugements de Cour vous rendront blanc ou noir* ».

Il demande encore une séparation nette entre l'exécutif et le judiciaire. Il demande enfin, et prioritairement, la mise en œuvre des décisions de justice, la garantie de l'exécution des peines, l'augmentation de la coopération police-justice, l'accroissement significatif du budget de la justice.

Dans certaines affaires, le juge est supposé apporter des solutions alors que les experts dans ces domaines (scientifiques, médicaux, agricoles...) sont encore hésitants sur les implications réelles de produits ou de procédures innovants. De même, on requiert parfois du juge des jugements de type moraux qui relèveraient davantage de débats de société et de choix politiques.

D'autres confusions peuvent s'installer entre le juge et les citoyens lorsque ces derniers ne comprennent ni la nature ni l'ampleur des pouvoirs confiés, sous le contrôle du juge, aux organes d'instruction (police judiciaire, gendarmerie). Avec le monde politique, la confusion s'est encore accrue lorsqu'au nom des grands principes il est demandé au citoyen de croire à la présomption d'innocence d'un homme politique mis en examen et que, simultanément, ce même homme est invité à démissionner. L'analyse des « affaires » du passé montre, qu'au cours de ces dernières années, lorsqu'il y avait relaxes, celles-ci étaient trop peu médiatisées.

L'action des citoyens et de leurs associations peuvent contribuer à une prise de conscience collective et peuvent également accélérer les prises de décisions politiques. Ainsi, dans le domaine de l'environnement ou des projets d'infrastructures (TGV Sud-Est par exemple), les citoyens se sont mobilisés pour exiger plus de transparence et, s'adressant à la justice, ont obtenu un rééquilibrage des pouvoirs en leur faveur et au détriment des politiques.

L'amélioration du niveau culturel des populations, qui exigent la prise en compte de leur avis, et l'action déterminée des associations rendent plus naturel l'accès à la justice. Le recours au juge permet éventuellement de satisfaire le souhait de Pierre Proudhon : « *Ce ne sont pas les hommes qui gouvernent les sociétés, ce sont les principes, à défaut de principes, ce sont les situations* ». Il reste que la justice, si l'on veut qu'elle applique rigoureusement des principes, doit être rendue à l'écart des rumeurs, des suspensions, de la jalousie.

En outre, les tribunaux ne peuvent statuer que sur la base de la légalité et non de la moralité ou du souhaitable. Récemment, un conflit a opposé le personnage principal d'un film à succès « *Etre et avoir* » au réalisateur-producteur du film. Le plaignant reprochait à la production de ne pas lui avoir rétrocédé une part des très importants bénéfices résultant du succès inespéré du film. La logique du contrat, qui ne prévoyait pas cette répartition des bénéfices, s'oppose ici à une conception de la propriété intellectuelle, de l'image et de la primauté de la création artistique mais aussi un sentiment imprévu de victime de son propre succès !

La justice doit dire le droit à un moment donné et trancher selon ce droit. On ne peut lui réclamer de se substituer à toutes les autres fonctions sociales... Et c'est pourtant très souvent ce qu'attendent les citoyens, la justice étant considérée comme le dernier rempart contre l'adversité. Cette attitude est une cause fréquente de malentendu et alimente les critiques de la justice (cf. affaire du sang contaminé).

## **2. La sacralisation et la diabolisation de la justice**

La méconnaissance de la justice évoquée ci-dessus entraîne des sentiments exacerbés. Or, le droit et l'émotion font rarement bon ménage.

Pour certains, la justice présente, dans la continuité de son évolution historique, un caractère quasi sacré alors qu'elle n'est rendue que par des êtres humains. Ainsi, la peur du juge se conjugue avec l'impression qu'une mise en examen est une opprobre même si, ultérieurement, un non lieu est prononcé. Un sentiment de faiblesse et d'incompréhension paralyse les vellétés de faire reconnaître son droit. Ainsi, les arcanes de la procédure inclinent à penser que le plus malin dispose d'un avantage, que le mieux nanti saura trouver son chemin alors qu'une procédure dûment codifiée constitue pourtant une garantie d'un bon exercice de la justice et du respect des libertés.

Parallèlement, la justice est banalisée quand elle n'est pas diabolisée. Il est révélateur à cet égard que nombre de Palais de justice, qui avaient autrefois un caractère monumental, destiné à marquer la distance avec le monde ordinaire de la rue et dont il fallait gravir les marches, soient transformés en « cités judiciaires » de plain-pied, au style architectural moins solennel ; la vétusté de certains locaux donne de plus une piètre idée de la dignité de la fonction.

Enfin, le juge apparaît parfois comme tout puissant, capable de condamner durement, sans recours aisément accessible au citoyen de base. La médiatisation de certaines arrestations, les dénigrements résultants d'articles de presse virulents donnent l'impression d'un engrenage infernal dans lequel chacun peut se retrouver pris du jour au lendemain.

Ainsi, entre la crainte révérencieuse et le dénigrement péremptoire oscille le plateau de la balance de l'opinion à l'égard de la justice.

## **II - DU JUDICIAIRE À LA JURIDICISATION ; DE LA JURIDICISATION À LA JUDICIARISATION**

La juridicisation, c'est-à-dire la présence de plus en plus large du droit dans les nombreux actes de la vie courante, est devenue une réalité palpable. Elle est de plus en plus prégnante et guide l'essentiel des décisions même quotidiennes, spécialement dans la vie des entreprises.

La judiciarisation, c'est-à-dire le recours à la justice pour faire trancher un litige, est un aspect pathologique du droit. Elle est donc moins fréquente que la juridicisation, même si la médiatisation de certaines affaires tend à faire croire à son essor.

### **A - EXAMEN DES DIFFÉRENTS POINTS DE VUE**

Les acteurs économiques ressentent de plus en plus nettement l'influence du droit dans la vie des affaires. De nombreux éléments contribuent à alimenter ce sentiment même si le mouvement n'est pas toujours aussi récent (l'importance de la jurisprudence dans l'évolution économique apparaît dès la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle) ni aussi marqué qu'on le croit.

#### **1. Point de vue des acteurs judiciaires**

En réalité, l'intervention du juge dans l'économie n'est pas récente : dès les années 1880, la jurisprudence économique s'est construite (responsabilité, réparation...). Toutefois, après 1930, le dirigisme économique a ajouté des règles administratives (protection sociale, assurances, transports...) au droit prétorien déjà constitué. Pour autant, la jurisprudence continue de développer des règles importantes. L'ouverture internationale a ensuite redonné au juge un rôle éminent car il est un instrument d'efficacité de la norme juridique dans un système libéral. Dans de nombreux pays, le recours au juge est une pratique courante qui est considérée comme la meilleure façon de concrétiser la norme juridique. Elle permet d'individualiser davantage les solutions et ne gêne personne car l'implication dans un procès n'y est pas, comme en France, source d'opprobre.

Les acteurs judiciaires peuvent sans nul doute se réjouir de l'importance ainsi reconnue à la rigueur du droit, à la force de la loi chargée d'arbitrer les conflits et de définir les bonnes pratiques. Ils ne peuvent pour autant ignorer les risques « d'instrumentalisation » de la justice que le monde des affaires peut aisément mettre en oeuvre afin de déstabiliser un concurrent, faire échouer un projet industriel ou commercial ou retarder des prises de décisions.

Ils ne peuvent davantage oublier que lorsqu'ils sortent de leur rôle d'arbitre pour se rapprocher de celui de justicier, ils ne peuvent échapper à la désacralisation de leur fonction.

L'implication mécanique du juge dans un nombre croissant de décisions économiques résulte souvent de facteurs externes à la magistrature et peuvent mettre les juges en difficulté dans la mesure où ils sont très mal préparés à supporter une telle charge. Il ne s'agit plus en effet de traiter des cas pathologiques et marginaux mais de réguler l'équilibre des marchés et de participer à la sécurité financière par exemple...

Nombreuses sont les personnalités du monde judiciaire - et pas des moindres - à s'être exprimées récemment à travers les articles de presse ou des ouvrages sur le phénomène de judiciarisation de la société et sur ses effets notamment en ce qui concerne la place nouvelle du juge dans la hiérarchie des pouvoirs. Ces ouvrages et leurs auteurs ont été largement cités dans ce rapport. Dénonçant le manque criant de moyens, ils attirent surtout l'attention sur la responsabilité croissante qui est la leur et appellent à un débat démocratique autour de la légitimité du nouveau pouvoir dont ils sont *de facto* investis.

## **2. Point de vue des acteurs économiques**

Dans les entreprises, la place du juriste interne ou externe s'est considérablement renforcée dans les dernières années : les directions juridiques sont de plus en plus souvent rattachées à la direction générale et les juristes ou avocats sont, davantage que par le passé, consultés en amont de la prise de décisions. On peut donc dès ce stade parler d'une « juridicisation » du comportement des entreprises. Pourtant, en France, la hiérarchie classique dans les entreprises privilégiait plutôt les fonctions de production, puis la fonction commerciale tandis qu'en Allemagne, le juridique était déjà prédominant ainsi qu'au Royaume-Uni. Les juristes regrettaient d'ailleurs le caractère tardif de leurs interventions, rendant souvent plus délicate et coûteuse la recherche d'une solution légalement valide, non préalablement construite.

La dimension juridique des problèmes de gestion est donc assez largement intégrée actuellement par les grandes entreprises françaises. Elle reste cependant encore trop réduite dans certaines PME de sorte que, faute d'anticipation, de sérieuses difficultés juridiques peuvent apparaître au stade des conflits ou de la responsabilité et conduire à des demandes de réparations lourdes voire même à des condamnations pénales. Quant aux très petites entreprises, elles n'ont absolument pas les moyens de connaître le maquis juridique actuel et d'en tirer

toutes les conséquences, le chef d'entreprise participant à la fois à l'activité, à la gestion et à la définition de la stratégie.

Les collectivités territoriales sont également confrontées à la nécessité de sécuriser de nombreuses opérations. Elles doivent en conséquence faire appel elles aussi à des conseils ou des avocats, y compris pour la passation des marchés publics.

L'irruption de sanctions pénales plus nombreuses et médiatisées a conduit les responsables économiques à ressentir fortement les risques juridiques de certaines conduites considérées à tort comme banales.

Porter à la connaissance du public des faits brutalement décrits, parfois amplifiés ou déformés, avant toute décision de justice, peut avoir de lourdes conséquences humaines sur les personnes mises en cause mais aussi créer des dommages importants aux entreprises dont l'image peut être ternie ou les projets abandonnés ou gravement différés. Comme l'a indiqué M. Didier Pineau Valencienne lors de son audition devant la section des finances du Conseil économique et social : « *l'instruction vous guillotine, les médias en rajoutent et ensuite, on vous juge !* ».

La loi impose assez logiquement le secret de l'instruction (article 11 du Code de procédure pénale). Il faut en effet tenir compte des intérêts de la personne suspectée et la protéger des calomnies. La présomption d'innocence est quelque peu malmenée lorsque les médias se saisissent de l'affaire avant jugement, « *le problème étant moins l'information du public que son exploitation habile en vue de provoquer un mouvement d'opinion et d'exercer une pression sur le juge* ». <sup>16</sup>

A cet égard, le témoignage de M. Pineau Valencienne est démonstratif : « *Et aujourd'hui, quand je vois parler de moi dans la presse, on dit : M. Pineau Valencienne a eu des ennuis avec la justice, point. Je suis donc déjà coupable parce que j'ai eu affaire avec la justice...* ».

Cette montée en puissance du droit et de la menace judiciaire s'accroît dans les relations de sous-traitance ou de négociation avec la grande distribution, du fait du rapport de force.

Dans le monde des entreprises se manifeste une tendance à intégrer à leur stratégie globale le recours quasi-systématique aux contentieux, aux menaces de procès, aux procès.

### **3. Point de vue des acteurs sociaux**

Bien que ce thème soit en dehors du champ de compétence de la section des finances, on ne peut passer sous silence que le droit du travail devient l'un des domaines où le recours au juge se substitue de plus en plus au conflit social direct, notamment du fait de l'intervention de la jurisprudence communautaire.

---

<sup>16</sup> « *Les institutions judiciaires* », Roger Perrot, Ed. Montchrétiens, 2002.

Les raisons sont sans doute liées à la complexité et à l'abondance des textes, au recul du contrôle a priori de l'administration, à l'explosion de certains droits comme celui de la formation, à la flexibilité croissante recherchée par les entreprises, à l'insuffisance du dialogue social ou au défaut de clarification de certaines dispositions des conventions collectives, à l'apport de la jurisprudence de la CJCE... et parfois même à l'obstination à refuser l'application d'un texte. En revanche, une personne physique devant supporter personnellement les coûts de la procédure risque d'en être dissuadée.

Le constat de la judiciarisation se fait par le taux d'appel des décisions des Conseils de prud'hommes (56 %), la charge des chambres sociales des cours d'appel et de cassation et l'allongement de leurs délais mais aussi par l'activité syndicale croissante dans le domaine juridique et judiciaire.

La judiciarisation des conflits du travail n'a rien de critiquable en soi. Elle est le signe de la manifestation d'autres formes de régulation. Plus préoccupants sont les comportements qu'elle induit quant à l'accusation faite aux mécanismes de marché d'être responsables de la précarisation des sociétés modernes, ou quant au report sur l'entreprise de l'échec des politiques publiques en matière d'emploi.

Sans alourdir cette brève incursion, il conviendrait de rechercher les voies permettant de résoudre des conflits souvent lourds de conséquences pour les hommes et les entreprises, et espérer que les travaux menés par la Commission européenne dans le cadre de sa communication du 28 juin 2000, dite « *Agenda pour la politique sociale* » permettront d'encourager le traitement des conflits en amont de leur naissance grâce aux solutions alternatives de résolution.

#### **4. Point de vue doctrinal**

Cette « juridicisation » de l'économie contribue aussi à expliquer la montée en puissance des juridictions, puisque les juges sont ceux qui appliquent le droit. Mais, parallèlement, on a observé un accroissement de l'autonomie des tribunaux.

Si le juge tranche simplement les litiges en appliquant des règles de droit, cela ne crée aucune difficulté. Le problème se pose si le juge doit se prononcer au-delà des lois formulées par le législateur ou une autre source, décrétable par exemple, en interprétant des règles de droit générales et abstraites. Sur le principe, cet office du juge est traditionnel en droit français (article 4 du code civil de 1804). Mais la nouveauté vient de la puissance dont dispose désormais le juge pour influencer sur la vie économique. Il n'était guère concevable il y a quelques années qu'un juge intervienne dans des affaires d'offres publiques d'achat, de contrôle des concentrations ou de plans de licenciements.

De plus, le système actuel tend à mettre en exergue les prérogatives des personnes plus que des règles abstraites et générales et la reconnaissance de ces droits subjectifs, susceptible de créer des conflits, repose sur un juge de manière quasi-mécanique : une prérogative juridique peut en effet susciter un conflit

d'intérêts et donc nécessiter le recours à un jugement. Un exemple en est fourni notamment par le droit de la consommation, le droit des sociétés (droits reconnus aux actionnaires minoritaires) et le droit social (prérogatives des comités d'entreprise). Notons que cette conception dite anglo-saxonne des droits subjectifs trouve en réalité son origine dans le droit romain.

La judiciarisation garantit aussi un minimum de régularité dans les rouages de la vie en société. La justice est souvent la dernière barrière quand toutes les autres ont cédé. A la jonction des différents acteurs : collectivités locales, travailleurs sociaux, police, éducateurs, la justice contribue au maintien de la paix sociale.

Selon Madame Marie-Anne Frison-Roche, la judiciarisation de l'économie signifie que les relations économiques, et donc les organisations qui s'y sont adaptées, sont de plus en plus dépendantes des décisions de justice. Elles sont affectées, structurées par des décisions de justice, dont le rôle était autrefois beaucoup plus marginal. C'est ce caractère structurant du judiciaire qui a changé la donne et qui explique le nouveau vocabulaire employé.

### **5. La définition de la section**

La judiciarisation de la société est à la convergence de plusieurs phénomènes, tels l'évolution de la responsabilité et le refus du risque, la recherche de la garantie des libertés.

Face à la complexité croissante de la vie économique, aux incertitudes multiples, la montée en puissance du droit n'a cessé de s'affirmer dans le noble objectif d'une meilleure sécurité juridique. Lorsque le droit est « à l'état gazeux »<sup>17</sup>, le respect du droit écrit est corrigé par le recours au juge, tendance lourde et sans doute irréversible de toutes les démocraties modernes.

Le néologisme « judiciarisation » signifie, bien au-delà de l'augmentation des volumes, qu'un traitement judiciaire tend à se substituer à un mode antérieur de régulation sociale. Ce phénomène contribue tantôt à des progrès (accès au droit, indemnisation, arbitrage équilibré, procès équitable...), tantôt à des reculs de la vie démocratique (insécurité juridique, instrumentalisation du juge, coûts et délais...).

## **B - SPÉCIFICITÉS LIÉES AU MONDE ÉCONOMIQUE**

### **1. Le besoin de sécurité juridique**

Aux yeux d'un grand nombre de décideurs, juristes, salariés ou simples citoyens, notre époque se caractérise par une insécurité juridique croissante.

Au fil des auditions, nous avons identifié les facteurs de cette insécurité : la multiplicité des lois et règles, leur imprécision ou leur rédaction imparfaite, leur instabilité, la remise en cause de la hiérarchie des normes, l'incohérence des

---

<sup>17</sup> Rapport annuel du Conseil d'Etat (1992).

décisions, l'application d'un revirement de jurisprudence à des contrats conclus antérieurement, la pénalisation excessive, la responsabilité sans faute, les saisines multiples pour une même cause...autant de questions sur lesquelles nous aurons à revenir. De plus, la prégnance du droit européen et les règles du procès équitable sont à l'origine de contentieux de plus en plus fréquents.

Les exemples sont nombreux : effet rétroactif constaté de certaines décisions (arrêt Perruche), une deuxième loi remettant en cause les accords conclus (lois Aubry...), réforme des régimes de retraite.

Cette notion de sécurité juridique est-elle illusoire ? Sans doute car même en supposant les règles de droit connues, celles-ci sont exprimées en termes généraux, souvent abstraits et exigeant un effort d'interprétation pour être appliquées à la situation de celui qui cherche cette sécurité.

Le temps écoulé entre l'élaboration de la loi et l'événement analysé au regard de cette loi conduit à prendre en compte les évolutions des mœurs, de l'opinion, de l'environnement juridique nouveau...

La prolifération des textes et la multiplication des sources de droit accroissent également le risque d'insécurité.

Le risque fort qui résulte de règles de droit trop complexes pour demeurer compréhensibles est celui d'un sentiment d'arbitraire judiciaire ou administratif voire d'injustice.

Les juridictions européennes et communautaires ont consacré ce principe de sécurité juridique, permettant de préserver les acquis juridiques, limitant ou annulant les décisions à effets rétroactifs mais permettant aussi une meilleure prévisibilité des règles de droit.

Pour l'activité économique, la prévisibilité des décisions est essentielle. A cet égard, les règles de droit sont fondamentales puisqu'elles constituent le cadre naturel dans lequel s'exercent les choix des entreprises. De même, il est très important que la jurisprudence soit claire et constante afin de permettre de connaître les règles du jeu. Certes, des revirements de jurisprudence sont inévitables mais ils doivent alors être explicités, en général par référence à un changement majeur dans le contexte, de manière à restituer une nouvelle règle intelligible. Les tribunaux européens pratiquent cette information.

Il en résulte que l'application du principe usuel de non rétroactivité des lois et des effets des décisions de jurisprudence doit être la plus générale possible, sauf cas très particuliers, pour permettre d'éviter la remise en cause de stratégies anciennes.

L'existence en France d'une structure de l'ordre judiciaire complexe (cf. supra) et le fait que les différents tribunaux jugent de manière autonome entraînent une grande variabilité dans les décisions judiciaires, surtout sensibles au niveau des sanctions infligées ou des indemnités octroyées. Il convient d'insister à cet égard sur le fait que les juges, même s'ils peuvent prendre connaissance des décisions de jurisprudence publiées dans des recueils, ne

disposent pas d'une base de données permettant de connaître aisément et en temps réel les sanctions appliquées dans divers juridictions en fonction des faits reprochés ni de barèmes d'indemnisation. Sans mettre en cause l'indépendance des juges, cette base, éventuellement évolutive, leur offrirait un outil utile de comparaison permettant d'harmoniser leurs décisions (cf. ci-dessus).

Le juge, lorsqu'il est saisi de questions économiques, devrait s'attacher à juger non seulement en droit mais en prenant en compte les conséquences économiques et financières de ses décisions et la réalité des préjudices. La culture des magistrats ne s'y prête guère, pour des raisons de formation, ou en raison de la difficulté à apprécier le bon niveau de la réparation du préjudice. Mais l'attitude de la Cour de justice des communautés européennes y conduit progressivement. Les résultats d'un jugement ont certes des implications pour les parties mais ils doivent également indiquer aux acteurs économiques la voie à suivre dans l'avenir pour des cas similaires.

La complexité de la structure juridique déjà mentionnée amène parfois à des saisines multiples de différents tribunaux (civil, pénal, de commerce...). Une telle multiplicité d'actions conjointes est coûteuse et contre-productive pour la vie économique (affaire Messier par exemple jugée en France et aux Etats-Unis).

## 2. La notion de temps

Les philosophes de notre époque évoquent la « *mort du temps* », étranglé, étouffé sous le poids de l'immédiat (Alain Etchegoyen). Le temps écartelé entre la notion qu'en a l'entrepreneur, oscillant entre des objectifs à long terme, la pérennité et la dictature événementielle du quotidien, le financier fixé sur le « *spot* », le court terme, l'immédiat, et la notion qu'en a la Justice, régulatrice des passions, des excès mais longue à rendre ses décisions, l'un et l'autre - entreprise et justice - soumis au temps du droit. La Bruyère écrivait dans « *Les caractères* » : « *Le devoir des juges est de rendre la justice ; leur métier est de la différer. Quelques uns savent leur devoir, tous font leur métier* ».

Le temps du droit, qui est celui du long terme par la loi, du moyen terme par le règlement serait aussi celui de la correction du passé et de son influence sur l'avenir lorsque la jurisprudence tranche, éclaire.

Ces temps, incompatibles entre eux, introduisent dans le fonctionnement de l'économie un sentiment d'aléatoire, d'inconstance, de remise en cause, de changement des règles du jeu.

L'arbitrage entre la nécessité de prendre une décision, de saisir une occasion, de passer un marché et le risque inhérent à ces décisions emporte, pour la grande entreprise, un ralentissement significatif dans le processus décisionnel par l'intervention des juristes, des conseils et conduit souvent à reporter le risque vers d'autres structures (externalisation, défaisance...) mais il emporte aussi, pour les plus petites entreprises un besoin d'information, de formation et d'évaluation des risques et de leur nécessaire prévention.

De plus en plus, dans la vie économique, le temps revêt une importance cruciale : respect des délais, gestion à flux tendus, productivité liée à une gestion rigoureuse des commandes et des livraisons... Dans quasiment tous les secteurs, et pas seulement le monde financier pour lequel il s'agit d'une évidence, l'horizon s'est considérablement raccourci.

Dès lors, attendre plusieurs années le résultat d'une action judiciaire paraît en parfait décalage avec le rythme habituel des décisions des entreprises.

Il est totalement illusoire de vouloir accélérer outre mesure l'action de la justice. Une certaine sérénité est nécessaire et les moyens ne peuvent être augmentés à l'infini. Certains estiment même (Mme Frison-Roche notamment) qu'obliger à un ralentissement du rythme peut être parfois salutaire : cela revient à introduire du sable dans des mécanismes qui tendent à s'emballer. En outre, la seule idée d'une justice expéditive inquiète.

Pour autant, il existe une procédure rapide de référé qui, sans délibérer sur le fond, permet d'apporter une première solution urgente.

Cependant, l'une des règles d'un procès équitable est : « ... *a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable...* » (article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme). En conséquence, l'allongement démesuré des procédures judiciaires du fait du manque de moyens ou de l'acharnement d'une partie n'est pas acceptable. Il conviendrait d'atteindre des objectifs de délais impératifs. D'ailleurs, il s'agit d'une cause fréquente de condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme. Par exemple en 2002, la Cour a reconnu 149 violations du droit à un procès équitable pour l'ensemble des Etats membres dont 11 pour la France, troisième pays sur la liste après la Roumanie et l'Italie ; de plus, les délais de procédure excessifs sont relevés par la Cour dans 41 cas pour la France, sur un total de 410, la France se situant ainsi au deuxième rang derrière l'Italie.

Enfin, on ne peut exclure l'utilisation du temps par l'un des plaignants à des fins d'instrumentalisation, ce qui devrait pouvoir faire l'objet de sanctions puisqu'il s'agit alors d'utiliser le temps, « le temps des manipulateurs ».

### **3. La différence d'approches entre les acteurs économiques et sociaux et le juge**

Le plus généralement, lorsqu'un entrepreneur décide d'engager une procédure judiciaire, il en attend la possibilité de suivre légalement telle ou telle stratégie. Il espère donc clairement une solution qui le mette à l'abri d'éventuelles difficultés juridiques futures tout en lui permettant de remplir au moins partiellement ses objectifs. Mais il lui est également possible d'utiliser le temps pour empêcher la réalisation d'une obligation, pour faire reculer le moins puissant, pour ne pas avoir à décider. Dans tous les cas, l'entrepreneur redoutera l'analyse pointilleuse à froid d'une situation dont il a eu à connaître à chaud, tout particulièrement dans le domaine pénal.

Dans notre système, qui laisse aux parties l'initiative du procès civil et de sa conduite, le juge n'use que très modérément de son autorité pour établir un calendrier exigeant de la procédure et, plus rarement encore, de sa faculté de sanctionner les abus de procédures dilatoires ou de procès sans fondement.

Le juge tranche le litige en droit et livre une décision sans avoir le plus souvent à s'enquérir de la faisabilité de son exécution. Le juge ne cherche pas, sauf dans le cas particulier des tribunaux de commerce au sein desquels exercent des professionnels, à fournir une solution.

Cette différence d'ordre culturel peut difficilement être dépassée. Cela supposerait des échanges permanents entre juges et professionnels ou l'instauration de juridictions spécialisées, mais supposerait aussi une évolution des relations permettant l'élaboration d'un calendrier de procédure, une application généralisée de la dématérialisation des échanges entre avocats, entre avocats et magistrats, à l'exemple de « e-greffe » au sein du tribunal de commerce de Paris ou entre les avocats à la Cour et la Cour de Cassation depuis 2003.



## CHAPITRE IV

### COMMENT ET POURQUOI CETTE JUDICIARISATION ? QUELLES CONSÉQUENCES ?

#### I - LES CAUSES

Le processus de judiciarisation est souvent analysé comme la conséquence d'une transposition des pratiques anglo-saxonnes et notamment américaines dans la société française. Si cette cause existe, elle ne saurait toutefois être considérée ni comme unique ni comme prédominante. En réalité, plusieurs phénomènes se conjuguent pour expliquer ce processus qui au demeurant s'inscrit dans un contexte plus général de juridicisation des actes économiques et de la société.

##### A - LA MONDIALISATION DE L'ÉCONOMIE.

L'ouverture des marchés induit la multiplication des contacts avec des entreprises étrangères soumises à d'autres systèmes juridiques. Elle s'accompagne souvent de l'implantation d'entreprises étrangères en France ou de firmes françaises à l'étranger. Cette interpénétration conduit à une diffusion des pratiques juridiques au-delà de leur territoire naturel et peut engendrer des conflits dans lesquels les différents droits applicables sont confrontés. La contractualisation y constitue la base des relations entre les acteurs.

Le droit américain est essentiellement un droit des marchés. Par le biais de l'internationalisation des échanges, il est vrai que l'influence américaine s'étend, notamment en droit des sociétés, puisqu'elle traduit le poids de l'économie dominante et elle diffuse ainsi un droit qui accorde au juge une grande puissance. Il convient cependant de ne pas oublier que les pratiques américaines sont elles-mêmes parfois inspirées par des idées européennes. Ainsi, les lois sur la protection du consommateur, largement développées aux Etats-Unis et reprises en Europe, ont été inspirées par des juristes immigrés allemands et autrichiens soucieux du maintien de la confiance. En droit des sociétés, les travaux de M. Bloch-Lainé et la loi française sur les sociétés de 1966 ainsi que des lois allemandes ont largement orienté les réflexions américaines sur la « *corporate governance* » (gouvernement des entreprises).

Or, il existe peu de règles internationales générales susceptibles de régler de tels conflits. La tendance naturelle en matière de contrats est donc de demander une décision de justice sous l'empire d'une législation choisie par les co-contractants ou un arbitrage international pour trancher le litige (le forum shopping). La France, pays de codification, y est peut-être moins préparée que d'autres. Mais on constate que le recours au juge n'est pas toujours dû à un excès de règles juridiques : il peut aussi résulter de leur absence voire de leur inadaptation...

Ainsi, l'absence de règles internationalement admises en matière de commerce international a conduit à la création de l'OMC et de l'ORD qui en dépend. Ce dernier est ainsi amené, au fur et à mesure que des contentieux lui sont soumis, à préciser les règles et ainsi à substituer une décision judiciaire à la loi du plus fort implicitement en vigueur autrement. Dans la décision « *crevettes-tortues* », le panel d'experts travaillant pour l'ORD a retenu l'argument thaïlandais de principe de bio-diversité, aboutissant à débouter les Etats-Unis qui demandaient la suppression de toutes barrières alors même qu'il n'existe aucun texte spécifique dans les statuts de l'OMC relatif au principe environnemental de bio-diversité.

En Europe, on observe la montée en puissance de la Cour de justice des Communautés européennes.

La Communauté se construit sur la base d'un droit nouveau, autonome et supérieur à celui des Etats membres et uniforme pour tous ces pays comme il a été précédemment décrit. La Cour est chargée de veiller au respect de ce droit. Elle contrôle la légalité des actes des institutions communautaires et le respect par les Etats membres des obligations établies dans les traités et la législation communautaire. La Cour peut aussi être appelée à exercer des fonctions de juge constitutionnel ; en particulier, elle agit comme arbitre entre les institutions des Communautés européennes et entre l'Union européenne et les Etats membres. En outre, elle veille à la conformité des actes communautaires à la charte constitutionnelle qu'est actuellement le traité.

La contribution la plus importante de la Cour est constituée par sa jurisprudence définissant les deux règles essentielles sur lesquelles repose la Communauté de droit qu'est l'Union européenne :

- l'applicabilité directe du droit communautaire dans les Etats membres ;
- la primauté de la règle commune sur la règle nationale.

Grâce à cette jurisprudence, dont les arrêts *Van Gend en Loos* (prononcé en 1962), *Costa/ENEL* (1964) et *Simmenthal* (1978) constituent les principaux jalons, les citoyens européens peuvent désormais invoquer devant leurs juges les dispositions des traités, règlements et des directives communautaires et demander qu'une loi nationale ne leur soit pas appliquée si elle est contraire à la législation communautaire.

Sur la base de ces deux principes, la jurisprudence de la Cour a fait du droit communautaire une réalité pour les citoyens européens.

Elle a souvent été appelée à préciser les obligations des Etats membres à l'égard de la libre circulation des marchandises et de l'instauration d'un marché commun, en veillant, notamment, à l'abolition des barrières protégeant les marchés et les entreprises nationales et, en général, à tout obstacle aux échanges entre Etats membres.

Ainsi, depuis l'arrêt *Cassis de Dijon* (1979), les Européens, conformément à cette décision, peuvent consommer chez eux tout produit alimentaire en provenance d'un pays de l'Union, à condition qu'il soit légalement fabriqué et commercialisé dans ce pays ; seules des raisons sérieuses relatives, par exemple, à la protection de la santé et de l'environnement pourraient s'opposer à l'importation dans le pays de consommation (application aux vaches folles britanniques par exemple).

Toujours dans le cadre de l'établissement du marché commun, la jurisprudence de la Cour a contribué à la clarification de la nomenclature indispensable pour identifier les produits les plus divers, permettre leur commercialisation et appliquer uniformément le tarif douanier commun. En particulier, la libre circulation des marchandises concerne non seulement le commerce professionnel mais également les consommateurs. Dans l'arrêt *GB-INNO-BM* (1990), la Cour a constaté qu'une législation nationale qui refuse aux consommateurs l'accès à une publicité légalement disponible dans le pays d'achat est contraire au principe de la libre circulation des marchandises.

Les arrêts « *Kohll et Decker* » d'avril 2000 permettent à des patients luxembourgeois d'obtenir le remboursement par leur caisse nationale de sécurité sociale des frais engagés chez des spécialistes médicaux étrangers sans passer par un système d'autorisation préalable.

La Cour a eu également à se prononcer sur les règles générales à suivre en matière de libre concurrence.

En effet, à la suite de son arrêt *Nouvelles Frontières* (1986), dans lequel la Cour a constaté que les règles sur la concurrence figurant aux traités s'appliquent aux transports aériens, la jurisprudence dans ce domaine a facilité, par exemple, la déréglementation des tarifs aériens.

L'agriculture est certainement le secteur où l'intégration communautaire est la plus poussée. La jurisprudence de la Cour, dans ce secteur phare de l'intégration européenne, a permis de consacrer les principes fondamentaux de la politique agricole commune (unité de marché, préférence communautaire) et d'assurer le bon fonctionnement des divers mécanismes réalisés pour sa mise en œuvre.

La Cour a aussi contribué au renforcement et au développement des droits des citoyens européens, en particulier pour ce qui concerne l'égalité des conditions d'accès à l'emploi entre citoyens de l'Union et entre hommes et femmes (*arrêt Defrenne/Sabena en 1976*).

Elle a été aussi saisie d'importantes affaires dans les domaines de la libre prestation de services et de la liberté d'établissement.

Selon le Traité de Rome, toutes les restrictions à leur exercice auraient dû être supprimées à la fin des années 60. Or, les mesures nécessaires n'avaient pas toujours été prises dans le délai prescrit. Dans ces conditions, la Cour a facilité la mise en œuvre de ces libertés en constatant, entre autres, dans ses arrêts *Van Binsbergen* (1974) et *Reyners* (1974), que les dispositions du Traité avaient un effet direct et pouvaient, dès lors, être invoquées devant les juges nationaux.

La Cour de justice a eu aussi l'occasion de souligner l'importance de la protection de l'environnement. Ainsi, elle a déclaré que celle-ci est un des objectifs essentiels de l'Union, pouvant justifier, en tant que tel, certaines limitations au principe de la libre circulation des marchandises. Par exemple, la Cour a admis (1988) la légalité de l'obligation imposée par le Danemark aux distributeurs de bières et de boissons rafraîchissantes de mettre en place un système de consigne et de reprise des emballages vides.

Enfin, il est nécessaire de souligner la mission protectrice de la personne que la Cour de justice a assumée dans ce cadre essentiellement technique et économique que constitue le droit communautaire.

Depuis les arrêts *Stauder* (1969) et *Internationale Handelsgesellschaft* (1970), la Cour s'est constamment préoccupée de sauvegarder les droits fondamentaux de la personne tout en se gardant de dépasser le cadre du droit communautaire.

Dans son arrêt *Francovich* (1991), la Cour a affirmé le principe de la responsabilité de l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire ainsi que l'obligation de les réparer.

La Cour de justice a assuré aussi l'adaptation du droit communautaire aux circonstances changeantes.

Ainsi, en décidant dans son arrêt *AETR* (1971), que les Etats membres n'étaient plus en droit de contracter avec des Etats tiers des obligations affectant des règles communes, la Cour a établi un principe extrêmement important, à savoir celui du caractère évolutif des compétences communautaires dans le domaine des relations extérieures.

En février 2003 (arrêt *Gozutok et Brugge*), la Cour de justice a considéré que « le principe " non bis in idem " <sup>18</sup> impliquait nécessairement qu'il existe une confiance mutuelle des Etats membres dans leurs systèmes respectifs de justice pénale et que chacun d'eux accepte l'application du droit pénal en vigueur dans les autres Etats membres, quand bien même la mise en œuvre de son propre droit national conduirait à une solution différente ». C'est une jurisprudence novatrice qui pourrait revêtir la même importance que le célèbre arrêt « *Cassis de Dijon* ».

La Cour exerce également ses compétences dans le cadre d'une autre procédure importante : celle du renvoi préjudiciel.

---

<sup>18</sup> On ne peut juger deux fois les mêmes faits (principe de la chose jugée).

En effet, le droit communautaire peut créer directement des droits individuels pour les citoyens européens, dont l'exécution administrative reste confiée aux administrations nationales et que les juges nationaux sont donc appelés à appliquer en premier lieu. Dès 1963 et 1964 (*arrêt Van Gend en Loos en 1963 puis arrêt Costa/Enel en 1964*), la Cour a tranché en précisant la primauté du droit communautaire sur toute disposition éventuellement contraire du droit national, qu'elle soit antérieure ou postérieure à la norme communautaire.

Il en résulte que, dans les litiges concernant le droit communautaire, les tribunaux nationaux peuvent être conduits, en cas de doute sur l'interprétation ou la validité d'une disposition communautaire, à interroger la Cour de justice. Cette coopération permanente entre les juridictions nationales et la Cour assure au droit communautaire une interprétation uniforme et une application homogène dans l'ensemble de l'Union européenne sans créer de liens hiérarchiques. Le juge national, dans ce cas, suspend sa procédure et interroge la Cour. Après réponse, il reprend la procédure et applique à la solution du litige l'interprétation du droit donnée par la Cour sans le modifier ni le déformer. Cette réponse guidera, par la publicité qui en est faite, les autres juges de l'Union confrontés à des problèmes identiques.

Depuis sa création, la Cour a été saisie de plus de 3 500 affaires préjudicielles et à cette occasion a fixé plusieurs grands principes du droit communautaire.

À l'origine, la Cour était interrogée sur l'interprétation des grands principes du droit communautaire qui pouvaient bousculer le droit interne. Ces cas sont devenus beaucoup plus rares désormais. L'essentiel des questions portent plutôt sur le droit dérivé (directives et règlements).

En 1975, la Cour de justice des Communautés européennes a fait référence, pour la première fois dans un arrêt, à la Convention européenne des droits de l'Homme.

Parfois, les juridictions nationales trouvent confortable de se retrancher derrière une décision de la Cour de Luxembourg et attirent ainsi certains litiges nationaux vers une solution communautaire via les recours préjudiciels. Ainsi, la Cour a décidé que l'Emmental pouvait être produit sans croûte, contrairement aux allégations d'une entreprise plaignante, au motif que d'autres producteurs de l'Union devaient pouvoir accéder au marché (affaire *Lactalis Entremont*). Or, au départ, le litige opposait deux entreprises françaises et la question avait été soulevée par le juge pénal chargé du dossier. La Cour, après s'être interrogée sur la recevabilité de cette demande d'origine exclusivement nationale, a considéré que ce cas pouvait concerner d'autres fabricants communautaires et a donc décidé de statuer. En France, le juge concerné a ensuite appliqué le raisonnement en estimant qu'une ouverture aux producteurs européens impliquait également ouverture aux producteurs français.

Certaines mesures législatives ou administratives prises par les Etats membres alimentent aussi le contentieux communautaire. Ainsi, par exemple, l'instauration de taxes contraires au droit communautaire (par exemple la non récupération en France de TVA sur les frais de mission et de déplacement) a pour conséquence des actions en justice, auprès de la Cour ou du tribunal de première instance de Luxembourg, d'entreprises ou de particuliers visant à faire annuler ces mesures fiscales. La tâche des institutions judiciaires communautaires est de ce fait alourdie et contribue à la judiciarisation de l'économie.

En revanche, la caractéristique de Cour suprême permet à la Cour de limiter elle-même la portée de ses arrêts si ceux-ci ont un impact très important sur un ou des Etats membres. Elle peut par exemple, prendre une décision de principe mais en suspendre l'application jusqu'à ce que l'Etat membre ait pris des mesures nouvelles lui permettant de respecter cette décision (mesures écologiques sur les transports en Autriche par exemple).

De plus, une autre institution d'une Europe élargie entre en scène : la Cour européenne des droits de l'Homme.

Un certain nombre de règles, édictées dans la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme dont la Cour européenne veille à l'application, ont désormais une grande influence en droit français. Il s'agit en particulier des règles concernant le procès équitable dont nous analyserons les conséquences ci-après.

#### B - LA DÉRÉGLEMENTATION ET LE RETRAIT DE L'ÉTAT

Depuis le milieu des années 80, un important processus de libéralisation des marchés a été mis en oeuvre en France. Or, l'économie de marché repose sur la liberté et la concurrence et son outil de base est le contrat. Le juge, dans cette optique, est le complément nécessaire du contrat (« *le contrat contient le juge en creux* » dit Mme Marie-Anne Frison-Roche). Il est le gardien des libertés, susceptible de faire respecter les clauses du contrat quelles que soient les puissances relatives des parties.

La mondialisation, déjà mentionnée, a fortement incité, au nom de la libre concurrence, à cette déréglementation interne et elle a aussi exercé une influence sur l'évolution du droit et des pratiques juridiques internes.

On a ainsi assisté à un recul relatif des réglementations administratives au profit d'autres modes de régulation. Les contrôles juridictionnels a posteriori ont progressivement supplanté les autorisations administratives préalables (licenciements par exemple).

Dans un premier temps au moins, ce processus a introduit un surcroît de judiciarisation. Il en a été ainsi en particulier dans le secteur des télécommunications mais en revanche très peu dans le secteur de l'énergie, dont la libéralisation est intervenue ultérieurement.

Ainsi, la justice est devenue un lieu de laboratoire social où s'expriment et s'affrontent et parfois se résolvent les tensions individuelles et sociales. Comme le note Charles de Tocqueville, « *Si le pouvoir judiciaire se redresse, c'est que le pouvoir politique s'affaïsse* ». Comment ne pas constater les transformations de l'Etat générées par un double mouvement, la révolution des mœurs des citoyens en bas, et la construction européenne par le haut ?

Le mode d'exercice du pouvoir de l'Administration elle-même a évolué : la création des autorités administratives indépendantes chargées de la régulation de différents secteurs ou transversales (CNIL, Conseil de la concurrence...) a participé de ce mouvement ainsi que l'a analysé le rapport du Conseil économique et social de M. Jean-Pierre Moussy déjà cité. Ces autorités sont soumises aux décisions d'appel des juridictions et décident après un débat contradictoire. Elles exercent d'une certaine manière un contrôle de type juridictionnel.

L'économie de marché, basée sur la liberté et le contrat, est toutefois largement structurée par des concepts juridiques dans certains domaines cruciaux : droit des sociétés (responsabilité du dirigeant, contrôles légaux, gouvernance d'entreprise...), droit de la concurrence (abus de position dominante, brevets et licences...), droit boursier (restructurations...), licenciements économiques, droit de la faillite... Ceux-ci imprègnent en conséquence de plus en plus les comportements des acteurs économiques.

#### C - LES CAUSES SOCIÉTALES

La justice doit dire le droit à un moment donné et trancher selon ce droit. On ne peut lui réclamer de se substituer à toutes les autres fonctions sociales... même si la judiciarisation peut être aussi considérée comme une des modalités du lien social. En effet, dans un certain nombre de cas, elle est le dernier rempart contre des conduites dangereuses pour la paix sociale, lorsque toutes les autres institutions ont échoué dans leur rôle. Elle est ressentie comme l'ultime recours des citoyens et c'est pourquoi la liberté de se pourvoir en justice doit être encouragée, en dépit des abus qu'elle est susceptible d'engendrer. Il s'agit non seulement d'un principe découlant de la Convention européenne des droits de l'homme mais aussi d'une assurance donnée à chacun d'un accès à un jugement équitable et à d'éventuelles réparations.

La judiciarisation peut être analysée comme étant le symptôme d'une recomposition profonde de nos sociétés, affectant à la fois l'Etat et les structures traditionnelles, sociales et culturelles. Elle est en réalité, dans ce cas, un phénomène « par défaut » : les juges n'ont pas pris le pouvoir, le pouvoir est venu à eux parce que ceux qui l'exerçaient précédemment l'ont en partie abandonné.

Les causes sociétales, bien que diffuses, en constituent une part substantielle.

Dans nos sociétés, face à une montée ressentie des risques de toutes natures en outre très largement médiatisés, se développe un fort besoin de sécurité, un véritable rejet de la fatalité. Face à un accident, l'émotion fait vite place à une recherche de responsabilité, d'équité et la plainte paraît la solution quasi inéluctable (« sociologie de la plainte »). « Faire son deuil », jusque et y compris d'une contrariété ou d'un événement ressenti comme une injustice, semble désormais passer par une saisie de la justice. Même les catastrophes naturelles - qui devront changer de nom- sont considérées comme des anomalies que tout gouvernement doit corriger, sinon empêcher.

Les solidarités sociales se modifient. De nouveaux acteurs (médias, associations...) agissent avec force pour la reconnaissance des droits. La victime devient une priorité affirmée, un sujet à écouter, à reconnaître et à indemniser (sang contaminé, amiante...).

La multiplication de droits des individus (droit à la santé, au logement, à l'image, à l'information, des actionnaires etc.) a conduit à des conflits d'intérêts et ouvert la voie à une intervention plus systématique du juge dans la vie courante : si les critiques envers la justice se multiplient, jamais il n'a été autant recouru à ses services et la France connaît aujourd'hui avec quelques années de décalage ce qu'avant elle ont connu les pays anglo-saxons...

Au nom du principe de précaution, tout doit être démontré, même ce qui ne peut immédiatement et irréfutablement l'être (nocivité des OGM, des antennes, des téléphones portables...). Cette attitude conduit parfois à « ne pas faire », car une exigence, celle de santé publique par exemple, est privilégiée sur celle d'efficacité économique.

Dans les causes sociétales, il ne faut pas ignorer les effets de la crise économique et sociale et les difficiles remises en cause qu'elle sous-tend.

Il faut également relever que ces causes sont fréquemment aggravées par la lenteur voire la frilosité des pouvoirs publics à se saisir des problèmes délicats, à suivre les adaptations de notre société.

L'accès à la justice apparaît donc comme un recours naturel, facilité par la disponibilité des avocats et entretenu par l'existence de plus en plus fréquente de contrats de protection juridique (cf. supra). De plus, nombre d'associations, d'ONG se sont constituées dans des domaines divers (consommation, environnement, accidents, actionnariat...), se donnent notamment pour objectif de défendre leurs adhérents en justice et se portent, en cas de besoin, parties civiles. La montée en puissance de ce mouvement de type associatif contribue significativement à nourrir la judiciarisation.

## D - LA CONFECTION DES LOIS

Certains ont avancé, comme autre cause de la judiciarisation, le vif accroissement du nombre de lois et décrets et surtout de leur volume et parfois l'opacité de leur rédaction. Cette évolution rendrait délicate l'appréciation juridique de multiples situations et générerait ainsi des contentieux car il reste que « *nul n'est censé ignorer la loi* ».

MM. Burgelin et Lombard<sup>19</sup> rappellent que « *l'illisibilité de la prose judiciaire a longtemps fait partie des données de la vie sociale de notre pays* », donnant pouvoir aux seuls hommes de loi de décoder le caractère abscons d'un exploit d'huissier, d'un acte notarié ou d'un jugement ou d'un arrêt. Des efforts substantiels ont été faits pour rendre les textes juridiques lisibles (suppression du latin, abandon des références faites aux adages etc.) mais il n'en demeure pas moins que nombre de lois et décisions judiciaires restent peu compréhensibles parfois du fait de leur technicité mais aussi de leur imprécision (ou au contraire de leur trop grand degré de détails), de leur stratification, voire de leur caractère parfois contradictoire, du rappel incessant à des lois antérieures sans refonte globale...

En réalité, la matière législative n'a pas toujours été de qualité égale : si le Code civil est largement cité en exemple pour sa clarté et sa précision, le Code de commerce en revanche a été assez mal rédigé dès l'origine et s'avère de surcroît peu adapté aux besoins. De même, les divers textes juridiques sont souvent d'abord difficile.

L'effort de codification entrepris sans modification du périmètre des lois votées conduit plus souvent à une sédimentation qu'à une clarification et moins encore à une simplification, sauf à retrouver dans le même ouvrage les textes d'une matière donnée.

L'inflation normative est souvent évoquée comme constituant une difficulté supplémentaire majeure confinante à l'insécurité juridique : le droit moderne se compose d'une myriade de lois spéciales et catégorielles édictées le plus souvent en réponse urgente à un événement médiatisé pour « dédouaner » le politique, textes mouvant au gré des groupes de pression et de la sensibilité de l'opinion : ainsi peut-on observer le foisonnement de textes résultant de compromis fragiles entre intérêts antagonistes de groupes sociaux ou économiques qui s'érigent en autant de micro-systèmes autonomes les uns à l'égard des autres sans considération pour la cohérence globale du système<sup>20</sup>. Au total, l'ensemble peut même présenter des lacunes. Cette observation s'applique peut être plus qu'ailleurs au droit commercial, secteur longtemps marqué par une prolifération de textes jugés souvent d'assez médiocre qualité rédactionnelle, qui se sont accumulés sans cohérence, le législateur s'avérant incapable d'adopter des orientations claires qui auraient pu définir l'identité même de la matière.

<sup>19</sup> « *Le procès de la Justice* » de Jean-françois Burgelin et Paul Lombard, éditions Plon 2003

<sup>20</sup> A cet égard voir l'excellent recueil « *Essai sur la codification* » de Bruno Oppetit, collection « *Droit éthique et société* » dirigée par François Terré et Marie-Anne Frison-Roche, PUF 1998.

Ainsi, si le Code civil de 1804 se voulait clairement le protecteur de la famille et du patrimoine, la genèse du Code de commerce de 1807 est plus complexe : il résulte de compromis entre les milieux professionnels dont la puissance considérable s'est exprimée soit à travers la représentation organisée de ses intérêts, soit par l'influence de ses juridictions consulaires ou arbitrales, soit par la consolidation d'usages et de pratiques spécifiques. On n'y trouve rien ou quasiment sur les questions financières, bancaires, boursières, sur certains contrats commerciaux, sur la propriété industrielle, la concurrence... Ces champs, couverts tardivement, n'ont que très récemment et partiellement été insérés dans le Code d'origine, certains ont fait l'objet d'une codification spécifique, réduisant en un temps le volume du Code de commerce de 650 à 150 articles... Aujourd'hui, fort de la compilation de mesures issues des grandes lois récentes de nature économique et suite à la grande réforme de 1999, le « *nouveau Code de commerce* » retrouve un volume honorable de 2 600 pages !

Aussi est-il intéressant de noter que le Code des sociétés et des marchés financiers, en l'absence de codification officielle spécifique du droit français des sociétés, repose sur la compilation de certains titres des Codes civils et de commerce, ainsi que d'un ensemble d'autres dispositions générales intéressant les sociétés, les marchés financiers, la législation sur les commissaires aux comptes, les sociétés etc. le tout constituant un recueil de 2 050 pages en papier bible...

Selon M. Renaud Denoix de Saint Marc, Vice-Président du Conseil d'Etat, il y a en France environ 150 000 textes de portée générale dont 7 500 lois et 82 000 décrets d'application. En vingt ans, le Journal officiel est passé de 7 000 à 17 000 pages. La loi est devenue bavarde (déjà Balzac relevait : « *un peuple qui a 40 000 lois n'en a pas* ») et peut-être trop précaire. Elle devrait être brève, solennelle et tendre à une certaine permanence.

Ce phénomène est révélateur d'un manque de méthode et de vision d'ensemble de la matière dont la réglementation s'est opérée par « *approximations successives et retours incessants sur le même sujet au gré de nouveaux textes qui se superposent les uns aux autres à un rythme croissant* »<sup>21</sup>. Certains parlementaires cultivent encore l'illusion que faire des lois est absolument essentiel ainsi qu'en témoigne la remarque d'un parlementaire en 1981 « *s'il n'y a pas de loi, c'est qu'il n'y a pas de droit* ».

La traduction concrète de la loi en décrets ou autres textes réglementaires soulève également des difficultés. En effet, une fois la loi votée, encore faut-il savoir de quelle manière l'appliquer. C'est le rôle des décrets d'application qui en précisent les contours et se révèlent indispensable à sa mise en œuvre. Or, ces décrets sont souvent pris très tardivement. Cette question a fait l'objet d'un rapport récent d'un député qui constate que moins de 40 % des lois font l'objet d'un décret dans les deux ans, 60 % restant en attente. Ce taux s'améliore au bout de trois ans (60 % des lois ont alors fait l'objet de décrets d'application) et

---

<sup>21</sup> Cf. Bruno Oppetit op.cité

encore plus après quatre années, terme au bout duquel on constate tout de même que plus de 20 % des lois n'ont toujours pas de décret d'application. Cet état de fait a conduit l'auteur du rapport à déposer récemment une proposition de résolution visant à informer l'Assemblée nationale de la mise en application des lois, proposant qu'à l'issue d'un délai de six mois suivant la publication d'une loi le député qui en a été rapporteur fasse le point sur la mise en application de cette loi.<sup>22</sup>

Se pose alors la question de la légitimité et de l'efficacité de l'applicabilité d'une loi dont les textes d'application ne sont pas préparés au moment de la loi. De nombreux exemples tenant à l'application de la CSG et sa transposition dans le bulletin de paye ou encore la loi sur les 35 heures et ses effets sur la multiplication des SMIC démontrent le décalage entre l'objectif de la loi et la réalité de sa mise en œuvre.

Il semble en tous cas difficile de trouver un équilibre quant à la précision de la rédaction des textes. La complexité du monde économique semble exiger des lois précises, détaillées et très techniques afin de limiter les interprétations possibles mais, en même temps, les difficultés de leur application et la lourdeur des circulaires font que la moindre faille peut alors être exploitée, engendrant un risque de conflit. De plus, dans un monde économique en évolution rapide, une loi ne peut prévoir toutes les éventualités et se prête, si elle veut trop entrer dans les détails, à des tentatives de détournement.

Le vieillissement de certaines lois ou des décrets d'application peut également inciter les parties à recourir au juge afin d'exploiter une situation non explicitement prévue dans les textes.

En règle générale d'ailleurs, la loi ne peut édicter tous les droits, c'est pourquoi le rôle du juge a son importance, pour préciser et dire le droit dans les interstices de la loi. Les décisions jurisprudentielles viennent alors compléter ou interpréter les lois. Elles peuvent ainsi combler des lacunes mais elles peuvent parfois être aussi sources d'incertitudes, certains revirements de jurisprudence étant peu explicites. La rétroactivité peut en outre être un problème très délicat à résoudre, en matière d'assurance notamment.

De plus, certaines décisions de justice en matière économique ne parviennent pas à proposer des solutions et manquent parfois de pragmatisme. Il est vrai que le droit en France n'est pas enseigné ni pratiqué pour parvenir à des solutions mais davantage pour dire des principes, à la différence des droits anglais ou américains. Il en résulte ainsi un décalage entre les besoins des justiciables et la nature de la décision rendue.

---

<sup>22</sup> Proposition de résolution n°1023 enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 juillet 2003, présentée par M. Jean-Luc Warsmann visant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale sur la mise en application des lois.

## E - L'EMPREINTE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

La Constitution (article 55 dans le Titre VI) confère une autorité supérieure à celle des lois aux traités et accords internationaux. Dans la hiérarchie des normes, le droit communautaire, né du Traité de Rome, bénéficie naturellement de cette primauté.

L'existence d'un droit communautaire, dont l'application directe ou la transposition en droit français sont parfois lentes ou ambiguës, ouvre des possibilités nouvelles de contentieux.

La transposition en droit français des directives communautaires ne recouvre pas totalement les multiples domaines dans lesquels le droit européen s'applique. De plus, la multiplicité des contacts entre citoyens et entreprises de l'Union européenne accroît les possibilités de litiges.

L'Union européenne travaille à l'abolition des frontières juridiques en s'efforçant de construire un véritable espace européen de justice civile. Mais les systèmes juridiques des Etats-membres étant très divers car reflétant des traditions nationales différentes, ce processus est long.

Ainsi, le droit romano-germanique tend à développer largement lois et règlements à la différence du droit non écrit anglo-saxon. A cet égard, le Premier Président de la Cour de Cassation<sup>23</sup> insiste sur la richesse de cultures juridiques différentes qui « s'influencent » et se « définissent réciproquement », soulignant l'appauvrissement et la stérilisation que connaîtraient des systèmes repliés sur eux-mêmes.

Evoquant la concurrence entre notre droit romain et les pratiques anglo-saxonnes largement employées dans le droit des affaires, il appelle l'attention sur le point suivant : « *Dans un contexte international, les systèmes de droit et de justice s'apprécient, se choisissent, se refusent selon leurs qualités respectives. Le droit des échanges transnationaux se construit et se juge selon la loi et devant les juridictions les plus adaptées, les plus crédibles, les plus qualifiées. Il y a une concurrence internationale des droits, des juridictions et des juristes. Leur compétitivité est une valeur économique, une source de développement, un facteur d'attraction important non seulement sur le marché du droit mais aussi sur celui des investissements internationaux. La réputation d'un système de justice est une richesse, un élément de puissance économique de l'Etat* ».

Etablissant ce constat, le Président Canivet propose de développer une stratégie d'influence de notre droit articulée sur une meilleure connaissance des droits étrangers d'une part, et d'autre part sur un renforcement des positions juridiques nationales en promouvant notamment la connaissance et la diffusion du droit français dans le monde. Il ajoute toutefois que la meilleure façon de valoriser notre modèle de justice est de proposer un système juridictionnel résolument moderne, rapide, sûr, crédible et qualifié... appelant de ses vœux la

---

<sup>23</sup> Allocution prononcée par M. Canivet, Premier Président de la Cour de Cassation lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire le 10 janvier 2003.

formation d'une culture juridique européenne authentique qui ne serait pas la pure traduction d'une victoire de la *Common Law* sur le droit romain...

Le Traité de Maastricht (1992) a inscrit la coopération judiciaire en matière civile parmi les questions d'intérêt commun dans le cadre du 3<sup>ème</sup> pilier de l'Union. Avec le Traité d'Amsterdam (1999), ces matières ont rejoint le tronc commun des politiques communautaires.

Il reste que la primauté du droit communautaire sur le droit français brouille la compréhension et suscite l'apparition de nouveaux litiges. Toute différence d'appréciation ou d'interprétation entre deux textes peut en effet être exploitée par une partie afin de tirer profit de ces incohérences.

Ce premier point étant précisé, il s'agit de mesurer l'influence déterminante des instances européennes sur l'évolution du droit interne, évolution si fondamentale qu'elle en transforme le rôle du juge et induit automatiquement, ses pouvoirs étant décuplés, la question de sa légitimité et de sa place dans les pouvoirs institutionnels, évolution si fondamentale qu'il ne s'agit pas d'un droit de plus mais bien d'une partie intégrante de notre droit.

Or, les principes tels que définis par la Convention sont de rédaction assez large et reposent sur des critères très subjectifs pouvant donner lieu à de marges importantes d'interprétations... Ainsi l'article 6 de la Convention stipule par exemple que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement* ».

Le fait que notre Constitution confère aux traités internationaux une autorité supérieure à la loi constitue ce que MM. Burgelin et Lombard qualifient de véritable « *bombe à retardement mettant à mal certaines de nos traditions juridiques ou judiciaires* », la norme française s'effaçant devant la norme européenne et offrant la possibilité au juge, qu'il soit national ou européen, d'exercer un contrôle de conventionnalité, à savoir qu'il lui appartient de dire si telle ou telle loi ou norme juridique nationale est conforme à la Convention signée à Rome en 1950...

De ce fait, un rôle nouveau est donné au juge : il interprète certes la loi mais peut aussi devenir un contre-législateur, du moment qu'il estime la loi nationale non conforme à la Convention. Le Parlement, composé des élus du peuple, a voté une loi que le juge fragilise en pouvant à tout moment la rejeter comme contraire aux droits de l'Homme : sont ainsi minées du même coup la sécurité juridique et la séparation des pouvoirs.

Pour le coup cette dérive porte en elle ce que l'on a qualifié parfois indûment de « *gouvernement des juges* » pour pointer le pouvoir de certains juges envers des hommes d'affaires ou des politiques à l'égard de pratiques illégales ou frauduleuses qui jadis arrivaient rarement aux marches du palais de justice.

Cette notion de « *gouvernement des juges* » est tout aussi indûment réapparue avec l'application du droit européen par le juge, venant ainsi contrarier ou écarter des dispositions votées par le législateur national.

Il est à noter que ces décisions se traduisent souvent par une protection de la partie la plus faible (salarié, contribuable, malade, handicapé, sans-logis...), dans la tradition de Saint Louis, rencontrant un fort soutien médiatique et populaire alors que les arguments contraires, relevant davantage de l'ordre juridique, économique, politique, recueillent moins aisément l'adhésion de l'opinion publique qui y est peu sensible...

Il n'en demeure pas moins que l'exercice de ce pouvoir normatif par le juge est réel et que notre pays doit adapter ses institutions à l'Europe et se doter d'un pouvoir judiciaire légitime. Cette légitimité est une exigence politique si l'on souhaite asseoir l'indépendance et la crédibilité de la justice. Cette exigence est confortée par la constatation de l'immixtion croissante du juge dans la vie des affaires, le fonctionnement des entreprises, la vie politique. Cette légitimité est indispensable pour asseoir les pouvoirs si importants dont dispose le juge, d'autant que d'aucuns les considèrent comme exorbitants.

#### F - L'INFLATION DES DISPOSITIONS PÉNALES DANS LES LOIS

Le droit pénal exprime des interdictions afin de régir les rapports entre personnes vivant en société et il applique des sanctions lorsque ces interdictions sont outrepassées.

Dans la logique de l'évolution de ces dernières années dans les comportements, visant à alléger les contraintes, le droit pénal aurait dû légitimement s'affaiblir. C'est l'inverse qui s'est produit, dans tous les secteurs de l'économie, comme corollaire du non respect d'un texte de loi, comme si aux yeux du législateur, une loi sans sanctions pénales n'était pas une vraie et bonne loi !

Les dispositions pénales se sont multipliées depuis un demi siècle, le législateur assortissant automatiquement les lois de nouvelles sanctions alors que, sur les 10 000 incriminations définies par la table des natures d'infractions (NATINF), moins de 2 000 sont réellement utilisées.

De la répression de l'immoral, du respect de l'abstention de faire, gage de la conformité à la loi, le pénal a progressivement évolué vers l'obligation de faire en imposant des comportements, tels l'information des actionnaires et des tiers, les précautions en matière de sécurité... l'infraction résulte alors de l'abstention.

Cette évolution préoccupante n'épargne personne et concerne désormais non seulement les personnes physiques et/ou morales incriminées, mais également les associations, les syndicats (Cas de : No border, Hébert, Créac'h, Beurrier...), les organisations professionnelles ou les collectivités locales...

Les comportements sont également sujets à modifications. En effet, l'obligation d'agir sous peine de sanctions, suppose de connaître la loi qui s'applique dans la situation concernée, sans distinction de taille, de compétence, de localisation. Le seul constat du manquement, sans intention de violer la loi, devient un délit. Les juges ayant tendance à présumer l'intention lorsqu'il s'agit de « sachants » et lorsque le débat est porté devant le tribunal, il ne faut pas s'étonner, que dans le cadre du principe d'opportunité confié au parquet, grand nombre d'infractions soient classées ou renvoyées à la médiation pénale pour avertissement.

Un seul exemple, parmi beaucoup d'autres, vise le délit de non publication des comptes au greffe du tribunal de commerce dans le mois qui suit l'approbation desdits comptes. Ce délit, susceptible d'une amende en première infraction, est passible d'une peine de 3 mois de prison en cas de récidive. Outre que cette obligation ne concerne que peu de pays de l'Union européenne, que penser du cas d'une PME dont l'essentiel de l'activité est tourné vers un petit nombre de donneurs d'ordres ou un fournisseur de la grande distribution ou encore en situation financière tendue ou au contraire en large excédent ? Livrer ses comptes, c'est mettre en danger la pérennité de ses contrats ou s'exposer à une négociation délicate. L'obliger sous la contrainte pénale est possible, mais est-ce opportun ? La réponse est négative, le parquet le sait...Quelle utilité sociale y a-t-il à le faire si les parties au contrat se satisfont de cette situation ?

Dès lors, force est de constater que de telles sanctions sont inopérantes et quasiment pas appliquées.

Peut-on accepter l'affirmation de José Bové : « *J'assume la légitimité de la transgression de la loi en état de nécessité* » ? Si oui, qui est chargé de définir l'état de nécessité ?

La banalisation rencontrée dans certaines professions à risque pénal élevé n'est-elle finalement pas néfaste ?

Quel avantage notre pays retire-t-il du constat que plus de la moitié des entrepreneurs responsables d'entreprises constituant le CAC 40 sont ou ont été mis en examen au titre d'affaires qu'ils ne contrôlaient pas eux-mêmes (affaire des chèques et effets de complaisance dans le quartier du Sentier notamment pour la Société générale par exemple) ?

Ne concluons pas sur ces questions sans poser le problème posé par la délation, dont il nous a été dit qu'elle représentait environ 80 % des cas de mise en œuvre de l'action publique.

Ces graves interrogations montrent l'urgente réflexion à conduire sur ce que nous voulons pour notre société. Il appartient à un peuple responsable de trouver la juste voie entre le formidable appétit de morale et la douce résignation au vice.

Cette analyse sur la pénalisation pourrait s'arrêter là, si un débat important n'était né sur la prescription des infractions dans le domaine de l'abus de biens sociaux.

Observons en premier lieu que les pays de droit anglo-saxon ne connaissent pas l'abus de bien social. Il s'agit pour eux d'un problème fiscal et de l'engagement de la responsabilité personnelle du dirigeant. Lors de la réparation, l'impôt légitimement dû est acquitté, la société remboursée du prélèvement indu est indemnisée du préjudice qu'elle a subi, l'actionnaire n'est ainsi pas lésé.

En France, jusqu'à un arrêt Cazenave du 27 juin 2001, la prescription ne commençait qu'au jour de la révélation. Certains allaient jusqu'à affirmer qu'il s'agissait alors d'un délit imprescriptible. Depuis cet arrêt, confirmé par un arrêt Naudin du 23 mai 2002, la prescription, si le délit n'a pas été dissimulé et qu'il a fait l'objet d'une approbation des comptes, part de la date d'approbation desdits comptes. Progrès certes, mais qu'entend-on par dissimulation ? Connaît-on des abus de biens déclarés par leurs auteurs ?

Cette délicate question n'a pas été abordée par le législateur parce que c'est sur cette incrimination et celle de recel d'abus des biens que s'est fondée l'action publique contre les hommes politiques, rappelant les mauvais souvenirs de « l'amnistie » de 1991.

La vraie question est celle de l'opportunité du principe de la prescription ou de l'amnistie d'ailleurs.

Prescrire ce n'est pas absoudre, encore moins oublier. Ce qui n'est plus du ressort du juge reste de celui du jugement des autres. Quelle en est donc l'utilité sociale ? N'existe-t-il pas un temps pour l'apaisement ?

On évoque plus largement l'actuelle pénalisation de la vie des affaires pour en dénoncer les conséquences parfois néfastes sur la vie économique. Ainsi, en droit des sociétés, on compte 150 infractions dans la loi de 1966 dont les trois quarts ne sont même pas sanctionnées une fois par an et deux d'entre elles représentent l'essentiel des sanctions... Cette inflation résulte d'abord du fait que le droit français ne s'est pas contenté d'appliquer purement et simplement aux affaires le droit commun (faux, abus de confiance, ...). Le législateur a ici aussi, comme dans d'autres domaines, étendu le nombre d'incriminations de manière substantielle pour couvrir l'ensemble des mécanismes délictueux et a instauré un contrôle a posteriori sur un ensemble d'actes, par exemple la constitution de sociétés, ce qui ouvre la voie au juge.

Elle résulte également de la montée des contestations : on discute des décisions prises, du prix fixé pour les titres lors d'opérations financières et en cas de difficultés rencontrées par l'entreprise, on met plus facilement en cause les dirigeants ou organes de contrôle...

« *La mauvaise pénalisation chasse la bonne* » avait indiqué Jacques Toubon alors ministre de la justice, paraphrasant la loi de Gresham : le paradoxe est que beaucoup de délits restent impunis, les délinquants passant à travers les mailles du filet, ce qui décrédibilise la justice.

Honoré de Balzac relevait déjà que « *les lois sont des toiles d'araignée à travers lesquelles passent les grosses mouches et où restent les petites* ». Il est vrai en outre que le droit romano-germanique tend à développer largement lois et règlements à la différence du droit non écrit anglo-saxon.

Cet aspect particulier conduit à s'interroger sur ce que MM. Burgelin et Lombard qualifient de « *faillite de la justice pénale* »<sup>24</sup>. Posant d'emblée le constat que les critiques les plus vives concernant la justice visent d'abord et avant tout la procédure pénale, ils dénoncent le manque de moyens mais aussi la difficulté pour la justice pénale de trouver un rythme. Entre les comparutions immédiates, qui garantissent la rapidité des procédures mais peuvent donner l'impression d'une justice expéditive, voire parfois d'une justice spectacle, et les instructions de dossiers qui s'étalent sur des années, voire une dizaine d'années, « *une justice différée, décaféinée par l'écoulement interminable du temps...* » pour parfois aboutir à ... un non lieu, il est difficile de délivrer des satisfecit.

La dépénalisation est au cœur d'un débat initié depuis les années 1980. Certaines dispositions, telle la loi relative aux chèques sans provision ou celles sanctionnant les délits boursiers ou encore la création d'institutions administratives dotées de pouvoirs de sanctions comme le Conseil de la concurrence en sont quelques illustrations. Toutefois, au total, on peut observer sur la durée qu'il n'y a pas dépénalisation mais plutôt cumul des poursuites et des sanctions pénales et administratives à raison des mêmes faits...

Ce constat est quelque peu regrettable : en effet les décisions du juge en matière civile ne sont pas moins efficaces y compris sur le terrain symbolique, que celles qui découlent d'une sanction pénale. Elles apparaissent plus tangibles et visibles, des dommages et intérêts, une fermeture partielle, l'immobilisation de matériels... pouvant avoir plus d'impact sur un chef d'entreprise du point de vue matériel et psychologique, qu'un emprisonnement avec sursis, éventuellement amnistiable !

Le débat reste ouvert et on constate actuellement plutôt une simplification des sources du droit pénal des affaires à défaut d'une véritable dépénalisation, ce qui amène MM. Burgelin et Lombard à dresser le constat suivant : « *Terrifier tout le monde en ne frappant que quelques-uns est une incitation évidente à la fraude « intelligente », à l'expatriation, à la délocalisation et autres maux qui frappent notre pays. Proclamer qu'il faut moraliser la vie des affaires est une chose, paralyser l'économie, une autre* ». Et les auteurs de conclure que « *fermeté, humanité et européanisation sont les maîtres concepts de la législation pénale de demain* ».

---

<sup>24</sup> « *Le procès de la justice* » op. cité

## G - LE BESOIN DE TRANSPARENCE

**1. Gouvernance des entreprises**

Le besoin de gouvernance, de concept à la mode, est devenu une norme universelle permettant de poser la question de l'équilibre des pouvoirs au sein de l'entreprise, de l'information nécessaire et suffisante. C'est aussi se poser la question de l'alignement de l'intérêt du dirigeant sur celui de l'actionnaire et du salarié.

Cette exigence est apparue avec la sensible réduction du capitalisme « familial à la française » qui repose sur une identité entre les intérêts personnels ou familiaux et le projet de l'entreprise.

Aujourd'hui, sous l'influence anglo-saxonne, les actionnaires sont plus diffus voire virtuels, même si leur pouvoir est en devenir, les dirigeants sont écartelés entre leurs responsabilités internes et externes (le marché et la communication), les conseils d'administration sont censés contrôler les dirigeants, mais ne disposent pas toujours des moyens adéquats, des compétences, des disponibilités, les analystes financiers ne sont pas toujours totalement indépendants, les commissaires aux comptes ne peuvent pas s'appuyer sur des normes professionnelles internationales affirmées...autant de facteurs d'une crise de confiance larvée des investisseurs, des émetteurs et des épargnants.

L'Europe et la France sont à l'origine de la gouvernance par la rédaction des lois sur les sociétés de 1867 et de 1966, des ordonnances de 1967 sur la COB et la protection de l'épargne, origine attribuée plus avant encore au fonctionnement de la Compagnie des Indes en 1664. Depuis 1995, les rapports Cadbury, Viénot 1 et 2, Hellibuyk 1 et 2, Bouton, les dispositions de la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques (Loi NRE) sont venus précéder la loi de sécurité financière du 1<sup>er</sup> août 2003. Les Etats-Unis sont intervenus avec rapidité à la suite du scandale ENRON, dès juillet 2002, en publiant le « *Sarbanes-Oxley Act* » qui influence toutes les sociétés, y compris les sociétés étrangères cotées à la Bourse de New-York.

Cette influence déborde déjà sur l'application des normes comptables contenues dans les 1 157 pages relatant ces normes IFRS. Ces normes, parfois contestées (notamment IAS 32 et 39 concernant la juste valeur par exemple), doivent-elles être transposées en l'état, adaptées, allégées (au risque de divergences entre pays), d'application généralisée à toutes les sociétés, y compris non cotées ?

Entre le risque de trop réglementer les pratiques et la confiance dans la capacité du système à s'autoréguler, il conviendra de trouver la voie qui réinstaurera la confiance nécessaire et contribuera ainsi à cantonner les actions nombreuses introduites par les actionnaires. La loi de sécurité financière répond à certaines de ces préoccupations mais les droits des actionnaires minoritaires (action de masse), la composition et le fonctionnement des conseils, la

responsabilité personnelle des dirigeants peuvent encore être approfondis. Les futures orientations de l'Autorité des marchés financiers dans son rôle de régulateur, de gendarme du marché, sont très attendues.

La mission dirigée par le Président de la commission des lois de l'assemblée nationale s'inscrit dans cette réflexion sur la gouvernance des entreprises.

## **2. Médiatisation et droit à l'information**

De plus en plus fréquemment, des articles de journaux et de magazines, des émissions de télévision se font écho des mises en examen, des déroulements des enquêtes voire de simples soupçons et commentent abondamment les décisions de justice.

Certains accusent les relations ambiguës des juges et des journalistes mais d'autres parties à l'affaire peuvent elles aussi user du pouvoir médiatique puisqu'elles ne sont pas tenues au secret de l'instruction. « *Le pouvoir absolu du juge est conforté par l'absolu pouvoir des médias* .» (Jean-Denis Bredin).

Plus spectaculaire encore pour des justiciables dont la notoriété est élevée, tels les grands patrons ou les hommes politiques, cet écho médiatique est reproché, un certain mépris pour ces personnes mises en examen pouvant parfois ressembler à de l'acharnement avec la complicité des médias.

Chargés de dire le droit et placés dans une position forte d'autorité, certains magistrats ont fait preuve d'une grande dureté, quand ce n'est de condescendance, adoptant à l'occasion des attitudes moralistes insupportables pour des personnes encore sous le choc d'être mis en examen. Cette attitude dont certains juges ont pu se vanter sous prétexte d'égalité de traitement entre inculpés (l'égalité de traitement n'impliquant toutefois pas la discourtoisie) étant amplifiée par la résonance médiatique faite à certaines « affaires ». Comparutions immédiates, arrestations spectaculaires (parfois avec menottes aux poignets), gardes à vue prolongées, interdictions de sortie du territoire ...

Les rancœurs et sentiments d'humiliation cumulés ternissent d'autant l'image de la police et de la justice et n'aident pas à l'acceptation dépassionnée des verdicts de cette dernière. Le spectacle des lynchages médiatiques précipités, des accusations à l'emporte pièce, des informations livrées en pâture est donné aux citoyens incrédules, déboussolés. Le droit devient alors moyen et le juge d'arbitre devient justicier, se mettant au seul service de ce qu'il considère comme la morale publique alors qu'il tient sa légitimité du respect de la loi.

Charles de Montesquieu dans « *l'esprit des lois* », (livre VI, chapitre II), observe pourtant : « *dans les Etats modérés où la tête du moindre citoyen est considérable, on ne lui ôte son honneur et ses biens qu'après un long examen...* ».

On a évoqué également de façon récurrente le secret de l'instruction systématiquement violé, qui porte un préjudice considérable au justiciable dont l'honneur peut être irrémédiablement compromis. La présomption d'innocence devient virtuelle. « *Cette situation est intolérable* » déclare le Président Canivet dans une interview du 27 juin 2003. La justice n'est plus rendue lors des procès mais lors de l'instruction par quelques juges qui s'appuient sur l'opinion, cèdent au vertige de la notoriété et contribuent à détruire l'image sereine que la Justice et la plupart des juges veulent donner.

Un non lieu après plusieurs années de procédure, s'il innocenté l'inculpé, passera inaperçu car sera moins relayé par la presse que la mise en examen « spectacle » qui attire beaucoup plus l'attention du public. « *L'honnêteté n'est pas spectaculaire ; c'est pourquoi elle n'est pas médiatisée. Il n'empêche que la majorité des gens est honnête* » a déclaré Xavier Fontanet, Président d'Essilor. C'est juste, mais les gens mis en examen bénéficiant d'un non-lieu le sont par définition. Il restera toujours pour l'opinion l'idée que telle ou telle « célébrité » a eu maille à partir avec la justice, ce qui n'est jamais considéré comme particulièrement positif... selon un absurde dicton populaire, « *il n'y a pas de fumée sans feu* ». La flétrissure n'est jamais réparée.

A cet égard, si des mesures disciplinaires pourraient être envisagées lorsqu'il existe la conviction que la fuite vient bien d'un magistrat et qu'il y a bien une violation du secret professionnel, les polémiques autour de cette question du secret de l'instruction sont loin d'être closes puisque la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, dont nous avons vu qu'elle influe de plus en plus sur le droit et les décisions internes, consacre fortement le principe de la liberté d'information, balayant toute tentative de moralisation et de respect d'un quelconque « code déontologique » de la part des journalistes.

Cette question de fond oppose la liberté d'opinion et la présomption d'innocence, deux principes fondamentaux de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme mais dont la prééminence semble avoir été donnée par la Cour à la première.

Le journaliste et le juge incarnent chacun deux valeurs clés de la démocratie : l'un la transparence, l'autre le droit. Ils ont également en commun le privilège de n'avoir pas à rendre compte.

## H - LA COMPLEXITÉ DES STRUCTURES

Dans le chapitre II, la complexité des structures judiciaires françaises a été explicitée.

Elle constitue à elle-même un facteur de la judiciarisation dans la mesure où les parties sont parfois tentées de recourir à plusieurs tribunaux et d'intenter des appels multiples.

## II - LES CONSÉQUENCES

### A - LES CONSÉQUENCES SUR LES HOMMES

Les causes sociétales étudiées dans le chapitre précédent ont mis en évidence le refus assez général du hasard, auquel s'est substituée la nécessité... de trouver des responsables. Si parfois, il s'agit d'un retour de balancier un peu inévitable, certaines professions ayant été un peu trop à l'abri de comportements fautifs ou irresponsables, le phénomène de judiciarisation et de mise en cause d'autrui s'est toutefois développé de façon spectaculaire.

Cette tendance, conjuguée avec la médiatisation également étudiée dans le chapitre précédent, peut conduire à mettre à mal la présomption d'innocence qui constitue pourtant, pour les personnes, une garantie fondamentale de notre droit.

Cette judiciarisation peut en outre conduire à la paralysie en amenant les responsables à surévaluer les risques et à craindre à l'excès toute prise de décision. On observe ainsi en vrac la diminution des sorties scolaires, du nombre des candidats du métier d'obstétricien, à la fermeture des aires de jeu pour enfants, c'est le triomphe de l'exigence du risque zéro. Des compromis devront sans doute être trouvés si l'on veut éviter l'absurdité la plus totale.

Comme l'écrivent si justement MM. Burgelin et Lombard, déjà cités : *« pris entre le marteau de l'exigence sociale et l'enclume de la pénurie de moyens matériels et juridiques, le juge ne peut apporter de solutions satisfaisantes aux demandes auxquelles il est confronté. La justice est condamnée à se nourrir de l'insatisfaction des hommes »*. Et les auteurs de conclure : *« juger, c'est apporter des solutions aux problèmes de la vie, gouverner, c'est éviter que ces problèmes ne se posent »*.

Analysons les conséquences de cette judiciarisation pour les citoyens, pour les juges, pour les entrepreneurs.

#### 1. Les citoyens

Sans doute la justice incarne-t-elle à la fois la défense des petits et le respect de la plus haute vertu mais qu'une partie du corps des juges cède à la pression médiatique, se livre à des accusations précipitées et c'est l'ensemble de la justice qui en pâtit, en instillant le doute dans l'esprit du citoyen.

Le citoyen attend beaucoup, peut-être trop, mais il attend tout à la fois rigueur, distance, compréhension, équanimité, déontologie exemplaire.

A l'époque du « client-roi », la justice devra probablement davantage prendre en considération les attentes des justiciables.

#### 2. Les juges

La place grandissante du juge dans l'économie n'est pas contestée, il a même été évoqué « un gouvernement des juges ». Outre que cette notion est très excessive, elle fait néanmoins ressortir le besoin du juge, la crainte du juge,

l'attachement au recrutement et à la formation du juge, le pouvoir du juge et sa responsabilité.

Le besoin du juge se manifeste par la recherche d'un juge moteur dans l'avancé des principes de l'égalité de traitement et de transparence au sein des marchés, un juge régulateur des grands équilibres. Ces qualités nécessitent un recrutement et une formation adaptés. Faut-il une grande école ouverte aux seuls futurs magistrats ou une école spécialisée du droit dont le recrutement serait élargi aux futurs avocats ? Ne faut-il pas un programme de formation davantage tourné vers le droit des affaires : droit des sociétés, droit social, droit fiscal, droit de la concurrence, droit de la consommation, droit des marques ? Ne faut-il pas inclure une internationalisation des études avec un stage obligatoire à l'étranger ? Faut-il assurer une meilleure parité dans le recrutement ? Faut-il ouvrir la magistrature à la société civile comme c'est le cas ailleurs en Europe ou aux Etats-Unis ? Faut-il organiser des filières spécialisées à l'intérieur du corps des magistrats ? Faut-il développer les échanges entre le monde des affaires et celui de la magistrature ?

Cette dernière éventualité permettrait une meilleure compréhension du rôle du juge et contribuerait à réduire la crainte à son encontre, souhaitable lorsqu'elle conduit à la sagesse, inefficace quand elle crée la paralysie de l'initiative ou l'absence de décision. Le juge craint, c'est le juge pénal, mais c'est aussi parce qu'il est craint qu'il se trouve instrumentalisé.

Par la conduite « des affaires », les juges se sont émancipés, décomplexés et ont reconquis une nouvelle indépendance, se sont instaurés en « tiers pouvoir » ou ont mis fin à la « culture de soumission ».

A ce nouveau crédit acquis par le juge s'ouvre nécessairement une contrepartie dans sa responsabilité à l'égard de la société. En effet, toute personne détenant un pouvoir doit répondre de l'exercice de celui-ci.

Une commission d'éthique des magistrats a récemment proposé des solutions visant à assurer la garantie d'un comportement, à permettre la gestion des exceptions que tout corps porte en lui-même.

Un ancien Premier Président de la Cour de Cassation (P. Truche) utilisait une formule forte en accueillant de jeunes magistrats : « *vous allez exercer un métier qui vous confère un pouvoir dangereux pour autrui* ».

Si les comportements, abus, manquements aux devoirs de la charge sont portés - en très petit nombre - devant le Conseil Supérieur de la magistrature et si celui-ci fait preuve d'une grande mansuétude, il n'en reste pas moins que « mal rendre la justice » n'est pas sanctionné et quand la responsabilité civile est appelée, c'est l'Etat qui en reste le seul débiteur.

A la question « *qui juge les juges ?* », il convient de se référer aux règles de tout corps qui veut affirmer sa légitimité par le bien fondé de son action et la qualité de ses comportements, davantage que par les seuls textes qui lui ont conféré un statut.

Ces règles visent la formation permanente, la déontologie, les procédures internes, l'évaluation, la discipline ...

### **3. Les entrepreneurs**

Si les dirigeants des grandes entreprises sont préparés à faire face « au risque judiciaire » notamment par le recrutement d'anciens magistrats du Parquet au sein des services juridiques, il n'en est pas de même des PME.

Se prémunir, c'est organiser une délégation de responsabilité au sein de l'entreprise, non pour « charger le lampiste » mais pour préserver l'image. Ce risque d'image est en effet souvent beaucoup plus grave que le risque pénal lui-même.

Plus l'entreprise est importante, plus son patron est emblématique, plus son risque d'image est grand, plus la pression des tiers aura un impact, plus la procédure pénale sera lourde de conséquences. Toute proportion gardée, la menace est de même nature pour un patron de PME en province face à ses pairs, ses proches, la presse régionale.

Le constat du « coma dépassé » de la présomption d'innocence découlant d'une mise en examen et de son assimilation immédiate à la présomption de culpabilité réclame une réflexion approfondie au motif essentiel du respect des droits de l'homme et de sa dignité.

Quel est du droit à l'information et du droit au respect de la vie privée, le droit prévalent ?

Quel est le prix acceptable de la recherche de la vérité ?

## **B - LES CONSÉQUENCES SUR LES ENTREPRISES**

### **1. L'utilisation de la justice**

Un certain nombre d'acteurs économiques utilisent les procédures judiciaires à des fins personnelles. Elles peuvent en effet retarder des prises de position, nuire à un concurrent, faire échouer un processus de rapprochement d'entreprises, faciliter le changement de dirigeants... La justice est alors utilisée à des fins privées et la procédure fait partie de la stratégie des entreprises qui ont recours.

Il ressort des données disponibles que les constitutions de partie civile mettant en mouvement l'action publique représentent 90 % des procédures pénales et se concluent ensuite par un non-lieu dans une proportion de 75 à 80 % des cas selon les sources.

On sait en outre que de nombreux procès ont pour origine une délation, au pénal notamment. En effet, l'autre possibilité est la découverte d'une infraction par la police ou par un tiers habilité (administrations, commissaires aux comptes). Ces cas sont bien insuffisants pour mettre à jour de nombreux faits

délictueux qui sont dès lors portés à la connaissance de la justice par révélation, dénonciation ou dépôt de plainte.

Dans certains cas, l'utilisation du droit génère ainsi des conséquences économiques lourdes : l'une des plus connues est la chute du cours des actions d'entreprises impliquées dans une affaire judiciaire ou dont les dirigeants sont mis en examen. En tout état de cause, les procédures ont un coût, même pour les parties qui les gagnent mais certaines conséquences ne sont pas supportées par les plaideurs mais par des tiers (actionnaires minoritaires par exemple). Ne peut-on alors considérer qu'il s'agit d'une véritable privatisation du droit pénal ?

La réplique est cependant délicate puisqu'elle impliquerait une restriction d'un droit fondamental : celui d'ester en justice.

Ne devrait-on pas installer un filtrage préalable à la constitution de partie civile, moyen trop souvent utilisé pour menacer, influencer, peser sur une décision et au final négocier au seul coût de l'Etat, sans contrepartie aucune dans la grande majorité des cas, même en cas de procédure abusive ? La France serait, selon Jean Marie Coulon, ancien Premier Président de la Cour d'appel de Paris, le seul pays au monde à conserver cette procédure.

## **2. L'insécurité juridique**

Non seulement la multiplication et la complexité des lois contribuent à ce que « *nul ne puisse connaître la loi* » mais, quand elle est identifiée, son interprétation reste souvent difficile. Le ligot des lois et leur instabilité permanente, les recours aux instances européennes créent l'insécurité.

La jurisprudence de la Cour suprême définissant, plus de 5 ans après qu'un litige soit né, des règles applicables au moment de la rédaction des contrats signés à l'origine, crée des tensions internes entre des co-contractants non engagés dans le conflit mais concernés par la jurisprudence et crée du même coup de l'insécurité.

Le Centre de recherche des affaires de la Chambre de commerce de Paris, qui a conduit une enquête en Europe sur les évolutions nécessaires du traitement des conflits par les juridictions, constate l'éclatement des contentieux économiques entre de multiples structures, au point de relever que « *la justice n'a pas le monopole de la justice* », constate la lenteur excessive des décisions et qu'une certaine méfiance s'est installée à l'égard des juges, l'ensemble de ces considérations constituant un facteur d'insécurité pour les entreprises européennes.

## **C - LES CONSÉQUENCES FINANCIÈRES**

Les coûts de la judiciarisation sont sans nul doute importants même s'il paraît difficile de les chiffrer. L'absence de données statistiques déjà mentionnée est dommageable dans ce domaine également pour porter un jugement solide.

Il reste que le coût d'un procès est onéreux pour les deux parties, et ceci même dans le cas d'une issue favorable pour l'un des plaignants.

De plus, le coût de la prévention de cette judiciarisation, perceptible dans le développement des services juridiques analysé plus haut, est un élément non négligeable des coûts des entreprises et partant de la compétitivité d'une économie.

Le risque judiciaire et son corollaire, le coût, n'est pas toujours compensé par les opportunités offertes sur un marché. Ainsi, 70 entreprises françaises sont cotées aux Etats-Unis et environ 350 entretiennent des relations commerciales ou financières outre-atlantique. Le coût du risque encouru, compte tenu du montant très élevé des amendes et indemnités aux Etats-Unis, doit être intégré par ces entreprises qui doivent dégager des moyens suffisants pour le limiter par l'assurance d'un coût beaucoup plus élevé qu'en Europe. Les procédures américaines elles-mêmes sont coûteuses en termes de frais d'avocats et de diligences administratives (obligation par exemple, sous peine de lourde amende, de fournir tous documents utiles à l'adversaire...). Question tellement significative que des implantations d'entreprises françaises aux Etats-Unis ont été différées et que des cotations ont été reportées ou annulées.

Enfin, aucune étude sérieuse ne semble avoir été menée sur le coût de certains procès, certaines missions, certaines procédures, au sein de la Chancellerie.

Une seule donnée ne semble rencontrer aucune contradiction : les coûts juridiques ne cessent d'augmenter pour tout le monde !

## D - LES CONSÉQUENCES SUR LES STRUCTURES

### 1. L'aspect international

L'utilisation des procédures judiciaires permet en outre, dans un monde globalisé, de parvenir à trouver des solutions équitables à des litiges mettant en jeu des acteurs de nationalités différentes. Ces procédures sont d'autant plus utiles qu'il n'existe le plus souvent pas de règles internationales en dehors de traités ou conventions inter-étatiques spécialisés et qu'il convient donc de pouvoir trancher les litiges nés de la non-exécution ou des divergences d'interprétation des contrats. Or, on constate que ces procédures fonctionnent finalement assez bien alors même qu'on peut déplorer une très faible voire inexistante coopération judiciaire, y compris dans l'Union européenne. Les relations économiques sont ainsi civilisées et on observe, dans le cadre de l'OMC par exemple, que des pays parmi les moins puissants peuvent faire prévaloir leurs droits devant l'ORD contre les Etats-Unis par exemple et ceci de manière non exceptionnelle (crevettes thaïlandaises ou plus récemment acier américain).

L'existence de juridictions européennes a donné un cadre formel à des règles supranationales. Nul ne peut désormais ignorer en Europe la disposition de la Convention européenne des droits de l'homme (article 6, paragraphe 1), à laquelle le juge européen a donné une interprétation claire : tout individu a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et dans un délai raisonnable par un « tribunal » indépendant et impartial (au sens large, c'est-à-dire y compris les autorités administratives indépendantes ou les organes disciplinaires d'ordres professionnels par exemple). Cela suppose notamment l'existence d'une procédure contradictoire et de l'égalité des armes.

Or, ce droit à un procès équitable, devenu norme européenne, ignore la dualité de nos ordres de juridiction, transcende les clivages disciplinaires, rompt avec les schémas traditionnels de notre champ juridique. Son application ne va donc pas sans tensions. Des divergences d'interprétation apparaissent, non seulement entre les juges nationaux et la Cour européenne mais aussi entre les juges nationaux eux-mêmes.

## **2. La montée en puissance de la régulation et des autorités administratives indépendantes**

Les autorités administratives indépendantes exercent pour leur part une fonction de régulation mais sous le contrôle d'un juge (cf. l'avis du Conseil économique et social sur « *Des autorités de régulation financières et de concurrence : pour quoi, comment ?* » voté en janvier 2003 sur le rapport de M. Jean-Pierre Moussy).

Les autorités administratives indépendantes sont un nouveau mode d'exercice de la puissance publique, adaptées à un environnement instable et complexe. Ces autorités « *sont dotées d'une certaine autonomie et présentent des avantages en termes d'impartialité et d'efficacité (souplesse, rapidité d'action, capacité d'adaptation aux besoins)* »<sup>25</sup>.

L'organisation de ces autorités doit garantir le respect de l'intérêt général. Pour y parvenir, plusieurs conditions sont requises : le fonctionnement de l'autorité doit être collégial, transparent et l'intérêt général doit être recherché en permanence et explicité.

Les autorités de régulation peuvent être considérées comme complémentaires des autorités judiciaires dans les deux sens :

- le plaignant peut parfois s'adresser soit à un juge soit à l'autorité de régulation (question de concurrence par exemple) ; le régulateur peut lui-même faire appel au juge pour conforter sa décision ;
- le régulateur peut servir de référence au juge sur des points particuliers (autorités spécialisées notamment).

---

<sup>25</sup> Rapport du Conseil économique et social dont M. Moussy était rapporteur cité ci-dessus

En outre, ces autorités peuvent toujours être contrôlées par des juges, notamment en cas d'excès de pouvoirs. Le respect du droit constitutionnel et des droits de l'Homme exige d'ailleurs qu'il existe un contrôle juridictionnel effectif.

*« Le contrôle du juge est souvent délicat car, dans des domaines très mouvants, les dispositions législatives sont souvent décalées par rapport aux réalités du terrain. (...) »*

*Après avoir refusé d'admettre l'application de l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme, soit parce que l'organisme infligeant une sanction n'était pas une juridiction, soit parce que les sanctions infligées ne paraissaient ni toucher aux droits et obligations de caractère civil ni concerner la matière pénale notamment en matière disciplinaire, le Conseil d'Etat, précédé par la Cour de Cassation, a fini par admettre que des organismes infligeant des sanctions, qu'ils constituent au sens français des juridictions ou non, relèvent du champs d'application de l'article 6.1 de la Convention. »<sup>26</sup>.*

La jurisprudence, tant de la Cour européenne des droits de l'Homme que des juges nationaux, a d'ores et déjà tranché plusieurs questions : séparation des fonctions du juge d'instruction et du juge du fond, non présence aux délibérés du rapporteur de la COB ou du Conseil de la concurrence, faculté d'auto-saisine en respectant l'exigence d'équité.

## E - LES CONSÉQUENCES SUR LES PROCÉDURES

### 1. La création de solutions alternatives

#### 1.1. La médiation

La médiation est une procédure non contraignante, qui n'a vocation à imposer aucune solution qui ne serait pas agréée par chacune des parties. Celles-ci restent maîtresses jusqu'au terme de la procédure.

Cette médiation rentre dans les attributions du juge qui, après accord des parties, peut désigner des médiateurs. Au terme de la conciliation, peut être constaté l'accord des parties. Si le support juridique existe, sa pratique reste confidentielle. Cela tient souvent au fait que la procédure initiale est exclusivement écrite, ce qui ne permet ni la rencontre, ni la confrontation des avocats et des parties, avec l'opinion du juge. Si cela se produit, c'est souvent au terme de la procédure orale devant le tribunal.

Ne faudrait-il pas dès la saisine de juge, et après les premiers échanges, permettre au juge de communiquer et d'orienter les protagonistes vers une médiation, laquelle n'a vraiment de chance d'aboutir que si les parties ont entendu, de la bouche du juge, les premières conclusions et ont compris les risques, coûts et délais engendrés par la poursuite de la procédure ?

---

<sup>26</sup> dito

La transaction est une solution laissée à l'entière convenance des parties. Il s'agit de conclure par un accord commun un litige, incité en cela par l'adage « *mieux vaut un mauvais arrangement qu'un bon procès* ».

### 1.2. L'arbitrage

L'arbitrage est une procédure contractuelle entre les parties (clauses compromissoire ou compromis d'arbitrage) pour la désignation des arbitres et la définition de leur mission. Il est souvent utilisé dans des litiges à caractère international, constitue un élément intéressant de la judiciarisation car les arbitres, qui devient le juge du contrat, est en général compétent dans le domaine, il peut fournir une réponse adéquate et surtout proposer une solution aux parties. Il ne se cantonnera pas à une application systématique et mécanique du droit mais cherchera au contraire à trouver un compromis viable, acceptable sinon satisfaisant pour tous. Il en est ainsi en particulier dans le droit de la concurrence. Il faut noter toutefois que cette formule est onéreuse, les arbitres étant très coûteux et doit donc être réservée à des litiges d'une certaine importance entre grandes entreprises, elles-mêmes dotées de conseils juridiques appropriés.

En outre, pour intéressante qu'elle soit pour les parties, la procédure d'arbitrage, en raison de sa confidentialité le plus souvent requise par les parties, ne crée pas de jurisprudence et donc ne produit plus de règles publiées et connues de tous. Elle contribue en revanche à nourrir une atmosphère d'initiés qui est susceptible de produire de l'insécurité juridique si les cas tranchés n'étaient pas limités à des affaires d'un certain poids.

Le déséquilibre entre les parties en contact dans certains contrats d'adhésion (franchise, sous-traitance) peut constituer un frein voire un obstacle à ce type de procédure. Il faut toutefois noter que, à la différence d'un juge, l'arbitre peut obliger la partie gagnante à prendre à sa charge les frais dans l'hypothèse d'une très grande disparité de moyens.

## 2. La spécialisation

Le besoin de spécialisation dans le domaine financier, des marques et de la propriété industrielle, de la concurrence, s'est rapidement révélé par la nécessité de traiter mieux et plus vite les affaires particulièrement complexes, très techniques avec l'aide d'assistants formés et expérimentés.

La création de juridictions spécialisées interrégionales se développe avec un objectif affiché d'améliorer l'efficacité judiciaire et d'assurer une meilleure protection des victimes. Cette pratique est parfois contestée par les magistrats qui craignent de voir les contentieux des petites juridictions s'appauvrir, au détriment de leur formation et de leur expérience.

La spécialisation semble toutefois incontournable dans les affaires financières ou techniques nouvelles ou complexes par nature et il paraît opportun de l'organiser en fonction des besoins à évaluer au niveau d'une grande région.

Il est en revanche permis de douter du besoin de généralisation de celle-ci et souhaitable d'engager une réflexion sur l'impact positif que pourrait avoir la création d'un centre de ressources documentaires et la mise en réseau des questions clés, de la jurisprudence et de ses commentaires en temps réel.



## CONCLUSION

L'analyse du phénomène de la judiciarisation de l'économie a permis de constater que, derrière ce néologisme, se cachait la montée en puissance de la justice face au marché, le besoin de reconnaissance et de confiance des acteurs de la scène judiciaire, une demande croissante des justiciables.

La judiciarisation représente bien plus qu'un phénomène de société, société de droit administrée, agitée par le retour du droit, société habitée par la figure emblématique du juge, société poussée par les plaideurs avides de solutions, d'arbitrages de leurs conflits.

Il existe donc une « bonne judiciarisation » quand elle contribue à la nécessaire régulation économique, quand elle ouvre sur la reconnaissance des droits et responsabilités, quand elle contribue au rééquilibrage des rapports sociaux mais aussi une judiciarisation lourde de conséquences quand elle s'habille de la complexité de la procédure, de l'inflation des volumes, de l'augmentation des délais, du sentiment d'insécurité juridique. Si ce phénomène peut contribuer tantôt à des progrès, tantôt à des reculs de la vie démocratique ou à des freins au développement de l'activité voire à l'attractivité de notre territoire, alors il convient de rechercher les voies et moyens conduisant aux adaptations procédurales, à un meilleur accès au droit, au développement de modes alternatifs de résolution des conflits, à une meilleure adaptation du recrutement et de la formation des hommes et femmes dévoués à la justice ainsi que les moyens qui leur sont dédiés.

Entre le nécessaire respect de la séparation des pouvoirs, la satisfaction des besoins urgents de la justice, l'épanouissement des acteurs de la vie judiciaire et le risque de l'embolie qu'à trop solliciter la justice on lui ferait courir, le projet d'avis inspiré de ce rapport recherchera les voies et moyens utiles à l'amélioration des services rendus aux citoyens, sans jamais perdre de vue l'enseignement transmis par Armand Jean du Plessis, Cardinal, duc de Richelieu : « *Il est plus facile de dénoncer les maux de la justice que d'en proposer les remèdes* ».



TABLE DES SIGLES

CECA	: Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEDH	: Cour européenne des droits de l'Homme
CJCE	: Cour de justice des communautés européennes
CNIL	: Commission nationale de l'informatique et des libertés
COB	: Commission des opérations de Bourse
CRIDON	: Centre de recherche d'information et de documentation notariale
CSA	: Conseil supérieur de l'audiovisuel
CSG	: Contribution sociale généralisée
CSM	: Conseil supérieur de la magistrature
DOM	: Départements d'Outre-mer
IFRS	: International financial reporting standards
MJD	: Maisons de justice et de droit
NRE	: Nouvelles régulations économiques
OGM	: Organismes génétiquement modifiés
OMC	: Organisation mondiale du commerce
ONG	: Organisations non gouvernementales
ORD	: Organe de règlement des différends
OPA	: Offres publiques d'achat
PME	: Petites et moyennes entreprises
UCC	: Uniform commercial code
UPA	: Uniform partnership Act
SMIC	: Salaire minimum interprofessionnel de croissance
TGI	: Tribunal de grande instance



## LISTE DES ILLUSTRATIONS

Graphique 1 : Evolution de l'activité des tribunaux d'instance.....	40
Graphique 2 : Evolution de l'activité des tribunaux de grande instance.....	41
Graphique 3 : Evolution de l'activité au civil des Cours d'appel.....	42
Graphique 4 : Evolution de l'activité au civil de la Cour de Cassation .....	42
Graphique 5 : Créations nettes d'emplois de magistrats et arrivées nettes en juridiction.....	44
Graphique 6 : Part du budget de la justice dans le budget de l'Etat (1981- 2004).....	45
Graphique 7 : Evolution des moyens de fonctionnement des juridictions .....	45
Schéma 1 : Organisation des juridictions françaises.....	66
Encadré 1 : Procédure devant la Cour de justice.....	50

Le néologisme « judiciarisation » est révélateur de l'importance prise par la justice dans les rapports économiques. Les conséquences en sont substantielles et confèrent au juge un rôle nouveau auquel il n'était a priori pas préparé.

Pour améliorer les services que rend cette institution, des propositions sont faites ici pour que le recours à la justice, véritable atout pour la démocratie à condition d'en juguler les excès ou les abus, accompagne le développement de l'activité en participant à la nécessaire sécurité juridique.