

THÈSE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE
DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (ED 41)
SPECIALITE DROIT PRIVE ET SCIENCES CRIMINELLES

Par Anaïs DANET

LA PRESENCE EN DROIT PROCESSUEL

Sous la direction de Madame le Professeur Aurélie BERGEAUD-WETTERWALD

Soutenue le 5 septembre 2016

Membres du jury :

Mme AMRANI-MEKKI Soraya

Professeur à l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense

Mme BERGEAUD-WETTERWALD Aurélie

Professeur à l'Université de Bordeaux

Directeur de la recherche

Mme BONIS-GARÇON Evelyne

Professeur à l'Université de Bordeaux

M. DE LAMY Bertrand

Professeur à l'Université Toulouse I Capitole

Rapporteur

Mme FRICERO Natalie

Professeure à l'Université de Nice-Sophia Antipolis

Rapporteur

Titre : La présence en droit processuel

Résumé :

A l'heure du développement des nouvelles technologies et de la multiplication des hypothèses de représentation, la présence physique et personnelle des différents protagonistes du procès dans les lieux de justice interroge. Mode traditionnel d'organisation des rapports processuels, la présence paraît aujourd'hui remise en cause, notamment en raison des lourdeurs de la procédure qu'elle entraînerait. Pourtant, dans le même temps, des voix s'élèvent pour reconnaître l'existence d'un principe de présence.

La présence des acteurs du procès doit en effet conserver sa place au sein du droit processuel, en raison de sa légitimité tant juridique qu'économique dans l'organisation du procès. Elle apparaît alors comme le substrat d'un principe directeur du procès selon lequel les opérations procédurales déterminantes sur l'issue du litige se déroulent en présence des parties, duquel découleraient de nombreuses situations juridiques présentes. Ce nouveau principe de présence, encore à l'état latent à l'heure actuelle, gagnerait à être renforcé afin de préserver une justice à visage humain.

Mots clés : accès au juge, comparution personnelle, défaut, droit au témoin, efficacité de la justice, modes alternatifs de règlement des litiges, présence, principes directeurs du procès, procédures orales, procès, procès équitable, représentation, visioconférence.

Title : The presence in procedural law

Abstract : At the time of the development of new technologies and the increase of legal representation cases, physical and personal presence of trial actors in the justice's premises questions. The presence, which is considered as the traditional method of organizing procedural relationships, seems to raise some doubts today, especially because of the cumbersomeness of the procedure involved. Nevertheless, at the same time, voices make them heard to recognize the existence of a principle of presence.

Indeed, the presence of the trial actors should hold its place in the procedural law, because of its legal as well as economic legitimacy in the organization of the trial. It appears as the basis of a guiding principle of the trial according to which the determining procedural operations on the outcome of the trial occur in the presence of the parties. From this basis, it follows many legal situations of presence. This new principle of presence, still at a latent state for the moment, would benefit from being strengthened in order to preserve the human face of justice.

Keywords : access to justice, alternative dispute resolution, default, due process of law, efficiency of justice, fair trial, guiding principles of procedure, legal representation, oral procedure, personal appearance, presence, principle of immediacy, trial, lawsuit, videoconference.

A mon père.

REMERCIEMENTS

A l'issue de ces années d'un travail que l'on dit volontiers solitaire, je voudrais adresser mes remerciements à ceux qui m'ont permis de les vivre comme une aventure solidaire.

Je remercie tout d'abord Madame le Professeur Aurélie BERGEAUD-WETTERWALD, pour m'avoir accompagnée, aiguillée, et toujours soutenue. Merci pour vos conseils, votre sollicitude, votre grande disponibilité et votre expertise.

Je remercie ensuite Marie BARDET, Elisa BARON, Marie DUFFOURC, Thomas HERRAN, Marion LACAZE, Julien LAGOUTTE, Antoine MARS-BUFFARD, Gaëlle RABUT-BONALDI et Myriam YOUSFI, pour leur soutien matériel comme moral, leur écoute et leurs relectures attentives, et leurs conseils avisés.

Je remercie enfin ma famille, pour leur patience autant que leur présence.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS :

A. J. D. A	<i>Actualité juridique de droit administratif</i>
AJ Pénal	<i>Actualité juridique de droit pénal</i>
Arch. phil. dr.	<i>Archives de philosophie du droit</i>
Art.	<i>Article</i>
Ass. pl.	<i>Assemblée plénière</i>
BICC	<i>Bulletin d'information de la Cour de cassation</i>
Bull. civ.	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>
Bull. crim.	<i>Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
C. civ.	<i>Code civil</i>
C. J. A.	<i>Code de justice administrative</i>
C. O. J.	<i>Code de l'organisation judiciaire</i>
C. proc. civ.	<i>Code de procédure civile</i>
C. proc. pén.	<i>Code de procédure pénale</i>
C. trav.	<i>Code du travail</i>
CA	<i>Cour d'appel</i>
CAA	<i>Cour administrative d'appel</i>
Cass.	<i>Cour de cassation</i>
CCC	<i>Contrats concurrence consommation</i>
CCE	<i>Communication commerce électronique</i>
CE	<i>Conseil d'Etat</i>
CEDH	<i>Cour européenne des droits de l'Homme</i>
CESEDA	<i>Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile</i>
Cons. const.	<i>Conseil constitutionnel</i>
Conv. EDH	<i>Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales</i>
D.	<i>Dalloz (recueil)</i>
D. actu	<i>Dalloz actualité</i>
Dr. pén.	<i>Revue droit pénal</i>
Dr. soc.	<i>Revue droit social</i>
Gaz. Pal.	<i>Gazette du Palais</i>
IR	<i>Informations rapides</i>
J.-Cl.	<i>Jurisclasseur – Encyclopédies</i>
JCP E	<i>Jurisclasseur périodique (Edition entreprises)</i>
JCP G	<i>Jurisclasseur périodique (Edition générale)</i>
LPA	<i>Les Petites affiches</i>
Procédures	<i>Revue Procédures</i>
RDFC	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
RDP	<i>Revue de droit public</i>

La présence en droit processuel

Rép.	<i>Répertoire Dalloz - Encyclopédie</i>
Rev. dr. trav.	<i>Revue droit du travail</i>
RFDA	<i>Revue française de droit administratif</i>
RSC	<i>Revue de sciences criminelles</i>
RTD Civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
RTDH	<i>Revue trimestrielle des droits de l'Homme</i>
S.	<i>Sirey (Recueil)</i>

SOMMAIRE :

INTRODUCTION	11
PREMIERE PARTIE : LA LEGITIMITE DE LA PRESENCE EN DROIT PROCESSUEL	43
Titre 1 : La notion de présence en droit processuel.....	45
Chapitre 1 : La présence, un lien processuel	47
Chapitre 2 : La présence, une notion autonome	89
Titre 2 : Les enjeux de la présence en droit processuel.....	135
Chapitre 1 : Les finalités de la présence en droit processuel.....	137
Chapitre 2 : Les enjeux économiques de la présence en droit processuel....	193
SECONDE PARTIE : LA NORMATIVITE DE LA PRESENCE EN DROIT PROCESSUEL	251
Titre 1 : Les situations juridiques de présence	255
Chapitre 1 : Les charges présentielles	257
Chapitre 2 : Les prérogatives présentielles	329
Titre 2 : La reconnaissance possible d'un principe de présence	393
Chapitre 1 : L'action de la norme de présence.....	397
Chapitre 2 : La qualification de la norme de présence : un principe directeur du procès en devenir	429
CONCLUSION GENERALE :	473

INTRODUCTION

1. Présence et apparences – « *Si la présence diminue la réputation, l'absence la préserve* »¹. Tel est l'un des éléments d'explicitation fourni par Baltasar Gracian de sa maxime CCLXXXII, qui conseille aux hommes de cour de « *se servir de l'expédient de l'absence pour se faire respecter ou estimer* »². Ce philosophe espagnol du 17^{ème} siècle exprimait ainsi l'idée que les apparences comptent autant que la vérité aux yeux des hommes, et qu'elles peuvent être préservées par l'absence. « *Les choses ne passent point pour ce qu'elles sont* », affirmait-il, « *il n'y a guère de gens qui voient jusqu'au-dedans, presque tout le monde se contente des apparences* »³, et d'ajouter « *les perfections perdent leur lustre si on les regarde de trop près, parce qu'on regarde plutôt l'écorce de l'extérieur que la substance et l'intérieur de l'esprit* »⁴. Aussi valait-il mieux, parfois, s'absenter de la cour plutôt que de se révéler sous son vrai jour. C'est qu'en effet, le langage du corps est sans doute la première forme de communication qui révèle ce que la parole verbale ne peut ou ne veut pas dire⁵.

2. Définition générique de la présence comme un lien – La question de la présence a donc toujours été au cœur des rapports sociaux et pour cause puisque la notion de présence peut elle-même être définie comme un lien. Ainsi, le *Petit Robert* définit la présence comme le « *fait de se trouver dans le lieu dont on parle* »⁶. Si cette définition peut paraître sommaire au premier abord, elle apporte néanmoins deux indications précieuses. D'abord, le *Petit Robert* précise que cette définition est applicable en particulier aux personnes : il s'agit donc d'une action, d'un comportement, réalisé par une personne, action qui crée un lien entre cette personne et un lieu. La référence au « *lieu dont on parle* » invite nécessairement à considérer que ce lien entre la personne et le lieu est un lien matériel, physique, dans la mesure où le lieu est une « *portion déterminée de l'espace* »⁷. Une personne est présente si elle se situe géographiquement et donc matériellement dans un espace déterminé. Ensuite, ce qui définit le comportement de cette personne est un verbe réfléchi, il s'agit du fait de « *se trouver* », ce qui démontre que la présence est une notion personnelle et matérielle.

¹ B. GRACIAN, *L'homme de cour*, (texte original de 1647), Gallimard, 2010, Coll. Folio Classique, p. 523.

² B. GRACIAN, *L'homme de cour*, préc., Maxime CCLXXXII, p. 523.

³ B. GRACIAN, *L'homme de cour*, préc., Maxime XCIX, p. 380.

⁴ B. GRACIAN, *L'homme de cour*, préc., Maxime CCLXXXII, p. 523.

⁵ De nombreuses études de psychologie démontrent ainsi qu'il faut être attentif au langage du corps. V. par ex. pour une étude sur les rapports entre langage non verbal et présence du psychanalyste : P. ROBERT, « Le corps du psychanalyste en présence », *Le Divan familial*, 2015, p. 95.

⁶ J. REY-DEBOVE (dir.), A. REY (dir.), « Présence », in *Le Petit Robert*, Dictionnaires Le Robert, 2000, p. 1984.

⁷ J. REY-DEBOVE (dir.), A. REY (dir.), « Lieu », in *Le Petit Robert*, préc., p. 1440.

3. Apparition historique du mot « présence » – L’appréhension reliante de la notion de présence transparaît d’ailleurs à l’observation de l’histoire du mot. Historiquement, le terme de présence semble en effet avoir fait son apparition dans la langue française au début du XII^{ème} siècle sous la plume de théologiens pour désigner la présence de Dieu⁸. Assez rapidement la nature reliante de la notion de présence s’est révélée au travers des interrogations des théologiens sur la « présence réelle » du Christ dans le sacrement de l’Eucharistie⁹. Or, il faut admettre que le sacrement de l’Eucharistie reposant sur la « présence réelle » du Christ dans le pain et le vin partagés, permet, pour les théologiens, la communion et l’union avec le Christ¹⁰. Il y a donc bien dans l’étude de la « présence réelle » du Christ, l’idée même que la notion de présence est consubstantielle avec celle de lien. Ce caractère reliant de la présence est également mis en avant dans la philosophie religieuse du judaïsme où le terme de présence « désigne d’abord l’être-avec de Dieu et de son peuple »¹¹.

4. Présence et sociologie – Notion reliante dans la sphère spirituelle, la présence l’est aussi dans la sphère temporelle. Dans les rapports entre les Hommes, la mise en présence des individus semble être la forme la plus primitive et la plus naturelle de l’expression du lien social. Les plus petites cellules sociales reposent d’ailleurs sur cette idée de mise en présence des différents membres de la cellule, en d’autres termes sur l’idée de coexistence de ces membres dans un même espace géographique. Il suffit pour s’en convaincre de songer à la spécificité sociologique de la cellule familiale qui est précisément de vivre ensemble. La famille est ainsi définie par le *Petit Robert* comme « les personnes apparentées vivant sous le même toit »¹². Certes, la notion juridique de famille est en réalité bien plus complexe que cela¹³, mais à y regarder de plus près, si l’on remonte à la cellule familiale la plus restreinte, celle-ci se compose d’un couple formé par deux individus partageant une communauté de vie, qu’ils soient d’ailleurs mariés¹⁴, pacsés¹⁵ ou seulement concubins¹⁶. Partant, il y a bien dans cette cellule sociale minimale un lien caractérisé par la réunion physique de ses membres.

⁸ On retrouve ainsi l’occurrence dans le *Voyage de Saint Brendan*, manuscrit daté de 1112 : J. DUBOIS, H. MITTERRAND, A. DAUZAT, *Grand dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse, 2011, Coll. Grands dictionnaires, p. 796.

⁹ J.-P. JOSSUA, « Eucharistie », in *Universalis éducation [en ligne]*, Encyclopædia Universalis, consulté le 19 mai 2016. Disponible sur <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/eucharistie/>.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ C. LAVAUD, « Présence », in *Notions philosophiques, Tome 2, Philosophie occidentale* (dir. S. AUROUX, J. DESCHAMPS, F. DUCHESNEAU), PUF, 2002, Coll. Encyclopédie Universelle de philosophie, p. 2030.

¹² J. REY-DEBOVE (dir.), A. REY (dir.), « Famille », sens 1, *Le Petit Robert*, préc., p. 997.

¹³ J.-J. LEMOULAND, « Famille », *Rép. D. dr. civ.* 2016, n° 1 et s.

¹⁴ L’article 215 al. 1^{er} du Code civil exigeant une communauté de vie. Il est cependant notable que si la cohabitation est un signe évident de cette communauté de vie, elle n’est pas une condition nécessaire : v. en ce sens Cass. civ. 1^{er}, 12 févr. 2014, n°13-13.873. Il reste qu’historiquement la communauté de vie était synonyme de cohabitation et que même ayant deux domiciles distincts, les époux doivent néanmoins partager une communauté de vie affective, qui se traduira nécessairement par des rencontres entre eux : en ce sens v. M. LAMARCHE, J.-J. LEMOULAND, « Mariage », *Rép. D. dr. civ.* 2015, n° 36. Il y a donc bien, y compris en

5. Présence et sociologie de la justice – Au regard de la fonction sociologique de la justice, sans doute est-ce d'ailleurs parce que la présence est l'expression primitive du lien social qu'elle paraît être le mode le plus naturel d'organisation des rapports processuels. Dans son ouvrage sur *Le Juste*, Paul Ricœur démontrait que la justice avait, à long terme, pour fonction de préserver la paix publique¹⁷. A n'en pas douter, cette finalité du jugement de préserver la paix publique s'illustre par la restauration du lien social brisé par l'existence d'un litige. Or à ce titre, quoi de mieux que la réunion corps présent des différentes personnes impliquées dans le litige pour restaurer ce lien social brisé ? Dès lors, il est absolument logique que, poursuivant le but de restauration du lien social, l'œuvre de justice cherche à mettre en présence les uns des autres les différents acteurs de la procédure.

6. Paradoxe de la présence en droit processuel – Pourtant, des interrogations naissent sur la véritable place qu'occupe et que doit occuper ce mode d'organisation des rapports processuels dans le droit contemporain. La présence en tant que mode d'organisation du procès est en effet concurrencée par d'autres techniques de comparution telle que la représentation des parties ou encore le développement des nouvelles technologies et leur utilisation dans le procès qui, conduisant à dématérialiser les audiences, impliquent parfois l'absence de certains acteurs de la salle d'audience. Parallèlement à ce mouvement de recul de la présence observable au sein des prétoires, une partie de la doctrine processuelle évoque pourtant, depuis quelques années, l'idée d'un « *principe de présence* »¹⁸ qui exigerait une rencontre physique minimale entre les parties et leur juge. Il n'est sans doute pas anodin que cette proposition naisse simultanément au développement de l'utilisation de la visioconférence qui vient créer une distance entre les différents protagonistes du procès. Là réside tout le paradoxe de la présence en droit processuel, dont l'importance semble aujourd'hui devoir être soulignée en raison des craintes qu'inspire sa disparition. S'il n'y a là rien de vraiment étonnant dans la mesure où « *il est souvent beaucoup question de ce qui est en voie de disparition* »¹⁹, c'est ce paradoxe, dans lequel réside tout l'intérêt de la question de

l'absence de cohabitation, une présence simultanée des époux dans un lieu déterminé qui caractérise la communauté de vie.

¹⁵ Art. 515-4 al. 1^{er} C. civ. La situation est encore plus évidente au regard du régime du pacte civil de solidarité dans la mesure où l'organisation de la communauté de vie est ici l'objet même du contrat de pacs. V. not. S. THOURET, « Dossier mariage, pacs, concubinage : le guide. Le couple et le logement », *AJ Famille* 2015, p. 14.

¹⁶ Art. 515-8 C. civ.

¹⁷ P. RICOEUR, *Le Juste*, Editions Esprit, 1995, spéc. p. 185 et s.

¹⁸ V. L. CADIET, « Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies.- Rapport de synthèse », *Procédures* n° 4, Avril 2010, Dossier 8, spéc. n° 25 ; S. AMRANI-MEKKI, « L'impact des nouvelles technologies sur l'oral et l'écrit en procédure civile », in *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI^e siècle ?*, actes du colloque organisé à Limoges le 7 mars 2008, PULIM, 2011, p.179 et s. ; E. JEULAND, « Arbitrage en ligne et procès virtuel : pour le principe de présence », *Revue Droit et procédures* 2007, n° 5, p. 262.

¹⁹ E. JEULAND, *Droit processuel général*, LGDJ, 2014, Coll. Domat Droit privé., n° 233.

la présence en droit processuel (§2), que cette étude, dont l'étendue doit être préalablement précisée (§1), se propose de résoudre (§3).

§1 : L'étendue de l'étude consacrée à la présence en droit processuel

7. Définition juridique de la présence en droit processuel – L'étude de la présence en droit processuel relève en réalité d'une démarche de juridicisation d'une notion *a priori* purement factuelle, matérielle. Nulle définition de la présence n'est en effet proposée par les lexiques juridiques. L'adjectif « présent » y est en revanche défini. Est ainsi présent « *celui qui se trouve ou se trouvait à un moment donné en un lieu déterminé* »²⁰. Le caractère personnel de la présence, déjà relevé à l'égard de la définition générique de la présence, est explicitement visé par la deuxième définition, plus spécifique, de l'adjectif « présent » proposée par le *Vocabulaire juridique* du doyen Cornu, qui définit la personne présente comme celle « *qui concourt **en personne**²¹ à l'accomplissement d'un acte ou au déroulement de la procédure* »²². En somme, il n'y a de présence que pour celui qui est personnellement et physiquement dans un lieu déterminé. Transposés au droit processuel, ces premiers éléments invitent à envisager la présence des différents protagonistes du procès comme le fait pour ces personnes de se situer personnellement et physiquement dans un lieu de justice²³, c'est-à-dire un lieu en relation avec le déroulement du processus de justice. Le caractère personnel de la notion de présence est donc éminemment important et participe de l'essence même de la notion.

8. Conséquences du caractère personnel de la présence sur l'étendue de l'étude – Précisément, le droit processuel organise la présence de différentes personnes que sont les parties, les témoins, les experts ou encore l'avocat. Pourtant, le caractère personnel de la présence conduit à exclure de l'étude la question de la présence de l'avocat. Une telle exclusion pourrait paraître curieuse à première vue. Il est vrai que la mission d'assistance de l'avocat renvoie indubitablement à la question de sa présence. En effet, selon l'article 412 du Code de procédure civile, « *la mission d'assistance en justice emporte pouvoir et devoir de conseiller la partie et de présenter sa défense sans l'obliger* ». Partant, cette mission d'assistance implique, physiquement, que l'avocat soit « *présent aux côtés de son client* »²⁴. Lorsqu'il s'agit de plaider à l'audience dans l'intérêt du client, la présence de l'avocat est en

²⁰ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Présent. Sens 1 », in *Vocabulaire juridique* (dir. G. CORNU), 11^e éd., PUF, 2016, Coll. Quadrige, p.795.

²¹ Nous soulignons.

²² ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Présent. Sens 2 », in *Vocabulaire juridique*, préc., p. 795.

²³ L'expression « lieu de justice » est délibérément choisie pour son flou et sera précisée dans la suite de l'étude. V. *infra* n° 51 et s.

²⁴ M. DOUCHY-LOUDOT et J.-J. TAISNE, « Avocat », *Rép. D. proc. civ.* 2014, n° 356.

effet évidente et parfois même obligatoire²⁵. Lorsqu'il s'agit de l'assister en dehors des audiences, et notamment lors de certains actes d'enquête ou d'instruction, la présence de l'avocat est également perçue comme une nécessité pour mener à bien sa mission d'assistance. Ainsi, la question de la présence de l'avocat aux côtés de son client dans le cadre de sa mission d'assistance a particulièrement été mise en lumière s'agissant de la présence de l'avocat au cours de la garde à vue. L'évolution du droit sur cette question²⁶, initiée par les arrêts *Salduz*²⁷ et *Dayanan*²⁸ de la Cour européenne des droits de l'Homme, encouragée par le Conseil constitutionnel rendant une décision fort remarquée par la doctrine²⁹, a abouti à l'adoption de la loi du 14 avril 2011 réformant la garde à vue³⁰ et permettant la présence de l'avocat au cours de celle-ci aux côtés de son client. Par la suite, la loi du 27 mai 2014³¹, transposant la directive européenne relative au droit à l'information³², a prévu, encore au titre de sa mission d'assistance, la possibilité pour l'avocat d'être présent auprès de son client dans le cadre de l'audition libre³³ ainsi que du défèrement devant le procureur de la République³⁴. C'est, toujours, la nécessité d'assister son client qui pose une limite à l'éviction de la présence de l'avocat au cours des perquisitions³⁵. C'est, enfin, la présence de l'avocat au cours des reconstitutions de scènes de crime et des séances d'identification qui est prévue par la loi du 3 juin 2016³⁶. Pourtant, dans la mesure où ce n'est pas la présence personnelle d'un avocat

²⁵ Tel est le cas devant la Cour d'assises (art. 317 C. proc. pén.) et pour les mineurs (art. 4-1 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.

²⁶ Pour une vision de l'évolution de la jurisprudence sur cette question qui a conduit à l'adoption de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011, v. V. LESCLOUS, « Un an de droit de la garde à vue (1^{er} juin 2010-1^{er} juin 2011) », *Dr. Pén.* 2011, chron. 7.

²⁷ CEDH, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, req. n° 36391/02.

²⁸ CEDH, 13 octobre 2009, *Dayanan c. Turquie*, req. n° 7377/03 : *AJ. Pénal* 2010, p. 27, obs. C. SAAS ; *RSC* 2010, p. 231, note D. ROETS.

²⁹ Cons. const., 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 : *RSC* 2011, p. 165, note B. DE LAMY ; *D.* 2010, p. 2254, obs. J. PRADEL ; *RPDP* 2010, dossier spécial, p. 599 à 638, obs. P. CONTE, O. FOLL, F. CASORLA, F. SAINT-PIERRE, T. RENOUX ; *Dr. pén.* 2010, comm. 113, obs. A. MARON, M. HAAS ; *AJ Pénal* 2010, p. 470, obs. J.-B. PERRIER ; *D.* 2010, p. 1928, note C. CHARRIERE BOURNAZEL ; *JCP G* 2010, 914, note F. FOURNIE.

³⁰ Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

³¹ Loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales.

³² Directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales.

³³ Art. 61-1 5° C. proc. pén.

³⁴ Art. 393 C. proc. pén.

³⁵ V. en ce sens Cass. crim., 03 avr. 2014, n° 03-04-2013 : *AJ. Pénal* 2013, p. 420, obs. L. BELFANTI ; *D.* 2013, p. 1940, note S. DETRAZ. Dans cette première affaire, la Cour de cassation n'a pas jugé nécessaire la présence de l'avocat au cours de la perquisition dans la mesure où le suspect n'était pas entendu sur les faits qui lui étaient reprochés au cours de cette perquisition. A l'inverse, dans une affaire où la perquisition s'était transformée en interrogatoire du suspect, l'absence de l'avocat a causé grief au suspect : Cass. crim. 10 mars 2015, n° 14-86.950 : *Procédures* 2015, comm. 173, obs. J. BUISSON.

³⁶ Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale. Cette loi transpose, en son article 63, la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales. Cette

individuellement désigné qui importe mais seulement celle « *d'un avocat* », la question de leur présence relève d'une logique toute autre que celle de la présente étude consacrée à la présence physique *et personnelle* des différentes personnes impliquées dans la procédure. Cette absence d'intérêt pour la présence *en personne* d'un avocat individuellement désigné transparaît d'ailleurs immédiatement à l'observation de la pratique courante de la substitution d'avocats à l'audience. Il n'est pas rare en effet que les avocats se fassent substituer par un confrère pour des raisons pragmatiques d'organisation de leur emploi du temps. Certes, cette substitution peut emporter des effets juridiques puisque, d'une part, la substitution sans le consentement du client peut être, dans certaines hypothèses, constitutive d'une faute entraînant la responsabilité civile de l'avocat³⁷ et, d'autre part, l'avocat sera tenu de répondre de celui qu'il s'est substitué en vertu des règles de droit commun du mandat³⁸. Mais la substitution d'un confrère pour être présent à sa place n'emporte aucune conséquence sur le plan processuel³⁹, ce qui justifie l'exclusion de la présence de l'avocat du champ de l'étude.

Cette exclusion de l'avocat en raison de son caractère interchangeable provoque alors immédiatement une interrogation relative à la place de la présence du ministère public dans le cadre de cette étude. Il ne peut être nié en effet que le Ministère public étant indivisible⁴⁰, chacun de ses membres peut se faire remplacer par un autre. Toutefois, l'hypothèse est sensiblement différente de celle des avocats, ce qui justifie son inclusion dans cette étude consacrée à la présence en droit processuel. D'abord, sur le fond, le Ministère public étant la personnification de l'intérêt général, les membres du Parquet sont « *considérés juridiquement comme ne formant qu'une seule et même personne* »⁴¹. L'avocat en revanche agit en son nom propre en tant qu'il représente son client⁴². Le cas du Ministère public est donc différent, puisqu'il ne s'agit pas d'une personne juridiquement distincte qui en remplace une autre, mais d'une seule et unique « *personne* » qui peut se matérialiser par différentes personnes

directive prévoit en effet la présence de l'avocat au cours des reconstitutions de scènes de crime et des séances d'identification des suspects.

³⁷ Sur cette question, v. not. Y. AVRIL, « La responsabilité civile de l'avocat », *Gaz. Pal.* 12 déc. 2002, n° 346, p. 6, spéc. n° 23.

³⁸ Art. 1994 C. civ.

³⁹ Il pourrait être rétorqué que la Cour de cassation a récemment sanctionné une substitution irrégulière sur le plan procédural en frappant d'irrecevabilité un appel formé par un avocat déclarant substituer un confrère (Cass. crim., 16 sept. 2014, n° 13-82.758 : *AJ Pénal* 2014, p. 451, note C. GUERY ; *Gaz. Pal.* 18 oct. 2014, n° 291, note M.-A. CANU-BERNARD). Mais en réalité, dans cette affaire, la difficulté provenait du fait que l'avocat remplacé par son confrère n'était pas régulièrement désigné.

⁴⁰ Art. L. 122-4 C. O. J.

⁴¹ B. BOULOC, *Procédure pénale*, 25^e éd., Dalloz, 2016, Coll. Précis, n° 192.

⁴² Cette analyse ressort d'ailleurs de la nécessité de le désigner avec précision, cette omission étant constitutive d'un vice de forme : v. Cass. civ. 2^e, 1er févr. 2006, n° 05-17.742 : *Bull. civ.* II, n° 35 ; *JCP G* 2006. II. 10071, note R. MARTIN ; *Gaz. Pal.* 17-18 févr. 2006, p. 13 ; *Dr. et proc.* 2006. 267, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *Procédures* 2006. comm. 151, obs. R. PERROT ; v. également Cass. civ. 2^e, 30 avr. 2009, n° 08-16.236 : *Bull. civ.* II, n° 110 ; *JCP* 2009. IV. 1904 ; *Procédures* 2009. comm. 181, obs. R. PERROT ; Cass. civ. 2^e, 27 sept. 2012, n° 11-22.854.

physiques. Ensuite, sur la forme, puisque la présence des parties privées sera étudiée, l'étude de la présence du Ministère public en droit processuel en tant que partie au procès est intéressante en raison du parallélisme des formes. Par conséquent, l'étude de la présence en droit processuel implique de s'intéresser à l'organisation de la présence physique et personnelle des parties, publiques comme privées, ainsi que de certains tiers collaborateurs en tant que leur présence est exigée en personne, tels que les témoins et les techniciens de la procédure, dans le cadre du droit processuel.

9. Le droit processuel en quête de sens – Encore faut-il s'entendre sur la notion de droit processuel. La matière juridique que constitue le droit processuel est en effet en quête de sens. S'agit-il d'ailleurs véritablement d'une matière juridique à proprement parler ? Rien n'est moins sûr si l'on songe à l'origine de cette discipline. Historiquement, le droit processuel est en effet né comme une discipline de comparaison entre les différents contentieux – procédures civile, pénale et administrative – destinée à fournir aux futurs avocats⁴³ une « *synthèse des grands types de procédures suivies en France devant nos trois ordres de juridiction* »⁴⁴. L'idée d'un droit processuel qui « *ne doit pas se limiter aux problèmes de technique juridique* »⁴⁵ est apparue en France sous la plume d'Henri Vizioz pour être largement diffusée par Henri Motulsky⁴⁶. Cette approche comparatiste du droit processuel, impliquant une démarche de comparaison des différentes procédures en droit interne pour en dégager les points communs et les différences, est cependant remise en cause par certains auteurs, qui considèrent que dans la mesure où « *les contentieux sont, par nature, par culture, extrêmement différents, [...] on peut se demander si leur comparaison présente un intérêt autre qu'archéologique* »⁴⁷. Ces auteurs envisagent davantage le droit processuel comme un fonds procédural commun à toutes les procédures, qui se sédimenterait autour du noyau constitué par les droits fondamentaux du procès. Pour cette raison, le droit processuel ne serait plus un droit comparé des procès mais un droit commun du procès centré sur les droits fondamentaux protégés notamment par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme et le tentaculaire principe du procès équitable. Pour autant, cette mise au ban de la méthode comparatiste semble quelque peu excessive⁴⁸, notamment parce que la mise au jour d'un droit processuel commun ainsi que celle des droits fondamentaux du procès est,

⁴³ La matière est en effet officiellement née à la faveur d'un arrêté du 28 mars 1966, pris en application d'un décret n° 66-144, instituant un certificat d'études judiciaires dans les facultés de droit. Ce décret avait été adopté à la suite d'une proposition d'Henri Motulsky à Jean Foyer, garde des sceaux à l'époque.

⁴⁴ J. FOYER, Préface à H. MOTULSKY, *Droit processuel*, Montchrestien, 1973.

⁴⁵ H. VIZIOZ, *Etudes de procédure*, (préf. S. GUINCHARD), rééd. en fac-similé de l'édition de 1956, Dalloz, 2011, Coll. Bibliothèque Dalloz, p. 15.

⁴⁶ H. MOTULSKY, *Droit processuel*, (préf. J. FOYER), Montchrestien, 1973.

⁴⁷ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS *et alii*, *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, 8^e édition, Dalloz, 2015, Coll. Précis droit privé, n° 2.

⁴⁸ En ce sens, v. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., PUF, 2013, Coll. Thémis Droit, n° 4.

sur le plan méthodologique, servie par la comparaison des différentes procédures⁴⁹. Il reste que ces principes fondamentaux du procès, qui formeraient l'essence commune des différents procès, s'exportent de plus en plus vers des procédures ne relevant pas du procès classique, puisqu'il s'agit de modes alternatifs de règlement des litiges⁵⁰ ou encore de procédures moins élaborées qu'un procès qui conduisent tout de même à une décision⁵¹. Cette absence d'unanimité sur la notion de droit processuel aujourd'hui combinée à l'extension croissante de l'influence de la matière⁵² impose donc de s'entendre sur le critère du droit processuel nécessaire à sa définition et partant, à la délimitation de la présente étude. En effet, une étude comparée de l'ensemble des règles ayant un caractère procédural deviendrait stérile, puisque cela diluerait totalement la matière, de telle sorte qu'« on ne pourrait plus rien tirer de la comparaison »⁵³.

10. Critère et définition du droit processuel – La recherche du critère du droit processuel conduit, au regard de l'étymologie du mot, à se tourner vers la notion de procès. Le droit processuel est en effet, en première lecture, le droit du procès. Toutefois, la notion de procès est elle-même assez fuyante. En réalité, il se trouve assez peu d'études consacrées au procès en tant que tel⁵⁴. S'il est admis que le procès se distingue à la fois de l'instance, qui correspond à son aspect formel, et du litige, qui correspond à sa substance⁵⁵, ces éléments semblent toutefois intégrés à la définition du procès. Ainsi, le *Vocabulaire juridique* du doyen Cornu le définit soit comme le « *litige soumis à un tribunal ; [la] contestation pendante devant une juridiction* »⁵⁶, soit comme un « *synonyme de procédure, d'instance* »⁵⁷. Partant,

⁴⁹ En ce sens, v. S. AMRANI-MEKKI, « Droit comparé interne des procédures – Retour vers le futur », in *Politiques criminelles, Mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 445 et s., spéc. p. 447 : « L'intérêt pour le droit processuel est, quant à lui, demeuré intact car loin de vouloir gommer les différences entre les procédures, il permet de rechercher à travers leur diversité, l'unité fondamentale du procès ».

⁵⁰ V. ainsi S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS *et alii*, *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, préc., n° 582 et s. : les auteurs y traitent de l'exportation du modèle du procès équitable vers les modes alternatifs de règlement des litiges.

⁵¹ Sur cette question, v. en particulier H. CROZE, « Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision », in *Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 125 et s. L'auteur y étudie par exemple les processus de décision des personnes privées, tels que ceux aboutissant à des décisions dans le cadre de groupements, au terme d'un processus de vote régulier (v. spéc. p. 131).

⁵² Il semble en effet qu'un mouvement de « *processualisation du droit substantiel* » soit engagé qui conduit à la mise au jour de droits processuels spéciaux : v. S. AMRANI-MEKKI, « Le droit processuel de la responsabilité civile », in *Etudes offertes à Geneviève Viney*, LGDJ-Lextenso éditions, 2008, p. 1 et s., spéc. n° 2 ; S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, PUF, 2014, n° 19, spéc. p. 43.

⁵³ E. JEULAND, *Droit processuel général*, préc., n° 16.

⁵⁴ V. toutefois C. CERDA, *La nature juridique du procès*, Thèse Paris II, 1968 ; E. COUTURE, « Le procès comme institution », *RIDC* 1950, p. 276 et s. ; D. SALAS, *Du procès pénal, éléments pour une analyse interdisciplinaire du procès*, PUF, 1991, Coll. Quadrige ; S. AMRANI-MEKKI, « Procès », in *Dictionnaire de la justice* (dir. L. CADIET), PUF, 2004, p. 1081.

⁵⁵ S. AMRANI-MEKKI, « Procès », art. préc., spéc. pp. 1082-1083.

⁵⁶ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Procès – sens 1 », in *Vocabulaire juridique*, préc., p. 812.

⁵⁷ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Procès – sens 2 », in *Vocabulaire juridique*, préc., p. 812.

une définition autonome du procès semble difficile à trouver, un auteur relevant d'ailleurs que « *si la notion est parlante pour tout un chacun, une définition propre et détachable de ses éléments constitutifs semble introuvable* »⁵⁸. Il faut alors se résoudre à définir le procès par ses caractéristiques et ses finalités, pour retenir qu'il est le « *mécanisme visant à établir ou à rétablir la paix sociale par l'intervention d'un tiers légitime devant régler un litige né, latent ou virtuel, selon une procédure respectant les garanties fondamentales du procès équitable* »⁵⁹. Faut-il alors limiter le droit processuel à l'étude des procès ? Une telle restriction n'est sans doute pas opportune dans la mesure où les modes alternatifs de règlement des litiges – à l'exception de l'arbitrage⁶⁰ – ne sont, au regard de la définition précédemment posée, pas des procès, faute de tiers autoritaire. Pourtant, l'étude de ces modes de règlement des litiges a toute sa place au sein du droit processuel et les différents ouvrages consacrés à cette matière leur font la part belle⁶¹. C'est donc que le droit processuel se définit en réalité par un autre critère que l'existence d'un procès. C'est alors celui de l'existence d'un litige qui se fait jour. Proche du critère de l'existence d'un procès dans la mesure où, comme le souligne un auteur dans son *Introduction au droit processuel*⁶², tout procès suppose un litige⁶³, l'existence du litige a toujours été au cœur de la détermination de la matière⁶⁴. Un auteur a cependant critiqué l'insuffisance de ce critère pour lui préférer celui de l'émission d'une prétention juridique soumise à un tiers désintéressé⁶⁵, en ce sens que le critère de l'existence d'un litige conduirait à exclure la matière gracieuse et le contentieux pénal lorsque celui qui a commis l'infraction ne conteste ni les faits ni la peine⁶⁶. En réalité, si l'on définit le litige comme « *une indétermination du droit*⁶⁷ *applicable à une situation qui appelle l'intervention d'un organe pour y mettre fin par une décision en droit ou en équité précédée d'une discussion* »⁶⁸, le critère du litige retrouve sa pertinence. S'agissant des hypothèses d'accords en matière pénale, la reconnaissance des faits à l'issue de laquelle un accord sur la

⁵⁸ S. AMRANI-MEKKI, « Procès », art. préc., p. 1087.

⁵⁹ S. AMRANI-MEKKI, « Procès », art. préc., p. 1088.

⁶⁰ Si l'arbitrage n'est pas un mode *amiable* de règlement des litiges puisque l'arbitre est doté d'un pouvoir juridictionnel, il s'agit en revanche d'un mode *alternatif* de règlement des litiges, en ce sens qu'il est une alternative à la justice étatique.

⁶¹ V. ainsi L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., spéc. n° 73 et s. ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, préc., n° 17.

⁶² P. LABBEE, *Introduction au droit processuel*, PU Lille, 1995, Coll. Droit manuel.

⁶³ P. LABBEE, *Introduction au droit processuel*, préc., p. 3.

⁶⁴ En ce sens, v. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., n° 72-73.

⁶⁵ E. JEULAND, *Droit processuel général*, préc., n° 17.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ C'est en effet au regard du caractère « juridiquement relevant » du conflit que peut s'opérer une distinction sémantique entre les notions de conflit et de litige. En ce sens, v. not. A. JEAMMAUD, « Conflit / Litige », in *Dictionnaire de la culture juridique* (dir. D. ALLAND et S. RIALS), PUF, 2003, p. 255 ; M.-C. RIVIER, « Conflit / Litige », in *Dictionnaire de Justice*, préc., p. 196 ; L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., n° 72 et s.

⁶⁸ A. BOLZE, « La notion de litige juridique », in *Etudes offertes à Jacques Dupichot : Liber amicorum*, Bruylant, 2004, p. 41 et s., spéc. p. 59.

peine est adopté, intervient toujours au terme d'un processus né du fait de la révélation d'un litige, sauf à considérer que cette reconnaissance puisse être concomitante à la commission de l'infraction, ce qui paraît totalement irréaliste. En outre, dans cette hypothèse, le litige existe toujours à l'état latent, puisque l'échec d'un tel processus conduira inévitablement à la saisine du juge. De même, la matière gracieuse réintègre le champ du droit processuel puisque, même caractérisée par l'absence d'un adversaire, elle se distingue également par l'existence d'une indétermination de la règle de droit applicable soumise à l'appréciation d'un tiers désintéressé, ce qui n'est autre qu'un litige latent⁶⁹. A ce titre, si la distinction entre la matière gracieuse et la matière contentieuse repose aujourd'hui sur l'existence d'un litige⁷⁰, il est toutefois possible de considérer que ce qui sépare les deux matières tient davantage à l'existence ou non d'un adversaire, comme l'exprimait d'ailleurs la disposition antérieure à l'article 25 du Code de procédure civile qui définissait la matière gracieuse par l'absence de contestation et donc d'adversaire⁷¹. Du reste, la prise en compte des litiges latents dans la détermination du critère du droit processuel rejoint opportunément le critère de l'expression d'une prétention juridique présentée à un tiers désintéressé, préféré par certains⁷². Partant, il est possible de définir le droit processuel comme la science qui étudie, grâce à une méthode comparatiste interne, les différentes procédures de règlement des litiges par un tiers désintéressé afin d'en dégager l'essence commune et les spécificités de chacune.

11. Exclusion du personnel judiciaire – Cette définition du droit processuel conduit alors à exclure du champ de l'étude le personnel judiciaire. Bien que sa présence soit exigée et parfois expressément visée⁷³, la présence des juges, des jurés et des greffiers doit être exclue de l'étude parce qu'elle relève en réalité davantage de l'organisation du service public de la justice que de la procédure elle-même. D'ailleurs, cette appartenance de la question de la présence des juges à l'organisation du service public de la justice bien plus qu'au droit processuel apparaît de façon évidente si l'on songe que lorsque la présence à l'audience des parties ou des témoins est organisée par les règles de procédure, celle-ci suppose nécessairement la présence d'un juge, faute de quoi il n'y a tout simplement pas d'audience.

⁶⁹ En ce sens, v. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., n° 72, spéc. p. 313.

⁷⁰ C'est du moins ce que prévoit l'article 25 du Code de procédure civile : « *Le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle* ». Sur cette distinction, v. not. J.-L. BERGEL, « La juridiction gracieuse en droit française », *D.* 1983, chron. 153 ; M.-C. RIVIER, « Contentieux », in *Dictionnaire de la Justice*, préc., p. 227.

⁷¹ En ce sens, v. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., n° 72.

⁷² E. JEULAND, *Droit processuel général*, préc., n° 17, spéc. p. 43. Et, pour une reconnaissance du rapprochement entre ces deux critères, v. S. AMRANI-MEKKI, « Procès », art. préc., spéc. p. 1084.

⁷³ V. par ex. le devoir de présence qui pèse sur les jurés d'assises : art. 288 C. proc. pén.

12. Exclusion de procédures ne répondant pas au critère du droit processuel – En outre, la définition proposée du droit processuel conduit également à exclure de l'étude certaines procédures, qui font pourtant une place à la présence dans leur organisation. Ainsi la procédure administrative non contentieuse de délivrance des visas exige, en principe, la comparution personnelle de l'intéressé afin qu'il puisse exposer les motifs de sa demande⁷⁴. Toutefois dans cette hypothèse, s'il y a bien une prétention juridique, le tiers chargé d'y répondre n'est pas un tiers désintéressé puisqu'il s'agit de l'administration consulaire elle-même, ce qui exclut cette procédure du champ du droit processuel.

De même, les procédures civiles d'exécution accordent parfois à la présence un intérêt particulier en dissociant le régime de la procédure d'exécution selon que le débiteur est présent ou non. Ainsi, à titre d'exemple, la saisie-appréhension, qui ne peut par principe intervenir qu'après la délivrance d'un commandement de payer⁷⁵, est néanmoins possible immédiatement sans commandement de payer préalable si le débiteur saisi est présent⁷⁶. Toutefois, lorsque l'on s'intéresse au processus même d'exécution dans sa phase orchestrée par l'huissier, il ne peut être intégré dans le champ du droit processuel, puisqu'à ce stade, il n'y a plus de prétention juridique soumise à un tiers désintéressé. Le litige a en effet déjà été tranché en amont, au besoin par le juge de l'exécution.

13. Intégration de l'analyse économique au droit processuel – L'étude de la présence en droit processuel consistera donc à s'intéresser et à comparer les règles juridiques qui prévoient la présence des différents acteurs et collaborateurs de ces procédures de règlement des litiges par un tiers désintéressé pour tenter d'en dégager les lignes de force. Toutefois, dans la mesure où le droit processuel est aujourd'hui au croisement de deux lignes de tension formées, d'une part, par le développement des droits fondamentaux et, d'autre part, par le développement du marché⁷⁷, il ne faudra pas négliger de prendre en compte l'influence de l'analyse économique sur l'évolution des règles du droit processuel. Cette analyse ne dénature d'ailleurs pas la matière du droit processuel dans la mesure où il ne s'agit pas de livrer une analyse purement économique, mais simplement d'utiliser cette analyse pour éclairer les fondements et les finalités techniques des règles de droit, et pour ce qui intéresse la présente étude, des règles de droit organisant ou niant la présence des différents protagonistes. C'est qu'en effet, en matière de présence, point d'absolutisme en droit processuel. Le droit positif oscille entre attachement et indifférence pour celle-ci, et dans ce paradoxe réside tout l'intérêt de l'étude.

⁷⁴ Instructions consulaires communes adressées aux représentations diplomatiques et consulaires de carrière (2005/C 326/01) : *JOUE* C 326/1, spéc. point III-4.

⁷⁵ Art. R. 222-2 C. proc. civ. d'exécution.

⁷⁶ Art. R. 222-3 C. proc. civ. d'exécution.

⁷⁷ En ce sens, v. E. JEULAND, *Droit processuel général*, préc., n° 2, spéc. p. 20.

§2 : L'intérêt de l'étude de la présence en droit processuel

14. Fluctuation de l'organisation de la présence en droit processuel – Le mouvement de fluctuation de l'intérêt du droit processuel pour la présence se révèle nettement par l'idée que, alors que la présence a toujours été le mode le plus « naturel » d'organisation des rapports processuels (A), elle est toutefois régulièrement remise en cause (B).

A- La présence, mode « naturel » d'organisation des rapports processuels

15. La présence des plaideurs en droit romain – Historiquement, la justice s'est toujours rendue en présence des différentes parties ou du moins le droit a-t-il toujours été tendu vers cet idéal de justice en présence. Déjà dans la Rome antique, à l'aube de l'époque royale lorsque Rome n'était encore qu'une modeste cité, la procédure formulaire impliquait que les parties se présentent devant leur roi, puis, à partir de 367 avant notre ère, devant le préteur, afin qu'elles prononcent oralement des formules et qu'elles accomplissent certains rituels en vue de faire valoir leur droit⁷⁸. Il est vrai que la procédure romaine a évolué à l'époque de la République pour devenir une procédure formulaire écrite, ce qui pourrait déjà faire songer que la présence des plaideurs commençait à perdre de son intérêt. Il n'en est pourtant rien. Que la procédure formulaire soit devenue une procédure écrite n'empêchait en rien que le préteur accueillait le plaideur à son tribunal afin que celui-ci puisse inscrire dans une formule écrite ses prétentions exactes⁷⁹. Par conséquent, le plaideur souhaitant écrire les formules nécessaires au succès de ses prétentions était tenu de se déplacer devant le préteur. De surcroît, et bien que les frontières entre le droit pénal et le droit civil étaient à l'époque bien moins étanches qu'aujourd'hui⁸⁰, des mécanismes juridiques existaient déjà pour s'assurer de la présence des plaideurs et décourager leur absence. Lorsque la procédure était dirigée par un magistrat, celui-ci devait citer le prévenu en lui fixant un jour pour comparaître. Pour assurer la comparution du prévenu, deux moyens étaient prévus qui consistaient pour l'un au placement du prévenu en détention préventive et pour l'autre à la fourniture de cautions « *qui s'engagent à présenter l'accusé au magistrat* »⁸¹. D'ailleurs, la présence n'était sans doute pas l'apanage du seul défendeur au procès. Ainsi, s'agissant de la procédure devant les *quaestiones*, ces jurys criminels introduits en 149 avant notre ère par le tribun de la plèbe L. Calpurnius Piso, l'accusation était portée par un citoyen, lequel ne pouvait pas abandonner

⁷⁸ M. VILLEY, *Le droit romain*, 10^e éd., PUF, 2002, Coll. Que sais-je ?, p. 12.

⁷⁹ M. VILLEY, *Le droit romain*, préc., p. 26.

⁸⁰ En ce sens, v. J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd., PUF, 2014, n° 11, p. 34.

⁸¹ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, préc., n° 13, p. 36.

l'accusation en cours de procès. La désertion, appelée *tergiversatio*, était en effet interdite et punie d'amende⁸².

16. La présence en droit médiéval – La chute de l'Empire romain et l'entrée dans l'ère médiévale n'a du reste rien changé à l'importance de la présence des plaideurs dans les prétoires. Au Haut Moyen-Age, au cours de la période franque⁸³, la procédure est telle que le demandeur doit adresser au défendeur une citation le sommant de comparaître dans les délais fixés par la loi. Au jour dit, les parties devaient comparaître en personne⁸⁴. Un auteur relève d'ailleurs que « *comme dans toutes les procédures anciennes, il n'y avait aucune possibilité de se faire représenter devant le tribunal* »⁸⁵. A défaut, le plaideur absent s'expose à une amende et une nouvelle convocation afin de le faire comparaître. D'après la loi salique, le procès pouvait être repoussé deux fois. Si le prévenu faisait à nouveau défaut, il était alors mis « *hors la loi* » et se voyait confisquer ses biens⁸⁶. Des règles similaires étaient applicables à l'époque féodale, lesquelles s'étendaient d'ailleurs aux témoins. Ainsi, la justice féodale admettait la preuve par témoins, lesquels pouvaient être « *faussés* » par l'accusé, cette contradiction aboutissant à un duel judiciaire entre le témoin et l'accusé⁸⁷. A partir du XIII^e siècle, les témoins ne sont plus soumis au duel judiciaire car ils sont « *irréprochables* »⁸⁸ et doivent prêter serment avant de déposer. Or, qu'il s'agisse de prêter serment ou de se soumettre au duel judiciaire, la présence du témoin est nécessaire pour le bon déroulement de la procédure.

17. Justification de la place de la présence au regard des institutions – En réalité, le fait que la présence soit le mode « naturel » d'organisation du procès jusqu'à la crise de la féodalité et la reconquête du territoire par le pouvoir royal n'est guère étonnant au regard du maillage social et institutionnel du territoire. Les pouvoirs de justice étant alors décentralisés, la justice s'exerce sur des territoires restreints, les justiciables jouissant donc d'une proximité matérielle avec leur tribunal, rendant naturelle leur présence au procès. Ainsi, la période mérovingienne voit le *centenarius* exercer sa juridiction sur sa circonscription, la centaine⁸⁹, dont le nom témoigne de l'étroitesse du territoire concerné. Même lorsqu'au VI^e siècle, le

⁸² J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, préc., n° 15, p. 40.

⁸³ Qui s'étend de la chute de l'Empire romain à l'avènement de Hugues Capet en 987, qui fait entrer le royaume de France dans le Moyen-Age « classique ».

⁸⁴ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, préc., n° 44, p. 97.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ V. A. RIGAUDIERE, *Histoire du droit et des institutions dans la France médiévale et moderne*, 4^e éd., Economica, 2010, Coll. Corpus Histoire du droit, p. 66 ; J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, préc., n° 44, p. 98.

⁸⁷ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, préc., n° 97.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ G. JUGNOT, *Histoire de la justice française de l'époque franque à nos jours*, Ellipses, 2011, Coll. Universités Droit, p. 9.

pouvoir de justice commence à se centraliser et est transféré entre les mains du comte, représentant du roi dans sa circonscription, ce dernier « *entreprend des tournées dans son pagus et tient des audiences dans chaque centaine* »⁹⁰. C'est dire que l'exercice de la justice est encore extrêmement proche des plaideurs, de telle sorte qu'il n'y a pas de véritable raison d'envisager un autre mode de comparution que la présence. Le constat est le même au cours du Moyen-Age classique. La justice seigneuriale est exercée sur les « *levants et les couchants* »⁹¹ du territoire de la seigneurie, ce qui témoigne là encore d'une proximité certaine entre les justiciables et leur juge.

18. « Nul ne plaide par procureur, hormis le roi » - Au cours de ces périodes historiques, l'adage « *nul ne plaide par procureur, hormis le roi* » trouve à s'appliquer dans son sens premier. Cet adage figurait déjà dans les *Institutes* de Justinien : il y est en effet inscrit qu'autrefois, il n'était pas permis d'agir au nom d'autrui⁹². Si les *Institutes* y présentaient déjà des exceptions⁹³, on retrouve la règle dans les Etablissements de Saint Louis de 1270, là encore assortie de dérogations tenant à la possibilité de solliciter une « *lettre de grâce à plaider par procureur* »⁹⁴. L'adage a néanmoins survécu jusqu'à l'Ordonnance de 1528, le plaideur étant jusque là tenu en principe de comparaître en personne⁹⁵. A cette date, la prohibition de la représentation a officiellement disparu de notre droit⁹⁶, le champ d'application de ce mode de comparution s'étant sans cesse élargi⁹⁷.

⁹⁰ G. JUGNOT, *Histoire de la justice française de l'époque franque à nos jours*, préc., p. 10.

⁹¹ G. JUGNOT, *Histoire de la justice française de l'époque franque à nos jours*, préc., p. 21.

⁹² *Institutes* de Justinien (4,10). « *Cum olim in usu fuisset, alterius nomine agere non posse* ».

⁹³ Les *Institutes* précisent en effet que les maladies, l'âge, un voyage nécessaire ou bien d'autres causes empêchent parfois de suivre ses propres affaires de telle sorte que l'usage s'était finalement développé de plaider par procureur : « *Nam et morbus et aetas et necessaria peregrinatio itemque aliae multae causae, saepe impedimento sunt quominus rem suam exequi possit* ».

⁹⁴ P. VIOLLET, *Les Etablissements de Saint Louis : accompagnés des textes primitifs et de textes dérivés, avec une introduction et des notes*, Renouard, 1881, Coll. Publications pour la Société de l'histoire de France, Livre II, Chap. II.

⁹⁵ H. ROLAND, L. BOYER, « Nul en France ne plaide par procureur, hormis le roi », in *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999, p. 551.

⁹⁶ L'adage survit toutefois dans sa signification moderne interdisant au représentant d'agir en justice sans mentionner le nom du représenté. Cette seule signification de l'adage survit, la Cour de cassation ayant récemment admis qu'une association puisse exercer une action en restitution devant le juge pénal en représentation de ses 50 000 adhérents à condition que leurs noms figurent dans les actes de procédure sans que cela ne vienne heurter la règle selon laquelle nul ne plaide par procureur : Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.147 : *AJ Pénal* 2015, p. 607, note C. GIRAUT ; *JCP G* 2015, 831, note J.-B. PERRIER. V. toutefois pour une contestation de cette règle en tant qu'elle impose que le nom des mandants figure aux actes de procédure, F. CABALLERO, « Plaidons par procureur : de l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD Civ.* 1985, p. 247 et s., spéc. n° 4 et s.

⁹⁷ V. not. *infra* n° 30, 145 et 251.

19. La présence depuis l'Ancien Régime – Toutefois, un siècle plus tard, à une époque où la procédure devenait de plus en plus écrite⁹⁸, le Code Louis, rassemblant les ordonnances royales de 1667 – ordonnance de Saint-Germain en Laye sur la réformation de la justice civile – et 1670 – ordonnance criminelle – fut adopté, avec pour ambition affichée de restaurer l'oralité. En effet, l'ordonnance civile est la consécration du projet Pussort – du nom du conseiller et oncle de Colbert, porteur du projet – lequel souhaitait restaurer « *l'audience et l'oralité des débats dans leur dignité première* »⁹⁹. Or, la fonction historique de l'oralité est sans nul doute de favoriser la proximité entre le justiciable et son juge¹⁰⁰, en permettant à celui-là d'être mis en présence de celui-ci. L'adoption des codes napoléoniens s'inscrit d'ailleurs dans le prolongement de ces ordonnances favorisant l'oralité et à travers elle la présence des différents acteurs et collaborateurs du procès, d'autant que l'on décrit parfois le Code de procédure civile napoléonien de 1806 comme « *une copie trop servile de l'Ordonnance de 1667* »¹⁰¹.

20. Tableau impressionniste des manifestations de la présence en droit positif – Aujourd'hui encore, la présence reste un mode naturel d'organisation des rapports processuels, comme en témoignent les nombreuses manifestations de la présence en droit positif. Une première observation du panorama de ces manifestations révèle en effet un tableau impressionniste tellement vaste qu'il interdit de prétendre à toute exhaustivité. Quelques exemples peuvent toutefois en être proposés, qui illustrent leur grande diversité.

21. Contentieux du droit des personnes et de la famille – Tout d'abord, l'importance de la présence des parties au procès pour régler des litiges qui relèvent de l'intimité des personnes a conduit le législateur à imposer leur présence dans la phase de conciliation obligatoire en matière de divorce¹⁰². La convocation adressée à l'époux qui n'est pas à l'origine de la requête en divorce doit en effet l'informer qu'il doit se présenter en

⁹⁸ F. REA-SABATIER, *L'oralité en matière prud'homale*, dir. C. ALBIGES, Thèse (dactyl.), Montpellier I, 2007, n° 88.

⁹⁹ S. SOLEIL, « Oralités et écritures en procès. Regards croisés entre histoire du droit et philosophie du langage », in *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI^e siècle*, actes du colloque organisé à Limoges le 7 mars 2008, PULIM, 2011, p. 25.

¹⁰⁰ V. par ex. R. PERROT, *Institutions judiciaires*, 15^e éd., Montchrestien, 2012, Coll. Domat Droit privé, n° 570 ; G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 3^e éd., PUF, 1996, n° 140 et 183 ;

¹⁰¹ E. GARSONNET, *Cours de procédure, organisation judiciaire, compétence et procédure en matière civile et commerciale*, Paris, 1883, Larose et Forcel, t. II, p. 80, cité par J.-L. HALPERIN, « Le code de procédure civile de 1806 : un code de praticiens ? », in *1806-1976-2006, De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France* (dir. L. CADIET, G. CANIVET), Litec, 2006, p. 23.

¹⁰² A l'exception du divorce par consentement mutuel, pour lequel un accord a déjà été trouvé par les époux. La procédure de divorce par consentement mutuel devrait d'ailleurs, sous peu, éclipser la phase judiciaire. Le projet de loi de modernisation de la Justice du XXI^eème prévoit en effet, en son article 17 ter modifié le 24 mai 2016 par l'Assemblée nationale, de permettre aux époux de consentir mutuellement à leur divorce par acte sous seing privé contresigné par avocat, déposé au rang des minutes d'un notaire.

personne lors de l'audience de conciliation¹⁰³. L'organisation de la présence des époux lors de cette phase de conciliation témoigne d'ailleurs du caractère reliant de la présence, puisqu'il s'agit, par la mise en présence des parties, de tenter de préserver autant que faire se peut le lien social qui les unit en tentant d'apaiser les conflits. Le droit organise par ailleurs la présence à de nombreuses reprises dans le cadre du contentieux familial et des personnes. Ainsi, le consentement à la procréation médicalement assistée doit être donné « *devant le président du tribunal de grande instance [...] ou son délégué, ou devant notaire* »¹⁰⁴, ce qui implique que les époux ou concubins qui recourent à une telle assistance médicale soient présents lors de la formulation de ce consentement. L'idée est ici, sans doute, de s'assurer de l'authenticité du consentement du couple. Encore, dans le contentieux de l'assistance éducative, les parents du mineur discernant doivent être présents lorsque celui-ci consulte le dossier le concernant¹⁰⁵.

La présence n'est toutefois pas réservée à la matière personnelle, et le droit positif l'organise également dans le cadre du contentieux patrimonial, et notamment lors de l'apposition des scellés sur des biens appartenant au *de cujus*, à titre de mesure conservatoire lors de l'ouverture de la succession. Ainsi, le demandeur qui saisit le président du tribunal de grande instance pour demander une mesure conservatoire après l'ouverture d'une succession est invité par l'huissier « *à assister à l'apposition des scellés ou s'il n'entend pas s'y rendre, à lui remettre les clés s'il les détient* »¹⁰⁶, le parallélisme des formes commandant d'ailleurs que le requérant à l'apposition des scellés soit également présent lors de la levée de ceux-ci, ainsi que les personnes devant être appelées à l'inventaire¹⁰⁷. Dans ces deux dernières hypothèses, la présence semble alors être organisée dans un but protecteur, soit en accompagnant le mineur, soit en contrôlant la régularité de l'opération d'apposition des scellés.

22. Contentieux des affaires – Ensuite, des exemples de situations au cours desquelles la présence des acteurs du procès est organisée peuvent également être tirés du contentieux des affaires. Ainsi, de façon générale, la procédure de droit commun suivie devant le Tribunal de commerce étant orale¹⁰⁸ et sans représentation obligatoire¹⁰⁹, les parties se défendant seules seront dans l'obligation de se présenter en personne devant la juridiction de jugement, sauf à demander une dispense de comparution en vertu de l'article 861-1 du Code de procédure civile. Néanmoins, cette dispense de comparution vaut pour une

¹⁰³ Art. 1108 C. proc. civ. Pour plus de développements sur cette question, et notamment sur les raisons justifiant cette présence, v. *infra* n° 172.

¹⁰⁴ Art. 1157-3 C. proc. civ.

¹⁰⁵ Art. 1187 C. proc. civ.

¹⁰⁶ Art. 1307 C. proc. civ.

¹⁰⁷ Art. 1317 C. proc. civ.

¹⁰⁸ Art. 860-1 C. proc. civ.

¹⁰⁹ Art. 853 C. proc. civ.

« *audience ultérieure* », ce dont on peut déduire *a contrario* que la présence à une audience initiale ne peut être écartée¹¹⁰. La présence est également organisée de façon plus spécifique dans le cadre des procédures collectives, puisque le droit positif organise l'audition – et ainsi exige la présence – du débiteur¹¹¹. L'absence d'une telle audition – ou plus précisément l'absence de convocation en vue d'une telle audition – ouvre d'ailleurs la voie à un recours-nullité pour excès de pouvoir¹¹². Par ailleurs, dans le cadre de ces procédures, la présence du ministère public est parfois exigée, sans qu'elle soit nécessairement en lien avec une intervention à l'audience de celui-ci. Ainsi, l'article L. 621-1 du Code de commerce dispose en son alinéa 4 que « *l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à l'égard d'un débiteur qui bénéficie ou a bénéficié d'un mandat ad hoc ou d'une procédure de conciliation dans les dix-huit mois qui précèdent doit être examinée en présence du ministère public [...]* ». Là encore, la présence semble être organisée dans un but de protection du débiteur comme de l'intérêt général.

23. Contentieux social – Le contentieux social est également le terreau de manifestations de la présence des acteurs du procès. Il en va ainsi du contentieux prud'homal, qui tire sa spécificité historique¹¹³ de l'obligation de comparution personnelle des parties, en particulier durant la phase de conciliation obligatoire devant le bureau de conciliation¹¹⁴. L'importance de la présence des acteurs du procès dans le contentieux social s'exprime d'ailleurs également par l'oralité de la procédure devant le Tribunal des affaires de la sécurité sociale¹¹⁵, combinée à l'absence de représentation obligatoire devant cette juridiction¹¹⁶.

24. Contentieux répressif – La présence des acteurs du procès est également largement organisée dans le contentieux répressif. La procédure pénale repose sur la comparution personnelle des différents acteurs et collaborateurs du procès en raison du caractère oral de cette procédure. La matière est en effet gouvernée par le principe de la comparution personnelle de la personne poursuivie à l'audience¹¹⁷, et ce afin de faciliter la manifestation de la vérité et d'évaluer au mieux la personnalité de l'auteur de l'infraction. Le caractère oral de la procédure implique toutefois également la présence des témoins, afin

¹¹⁰ V. en ce sens C. BLERY, « La dispense de présentation devant le tribunal de commerce.- De l'oral à l'écrit électronique », *JCP G* 2013, doctr. 1390, spéc. n° 4.

¹¹¹ Art. L. 621-1 C. com.

¹¹² Cass. com., 16 juin 2009 : *Bull. civ.* IV, n° 82 ; *D.* 2009, p. 2521, comm. A. LIENHARD.

¹¹³ Il faut en effet aujourd'hui relativiser cette spécificité tant il est vrai que l'obligation de comparution personnelle des parties en matière prud'homale souffre un net recul : sur cette question v. not. *infra* n° 388.

¹¹⁴ Art. R. 1453-1 C. trav. Sur l'obligation de comparution personnelle en matière prud'homale, v. *infra* n° 388.

¹¹⁵ Art. R. 142-20-1 C. sécu. soc. relatif au contentieux général de la sécurité sociale.

¹¹⁶ Art. L. 144-3 C. sécu. soc.

¹¹⁷ V. art. 410 C. proc. pén. devant le tribunal correctionnel ; art. 318 devant la Cour d'assises.

qu'ils déposent, en personne et après avoir prêté serment, à l'audience¹¹⁸. C'est également la présence des techniciens qui est organisée par le droit positif puisque l'article 168 du Code de procédure pénale, applicable aux experts, dispose que « *les experts exposent à l'audience, s'il y a lieu, le résultat des opérations techniques auxquelles ils ont procédé, après avoir prêté serment d'apporter leur concours à la justice en leur honneur et leur conscience* ». En outre, au stade de l'instruction, la présence des différents protagonistes est également organisée : c'est ainsi le cas des opérations de confrontations qui peuvent avoir lieu devant le juge d'instruction, qui impliquent la présence des parties comme des témoins¹¹⁹, afin de faire émerger la vérité.

25. Contentieux public – Le contentieux public, quant à lui, est moins riche de ces manifestations de la présence, en raison du caractère principalement écrit de la procédure administrative¹²⁰. Il n'en est toutefois pas totalement exempt. Ainsi, à titre d'exemple, le contentieux des étrangers, qui relève du contentieux public en raison de son rattachement aux questions de souveraineté nationale et à la nécessité de l'intervention d'une autorisation administrative pour entrer sur le territoire national¹²¹, accorde une grande importance à la présence de l'étranger dont la situation est en cause et organise sa présence aux différentes audiences qui interviennent au cours des procédures relevant de ce contentieux. Plusieurs exemples peuvent ici illustrer cet intérêt que porte le contentieux des étrangers à la présence de l'intéressé. Lorsque l'étranger arrive sur le territoire français, il peut, conformément à l'article L. 221-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, être maintenu en zone d'attente. Toutefois, le prolongement du maintien en zone d'attente ne peut être ordonné que par une décision du juge des libertés et de la détention prise après audition de l'intéressé¹²², audition qui s'inscrit dans l'exigence de présentation des justiciables privés de liberté à un magistrat posée notamment par l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Pour les mêmes raisons, la présence de l'intéressé est nécessaire lors de l'audience devant le juge des libertés et de la détention en matière de rétention administrative¹²³. La présence de l'étranger est également prévue dans le cadre d'un recours porté par lui contre l'obligation qui lui est faite de quitter le territoire français¹²⁴ ou encore dans le cadre de la procédure d'expulsion¹²⁵.

¹¹⁸ V. art. 437 C. proc. pén. devant le tribunal correctionnel ; art. 326 C. proc. pén. devant la Cour d'assises.

¹¹⁹ Art. 102 C. proc. pén.

¹²⁰ V. CE, 29 avril 1964, *Poncin*, *Rec.* p. 266 ; CE, 1^{er} décembre 1993, *Commune de Saint-Cyprien*, *Rec.* p. 333.

¹²¹ O. LECUCQ, « Etranger (II- Contentieux de l'entrée et du séjour) », *Rép. D. C. A.*, 2014, spéc. n° 1 et 2.

¹²² Art. L. 222-3 CESEDA.

¹²³ Art. L. 552-1 CESEDA.

¹²⁴ Art. L. 512-1 III al. 4 : « *L'audience est publique. Elle se déroule sans conclusions du rapporteur public, en présence de l'intéressé, sauf si celui-ci, dûment convoqué, ne se présente pas* ».

¹²⁵ Art. 522-1 CESEDA.

26. Organisation de la présence en dehors des juridictions étatiques – L'ensemble de ces manifestations concerne toutefois des procédures suivies devant des juridictions étatiques. Or, la présence est également organisée dans le cadre d'autres types de procédures.

27. Présence devant les juridictions internationales – Tout d'abord, la présence est parfois expressément prévue devant les juridictions internationales. Tel est par exemple le cas d'un certain nombre de procédures relatives au droit pénal international. Ainsi, la procédure devant la Cour pénale internationale, prévue par le statut de Rome signé le 17 juillet 1998¹²⁶ et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2002, confère de l'importance à la présence de l'accusé à son procès. L'article 61 du Statut de Rome prévoit que la personne mise en cause est présente à l'audience devant la Chambre préliminaire et son article 63, intitulé « *présence de l'accusé* » dispose en des termes explicites que « *l'accusé est présent à son procès* ». Des dispositions analogues existent par ailleurs dans le Statut du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie¹²⁷, qui prévoit en son article 21 § 4 que « *Toute personne contre laquelle une accusation est portée en vertu du présent statut a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes : [...] d) à être présente au procès* ». L'organisation de la présence n'est donc pas propre aux juridictions nationales étatiques.

28. Présence devant les juridictions arbitrales – Ce constat apparaît également à la lecture de certains règlements d'arbitrage, qui organisent la procédure suivie devant les juridictions arbitrales (donc non étatiques). A titre d'exemple, le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle prévoit que les parties peuvent demander la tenue d'une audience au cours de laquelle la possibilité leur est offerte de présenter à l'oral leurs arguments et faire comparaître des témoins¹²⁸. De même, au niveau interne, le règlement d'arbitrage du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris prévoit la possibilité pour le tribunal arbitral d'organiser des réunions et des audiences, d'entendre des témoins, ce qui suppose leur présence¹²⁹. Il est vrai que l'organisation de la procédure est laissée à l'appréciation du tribunal arbitral mais ces possibilités d'organiser des audiences et de recueillir oralement des témoignages attestent que la présence n'a donc pas totalement disparu et y conserve une place notable.

29. Présence dans le cadre de procédures non juridictionnelles – La présence n'est cependant pas réservée aux procédures juridictionnelles. Il est remarquable à ce titre que les

¹²⁶ Le statut de la Cour pénale internationale a été publié en France par le décret n° 2002-925 du 6 juin 2002.

¹²⁷ Adopté le 25 mai 1993 par la résolution n° 827 (1993) du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies.

¹²⁸ V. art. 55 et 56 du règlement d'arbitrage du centre d'arbitrage de l'OMPI accessible sur le site www.wipo.int/amc/fr/arbitration/rules/newrules.html (consulté le 20/05/2016).

¹²⁹ Règlement d'arbitrage du CMAP accessible sur le site www.cmap.fr/le-cmap/reglement-darbitrage-cmap/ (consulté le 20/05/2016).

procédures relevant des modes amiables de règlement des litiges (les MARL) organisent également la mise en présence des différents acteurs de ces procédures. C'est ainsi sur l'existence de réunions entre les parties que repose la plupart des processus de médiation ou de conciliation¹³⁰. Ainsi l'attestent là encore les différents règlements des centres de médiation qui organisent des réunions pour permettre des rencontres entre le médiateur et les différentes parties au litige. On notera par exemple que le règlement de médiation du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris¹³¹ prévoit en son article 7.3 que « *lorsqu'il existe une clause de médiation, le refus d'une partie d'assister à la première réunion organisée par le médiateur donne lieu à l'établissement d'un procès-verbal de carence remis par le médiateur au Centre* ». Il n'y a là rien d'étonnant puisque la mise en présence des personnes en conflit participe de l'essence même de ces processus de règlement amiable. Quelle que soit la dénomination du processus de règlement amiable du litige¹³², il repose toujours en effet sur une logique d'écoute de l'autre, par le médiateur ou par les parties elles-mêmes¹³³, facilitée par la rencontre des personnes et des points de vue. Il est vrai que certaines médiations peuvent être mises en œuvre par le biais d'entretiens séparés où le médiateur rencontre alternativement les différentes parties et, recourant à la « *diplomatie de la navette* »¹³⁴, cherche à rapprocher les positions des uns et des autres sans que ces derniers ne se rencontrent¹³⁵. Toutefois, cette pratique trouve ses limites lorsqu'il s'agit de conflit « *entre voisins, entre collègues, entre entreprises partenaires sur la durée* »¹³⁶. En effet, lorsqu'il ne s'agit pas simplement de régler un problème ponctuel, mais plus largement de restaurer le lien social entre des individus, la présence redevient essentielle et s'organise à travers des sessions conjointes. Comme l'expriment certains auteurs, « *là où il importe pour les parties de renouer des relations, ne serait-ce que partielles, il est difficile de concevoir la communication à travers un intermédiaire. Il faut réapprendre à se parler et à s'écouter, se réhabituer à vivre ensemble* »¹³⁷.

Les manifestations de la présence en droit processuel sont donc extrêmement diverses, qui témoignent de l'importance de ce mode d'organisation des rapports processuels. Pourtant, il semble aujourd'hui être remis en cause. L'organisation systématique de la présence des différents participants au procès ne va pas toujours sans difficulté, raison pour laquelle ce

¹³⁰ Pour de plus amples développements, v. *infra* n° 164 et s.

¹³¹ Consultable en ligne sur le site <http://www.cmap.fr/Reglements-et-baremes/Reglement-en-francais-33-fr.html> (consulté le 17/03/2015).

¹³² Sur ces distinctions terminologiques, v. *infra* n° 163.

¹³³ A. PEKAR LEMPEREUR, J. SALZER, A. COLSON, *Méthode de médiation – Au cœur de la conciliation*, Dunod, 2008, p. 4.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 114.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ *Ibid.*, p. 115.

¹³⁷ *Ibid.*

mode d'organisation du procès a été, au fil des siècles et des difficultés rencontrées, remis en cause.

B- La présence, mode d'organisation des rapports processuels remis en cause

30. Développement de la représentation en raison des difficultés géographiques –

Dès l'époque romaine, il est apparu que la présence des plaideurs était parfois impossible en raison de la distance qui les séparait du tribunal. Ainsi, les *Institutes de Justinien* prévoyaient déjà par exception qu'il soit possible de plaider par procureur, notamment lorsque les parties étaient occupées par un voyage nécessaire¹³⁸. C'est déjà dire qu'il pouvait apparaître nécessaire de pallier l'absence des parties due à un éloignement géographique par le mécanisme de la représentation. Telle est également la raison qui a présidé à l'admission de la représentation devant les juridictions royales au Moyen-Age. En effet, au XIII^{ème} siècle, lors de sa création par démembrement de la *curia regis*¹³⁹, le Parlement de Paris était la seule juridiction d'appel¹⁴⁰, de telle sorte qu'il est apparu nécessaire d'élargir le recours à la représentation en raison « *des grandes distances qui séparent les appelants de la Cour parisienne* »¹⁴¹. La représentation, jusque là interdite, a alors été admise progressivement. Dès le XIII^{ème} siècle, les plaideurs pouvaient obtenir des grâces spéciales pour se faire représenter en justice¹⁴² ; au XIV^{ème} siècle, cette autorisation était accordée à quiconque en faisait la demande à condition d'acquitter un droit¹⁴³, jusqu'à l'Ordonnance de 1528 qui admit que toute personne put plaider par procureur sans besoin de grâces spéciales. D'ailleurs, alors même que des Parlements de province ont été créés¹⁴⁴ pour désengorger le Parlement de Paris et rapprocher la justice des justiciables¹⁴⁵, la représentation n'en était pas moins nécessaire en raison des grandes distances qui pouvaient parfois séparer les justiciables de leur juridiction. A titre d'exemple, le ressort d'appel du Parlement de Paris couvrait le tiers de la superficie du

¹³⁸ « *Nam et morbus et aetas et necessaria peregrinatio itemque aliae multae causae, saepe impedimento sunt quominus rem suam exequi possit* » : *Institutes de Justinien* (4,10).

¹³⁹ Sur cette question, v. J.-P. ROYER, J.-P. JEAN, B. DURAND, *et alii*, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., PUF, 2010, Coll. Droit fondamental, n° 17.

¹⁴⁰ V. G. JUGNOT, *Histoire de la justice française de l'époque franque à nos jours*, préc., p. 31 ; B. AUZARY-SCHMALZ, S. DAUCHY, « L'assistance dans la résolution des conflits au civil devant le Parlement de Paris au Moyen-Age », *Recueil de la Société Jean Bodin pour l'Histoire comparée des institutions*, t. LXIV/3 : *L'assistance dans la résolution des conflits*, Bruxelles, 1997, p. 49.

¹⁴¹ B. AUZARY-SCHMALZ, S. DAUCHY, « L'assistance dans la résolution des conflits au civil devant le Parlement de Paris au Moyen-Age », art. préc.

¹⁴² G. JUGNOT, *Histoire de la justice française de l'époque franque à nos jours*, préc., p. 41.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Le premier d'entre eux fut le Parlement de Toulouse, installé en 1420 : v. G. JUGNOT, *Histoire de la justice française de l'époque franque à nos jours*, préc., p. 31.

¹⁴⁵ En ce sens, v. A. RIGAUDIERE, *Histoire du droit et des institutions dans la France médiévale et moderne*, préc., p. 379.

Royaume¹⁴⁶, sa compétence s'étendant de la Champagne à l'Auvergne et au Poitou¹⁴⁷. La distance entre les justiciables et leurs tribunaux a donc historiquement été l'une des raisons du développement de mécanismes concurrents de la présence dans l'organisation du système processuel.

31. Développement des nouvelles technologies en raison des difficultés géographiques – Il est à ce titre significatif de constater que ce sont les mêmes raisons qui président de nos jours au recours sans cesse croissant aux nouvelles technologies qui peuvent être utiles pour gommer les distances qui compliquent l'organisation de la présence des différents protagonistes du procès. Ainsi, l'introduction de la visioconférence en droit français avait pour but d'atténuer les effets de la distance entre la métropole où se situaient les juges et les plaideurs de Saint-Pierre et Miquelon¹⁴⁸. Un tel mode de comparution concurrent de la présence est donc apparu pour combler un vide laissé par la présence et non pour la remplacer dans son principe. Il est d'ailleurs assez révélateur que son développement en droit français soit corrélatif à l'engagement de la réforme de la carte judiciaire qui a eu pour conséquence la suppression de 341 juridictions, ce qui éloigne nécessairement certains justiciables de leur juge¹⁴⁹.

32. Nouvelles technologies dérogeant à la présence en droit comparé : exemple du Canada – Une telle justification du développement de la visioconférence n'est évidemment pas circonscrite au droit national. Certains Etats dont le territoire couvre de très grands espaces ont ainsi largement recours au mécanisme de la visioconférence comme alternative à la présence des protagonistes pour éviter des déplacements longs et coûteux. L'exemple du Canada est à ce titre éclairant au regard de sa superficie très étendue. Le Nouveau code de procédure civile du Québec, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016, renverse d'ailleurs le principe de la présence des témoins, puisqu'il prévoit, en son article 497 qu' « *une personne résidant dans une autre province ou un territoire du Canada peut être citée à comparaître comme témoin. Le témoin comparaît à distance, à moins qu'il ne soit établi, à la satisfaction du tribunal, que sa présence physique est nécessaire ou qu'elle peut être assurée sans inconvénient majeur pour ce témoin* ». Le principe devient donc le témoignage à distance et l'argument géographique transparaît nettement puisque cette disposition est relative à des témoins éloignés du siège du tribunal en province québécoise. Un auteur canadien explique ainsi que le bien-fondé des comparutions à distance repose en partie sur la géographie du

¹⁴⁶ G. JUGNOT, *Histoire de la justice française de l'époque franque à nos jours*, p. 31.

¹⁴⁷ J.-F. FARCY, *Histoire de la justice en France*, La Découverte, 2015, Coll. Repères, p. 9.

¹⁴⁸ Ordonnance n°98-728 du 20 août 1998 qui a introduit dans le Code de l'organisation judiciaire les articles L.513-4 II et suivants. Pour plus de développements sur l'expansion de la visioconférence en droit français, v. *infra* n°s 74 et 253.

¹⁴⁹ Sur cette réforme et ses conséquences, v. le *Rapport annuel de la Cour des comptes*, 2015, p. 35 et s.

Canada, sa population clairsemée, et la nécessité de limiter des déplacements parfois risqués en raison notamment des conditions météorologiques¹⁵⁰. Les tribunaux canadiens semblent largement suivre ce mouvement d'expansion de l'usage de la visioconférence : le dernier rapport annuel du service administratif des tribunaux judiciaires canadiens souligne ainsi « *l'usage plus fréquent de la visioconférence pour réduire le besoin de se déplacer* »¹⁵¹.

33. Nouvelles technologies dérogeant à la présence en droit comparé : exemple de l'Italie – Les considérations géographiques ont également été mises en avant pour justifier l'introduction de la visioconférence dans le procès pénal en Italie. Pour renforcer la lutte contre la criminalité mafieuse, le législateur italien a ainsi adopté en 1998¹⁵² une loi qui prévoyait que les détenus mafieux puissent être entendus par visioconférence, dans le but d'éviter l'organisation de leur présence physique à l'audience et le « tourisme judiciaire » que celle-ci impliquait¹⁵³. Avant cette loi, en raison de la nécessité de permettre au détenu d'assister en personne à son procès, les détenus mafieux, impliqués dans des procès en cours dans divers points du territoire italien, avaient de nombreuses occasions de communiquer avec l'extérieur grâce à ce tourisme judiciaire. Telle est la raison de l'introduction de la visioconférence en droit italien, laquelle a ensuite été utilisée dans les relations entre les juridictions siciliennes et les témoins situés aux Etats-Unis¹⁵⁴.

34. Nouvelles technologies dérogeant à la présence en droit de l'Union européenne – Ce sont encore les difficultés tenant à la distance géographique entre les différents participants au procès qui ont conduit l'Union européenne à promouvoir le développement des systèmes de visioconférence utilisables dans les rapports interétatiques. Le phénomène de mondialisation implique en effet la multiplication des litiges civils transfrontaliers ou de la criminalité transfrontalière, engendrant des difficultés dans le traitement judiciaire de ces affaires. Ainsi, l'impulsion de l'Union européenne en faveur du recours à la visioconférence pour pallier les difficultés résultant de la séparation géographique des différents acteurs de la procédure a été donnée dès la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne du 29 mai

¹⁵⁰ E. SCHELLHAMMER, « Les comparutions à distance, une possibilité technologique pour la modernisation des tribunaux », Livre blanc préparé à l'intention de l'Association des administrateurs judiciaires du Canada et du Centre canadien de technologie judiciaire, 2013, disponible sur le site http://wiki.tribunaux-modernes.ca/Publications_du_CCCT-CCTJ, [consulté le 21 mai 2016].

¹⁵¹ Service administratif des tribunaux judiciaires, *Rapport annuel 2014-2015*, p. 14 : disponible sur le site <http://www.cas-satj.gc.ca/fr/publications/ra.shtml>, [consulté le 8 mai 2016].

¹⁵² Loi n° 11 du 7 janvier 1998.

¹⁵³ F. HINNA-DANESI, « L'aménagement en vidéoconférence des audiences relatives à la grande criminalité par la loi du 7 janvier 1998 », *LPA* 26 fév. 1999, p. 5.

¹⁵⁴ *Ibid.*

2000¹⁵⁵. L'article 10 de cette convention prévoit la possibilité de recourir à la visioconférence pour l'audition de témoins ou d'experts lorsque ceux-ci se trouvent sur le territoire d'un Etat membre autre que celui qui souhaite les entendre. La présence physique de ces témoins et experts est donc directement concurrencée par la tenue de ces auditions par visioconférence et ce parce que l'organisation de la présence est ici source de difficultés en raison des distances. Cette justification du recours à la visioconférence ressort d'ailleurs directement du rapport final du groupe de travail du Conseil formé par un groupe d'experts sur la visioconférence rendu le 2 mars 2014¹⁵⁶, qui relève que le développement des nouvelles technologies et l'amélioration des systèmes de visioconférence ont créé de nouvelles possibilités destinées à entendre les témoins et les experts sans qu'ils ne soient contraints à effectuer un voyage dans l'Etat membre sur le territoire duquel la procédure est conduite¹⁵⁷. Le plan d'action européen relatif à la justice en ligne pour la période 2014-2018 relève à ce titre que « *le recours à la visioconférence, à la téléconférence ou à d'autres moyens de communication à longue distance appropriés pour les auditions devrait, s'il y a lieu, être étendu de manière à ce qu'il ne soit plus nécessaire de se déplacer pour comparaître devant un tribunal afin de prendre part à une procédure, en particulier dans les affaires transfrontières* »¹⁵⁸. Du reste, de nombreux instruments européens prévoient déjà la possibilité de recourir à la visioconférence. Ainsi, la directive européenne du 25 octobre 2012¹⁵⁹ prévoit en son article 17 la possibilité d'entendre des victimes par visioconférence lorsque celles-ci résident dans un autre Etat que celui sur le territoire duquel l'infraction a été commise. Le recours à la visioconférence ainsi qu'à la téléconférence est encore prévu dans le cadre de la décision d'enquête européenne mise en place par la directive du 3 avril 2014¹⁶⁰.

Cette alternative à la comparution corps présent n'est d'ailleurs pas limitée à la matière pénale. Elle est également prévue s'agissant des procédures civiles et commerciales par le règlement du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États

¹⁵⁵ Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne (Acte du Conseil du 29 mai 2000, JOCE C 197 du 12 juil. 2000, p. 1).

¹⁵⁶ Rapport final du groupe de travail du Conseil sur la législation en ligne – Groupe d'experts sur la visioconférence, mars 2014, spéc. p. 22.

¹⁵⁷ *Ibid.* : « *The development of new technologies and the progressive improvement of videoconference systems in the Judiciary has created new possibilities in order to ensure the hearing of witnesses, experts and accused persons without the need to compel them to travel to the Member State where the investigation or the trial is being conducted* ».

¹⁵⁸ Plan d'action pluriannuel européen pour la justice en ligne 2014-2018 (2014/C 182/02), point 25.

¹⁵⁹ Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil.

¹⁶⁰ Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, art. 24 et 25.

membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale¹⁶¹, qui dispose dans son article 10 que la juridiction requérante peut demander à la juridiction requise de recourir aux technologies de communication moderne pour procéder aux actes d'instruction demandés, et en particulier à la visioconférence. De même, la directive du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale¹⁶² précise en préambule que ses dispositions ne devraient pas empêcher le recours aux techniques modernes de communication dans le cadre des processus de médiation¹⁶³, ce qui renvoie notamment à la visioconférence ou à la conférence téléphonique. Le recours à ces modes de comparution alternatifs à la présence semble devoir sans cesse être élargi. Les recommandations du Conseil visant à promouvoir le recours à la visioconférence du 31 juillet 2015¹⁶⁴ reprend les termes du plan d'action pluriannuel pour la justice en ligne pour souligner que le recours aux moyens de télécommunication devrait être développé « *et contribuer ainsi, par une réduction des frais et des efforts, à l'accès effectif à la justice* »¹⁶⁵. Le recul de la présence dans le cadre des litiges transfrontaliers s'opère également à la faveur du développement des modes alternatifs de règlement des conflits en ligne (MARCEL). Ainsi, l'adoption du règlement relatif au règlement en ligne des litiges de consommation¹⁶⁶ et de la directive correspondante¹⁶⁷ le 21 mai 2013 ont abouti à la mise en service d'une plateforme européenne de règlement des litiges en ligne le 16 février 2016¹⁶⁸ destinée au règlement extrajudiciaire des petits litiges de consommation grâce à l'écrit électronique et non à la mise en présence¹⁶⁹.

35. Visioconférence et Conseil de l'Europe – Des dispositions permettant le recours à la visioconférence ont par ailleurs été adoptées dans le cadre du Conseil de l'Europe. Le protocole additionnel n° 2 à la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale¹⁷⁰ reprend en son article 9 les dispositions de l'article 10 de la Convention d'entraide

¹⁶¹ Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale.

¹⁶² Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

¹⁶³ Point 9.

¹⁶⁴ Recommandation (2015/C 250/01) du Conseil du 31 juillet 2015 : « promouvoir le recours à la visioconférence transfrontière dans le domaine de la justice et l'échange de bonnes pratiques en la matière dans les États membres et au niveau de l'Union européenne ».

¹⁶⁵ *Ibid.*, point 12.

¹⁶⁶ Règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement des litiges en ligne.

¹⁶⁷ Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement des litiges en ligne.

¹⁶⁸ Accessible sur le site : <https://webgate.ec.europa.eu/odr/main/index.cfm?event=main.home.show&lng=FR>.

¹⁶⁹ Pour plus de développements, v. *infra* n° 167.

¹⁷⁰ Deuxième protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959, adopté le 8 novembre 2001.

signée dans le cadre de l'Union européenne relatives à l'audition des témoins et experts par visioconférence. Ainsi, en raison de la dispersion géographique des différents protagonistes du procès, il est parfois extrêmement difficile d'organiser leur présence au cours de la procédure, de telle sorte que des mécanismes concurrents se développent.

36. Progression mesurée des alternatives à la présence – Toutefois, cette expansion interroge. Faut-il s'attendre à ce qu'à terme, la présence ne soit plus le mode naturel d'organisation du procès ? Si nul ne peut prédire l'avenir, quelques éléments de réponse peuvent être d'ores et déjà fournis à l'observation de la progression de ce mode alternatif de comparution qu'est la visioconférence. Le développement de la visioconférence dans le procès pénal semble en effet être mesuré en raison de la nécessité de préserver le « *principle of immediacy* »¹⁷¹ qui découle du droit au procès équitable prévu par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme et en particulier du droit de se défendre en personne et d'interroger les témoins¹⁷². Le rapport du groupe de travail du Conseil sur la visioconférence relève ainsi que la visioconférence porte nécessairement atteinte à ce « principe d'immédiateté »¹⁷³ dans la mesure où les autorités judiciaires n'ont alors pas la même proximité avec les suspects, les témoins et les experts que s'ils avaient été placés en leur présence, et par conséquent, ne sont pas capables d'apprécier aussi précisément leurs déclarations et explications, leurs mouvements et le langage du corps ainsi que les nuances de leur voix¹⁷⁴. Ce rapport révèle d'ailleurs que ce « principe d'immédiateté » étant la pierre angulaire de la procédure pénale dans certains Etats, il constitue le plus grand obstacle à l'utilisation de la visioconférence. Ainsi, la Haute Cour régionale de Vienne a rendu un arrêt interdisant clairement le recours à la visioconférence dans le procès pénal¹⁷⁵. De même, une décision rendue par la Cour d'appel allemande de Karlsruhe en 2005 a considéré que la perception des émotions était faussée par la visioconférence et ne permettait pas, par conséquent, de se faire une idée juste de la personnalité du prévenu¹⁷⁶. Dans certains Etats, ce principe existe d'ailleurs également en matière civile. La procédure civile espagnole est ainsi régie par un principe d'*inmediación*, prévu par l'article 137 de la *Ley de enjuiciamiento civil*

¹⁷¹ Rapport final du groupe de travail du Conseil sur la législation en ligne – Groupe d'experts sur la visioconférence, mars 2014, spéc. p. 28.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ Si l'on adopte une traduction littérale.

¹⁷⁴ Rapport final du groupe de travail du Conseil sur la législation en ligne – Groupe d'experts sur la visioconférence, mars 2014, p. 29 : « *It is generally acknowledged that the use of videoconference implies certain limitations of the principle of immediacy, as the judicial authority of the requesting Member State does not have the same proximity with the suspects, the witness and the experts as if they were in his presence, and therefore will not be able to appreciate so closely their statements and explanations, their movements and body language, and the nuance of their voices* ».

¹⁷⁵ Rapport final du groupe de travail du Conseil sur la législation en ligne – Groupe d'experts sur la visioconférence, mars 2014, p. 49.

¹⁷⁶ OLG Karlsruhe, 28 juil. 2005 : *NJW* 2005, 3013.

selon lequel l'ensemble des déclarations des parties comme des témoins, ainsi que tous les éléments de preuve, doivent être discutés en présence directe des magistrats amenés à statuer sur l'affaire, et ce à peine de nullité de plein droit de la procédure¹⁷⁷. Il est en outre intéressant de constater que, même dans les Etats qui font une large utilisation de la visioconférence, l'intérêt supérieur de la présence par rapport à la visioconférence n'est jamais totalement nié. A titre d'exemple, une décision rendue par la Cour suprême de la Colombie britannique en 2010 est assez significative¹⁷⁸. Il a été vu que le recours à la visioconférence au Canada est largement encouragé par les autorités en raison des grands espaces que couvre le territoire canadien. Les juridictions canadiennes acceptent donc largement le recours à cette technologie aux fins d'audition des témoins. Dans cette affaire, le demandeur sollicitait la comparution de onze témoins dont quatre experts par visioconférence, ce à quoi le défendeur s'opposait. La Cour suprême donne certes raison au demandeur, mais relève toutefois que le demandeur seul ne peut déterminer quels sont les témoins dont l'audition par visioconférence suffit et ceux dont la présence physique est exigée¹⁷⁹. Par cette précision, la Cour signifie donc en filigrane que même si l'usage de la visioconférence est autorisé, il n'apporte pas exactement les mêmes garanties que la comparution corps présent, et partant son utilisation doit être mesurée pour n'être réservée qu'aux seuls témoins non décisifs. Il ressort de tous ces éléments que si la présence est aujourd'hui concurrencée, son intérêt n'est jamais véritablement nié. Peut-être la question se posera-t-elle bientôt de savoir si la comparution par hologramme est totalement assimilable à la présence physique¹⁸⁰. Toujours est-il que l'intérêt porté à la présence dans l'organisation des rapports processuels ne semble jamais devoir totalement disparaître et parfois même renaître de ses cendres.

37. La présence dans la justice restaurative – L'intérêt pour la présence des acteurs du droit processuel refait d'ailleurs surface aujourd'hui notamment à travers le mouvement de faveur pour la justice restaurative, qui repose en grande partie sur la rencontre des différentes personnes concernées et donc sur leur présence physique dans les lieux où cette justice est à

¹⁷⁷ Art. 137 *Ley de enjuiciamiento civil* :

« 1. Los Jueces y los Magistrados miembros del tribunal que esté conociendo de un asunto presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a lo dispuesto en esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente.

2. Las vistas y las comparencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución se celebrarán siempre ante el Juez o los Magistrados integrantes del tribunal que conozca del asunto.

3. Lo dispuesto en los apartados anteriores será de aplicación a los Secretarios Judiciales respecto de aquellas actuaciones que hayan de realizarse únicamente ante ellos.

4. La infracción de lo dispuesto en los apartados anteriores determinará la nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones ».

¹⁷⁸ Cour suprême de Colombie Britannique, 5 nov. 2010, *Slaughter v. Shuys*, n° 2010 BCSC 1576 (CanLII).

¹⁷⁹ Cour suprême de Colombie Britannique, 5 nov. 2010, *Slaughter v. Shuys*, préc., spéc. § 10.

¹⁸⁰ V. X. LABBE, « L'hologramme, la téléprésence et l'être immatériel », *Gaz. Pal.* 19 sept. 2012, p. 16.

l'œuvre. Les débuts de la justice restaurative dans nos sociétés modernes sont généralement situés dans les années 1970-1980¹⁸¹. Reposant sur le fondement de la « *honte réintégrative* »¹⁸², les mesures de justice restaurative ont toutes en commun de proposer l'organisation de rencontres. Si ces rencontres sont susceptibles d'impliquer de nombreuses personnes – victimes, auteurs d'infraction, famille des victimes, voire communauté dans son ensemble –, la recherche de la restauration d'un lien social passe toujours par la mise en présence de ces différents acteurs. Un mouvement de faveur pour les mesures de justice restaurative se développe aujourd'hui et conduit à intégrer progressivement ces mesures à notre droit positif. La médiation pénale a ainsi été insérée en droit positif par loi du 4 janvier 1993¹⁸³ avant d'être modifiée par la loi Perben II du 9 mars 2004¹⁸⁴. Le cadre juridique de la justice restaurative en droit positif a été encore élargi par la loi du 15 août 2014¹⁸⁵ qui a créé un article 10-1 dans le Code de procédure pénale dont l'alinéa 1^{er} dispose qu' « *à l'occasion de toute procédure pénale et à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'exécution de la peine, la victime et l'auteur d'une infraction, sous réserve que les faits aient été reconnus, peuvent se voir proposer une mesure de justice restaurative* ». Si ce texte suscite de nombreuses interrogations¹⁸⁶, l'engouement pour ces mesures impliquant des rencontres entre les différents membres de la société témoigne de l'importance que peut avoir encore aujourd'hui la présence en vue de restaurer un lien social écorné. Du reste, si l'on situe les débuts de la justice restaurative dans les sociétés modernes aux années 1970, son existence est en réalité bien plus ancienne et semble commune à de très nombreuses civilisations. Dans son cours de sociologie juridique, le doyen Carbonnier décrivait à ses étudiants les procédures de règlement des conflits dans les sociétés esquimaux du début du siècle dernier, qui organisaient de grandes réunions festives où les litigants se livraient à un combat de chants en présence de l'ensemble de la communauté afin de résoudre le conflit, lequel se soldait soit par une réconciliation des deux adversaires, soit par l'exil volontaire du perdant submergé par la honte¹⁸⁷. Déjà, l'idée de réunir physiquement les adversaires en vue de restaurer un lien social apparaît nettement et témoigne du rôle central de la présence dans le règlement des conflits.

¹⁸¹ R. CARIO, « Justice restaurative », *Rép. D. dr. pén. et proc. pén.*, 2014, n° 6. Adde R. CARIO, *Justice restaurative. Principes et promesses*, 2^e éd., L'Harmattan, 2010, Coll. Traité de droit criminel.

¹⁸² J. BRAITHWAITE et J.-P. BRODEUR, « De l'humiliation à la honte positive », *Le Monde des débats*, juin 2000, p. 20-21.

¹⁸³ Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale. V. J. FAGET, *La médiation. Essai de politique pénale*, Erès, 1997, Coll. Trajets.

¹⁸⁴ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite loi Perben II.

¹⁸⁵ Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

¹⁸⁶ Sur cette question, v. en particulier G. RABUT-BONALDI, « La mesure de justice restaurative ou les mystères d'une voie procédurale parallèle », *D.* 2015, p. 97.

¹⁸⁷ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique- Partie spéciale : Le procès et le jugement*, Paris, Association corporative des étudiants en droit, cours sténotypé, 1961-1962, p. 216.

A l'heure actuelle, cette progression à la fois expansive et contrôlée des alternatives à la présence ramène sous les feux des projecteurs la question de l'importance de la présence en droit processuel, qui semble être en permanence à la recherche de son point d'équilibre.

§3 : La résolution du paradoxe de la présence en droit processuel

38. La présence à la recherche d'un point d'équilibre – A mesure que le droit processuel se construit et se complexifie, le lien de présence semble se déconstruire, et c'est précisément ce paradoxe que la présente étude veut tenter de surmonter. A l'heure actuelle, et sous l'influence croissante du droit européen, les possibilités d'organiser le procès en l'absence des parties se développent, que ce soit grâce au recours à la représentation, à la visioconférence, ou encore au développement des procédures écrites¹⁸⁸. Aussi a-t-il été proposé de découvrir un principe de « *présence/absence* »¹⁸⁹. C'est donc la place de la présence elle-même dans le droit processuel qu'il faut questionner.

En réalité, les autorités normatives semblent osciller entre un désintérêt pour la présence – parce qu'elle est présentée comme source de lourdeurs dans la procédure – et une consécration nouvelle du droit d'être présent à son procès¹⁹⁰ – parce que la présence est également perçue comme nécessaire à l'organisation d'un procès équitable. Ces hésitations quant à la place à accorder à la présence au sein du droit processuel se font parfois jour au sein d'un unique instrument normatif. Ainsi, la récente directive européenne du 9 mars 2016¹⁹¹, sous couvert de promouvoir le « *droit d'assister à son procès* », prévoit en réalité les exceptions à ce droit¹⁹². Il est donc nécessaire aujourd'hui de clarifier le rôle joué par la présence dans l'organisation des rapports processuels.

39. Idéalisme et réalisme dans la résolution du paradoxe – Lorsque l'on cherche à résoudre la question de la place de la présence en droit processuel, plusieurs démarches pourraient *a priori* être adoptées. La première, idéaliste, consisterait à réfléchir abstraitement, idéalement, à ce qui doit être, c'est-à-dire à la place que doit occuper la présence dans l'organisation des rapports processuels, et à partir de cette réponse, à construire un système intégrant cette place idéale de la présence. Cette démarche doit toutefois être exclue parce

¹⁸⁸ Toutes ces questions seront traitées ultérieurement.

¹⁸⁹ E. JEULAND, *Droit processuel général*, préc., n° 491 : « *La notion de rapport processuel implique un équilibre entre le rôle des parties et du juge. Elle implique le respect d'un principe de présence/absence, c'est-à-dire la nécessité d'une articulation entre des phases présentielles et des phases à distances* ».

¹⁹⁰ V. en particulier la directive (UE) 2016/343 du 9 mars 2016 du Parlement européen et du Conseil portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales.

¹⁹¹ Directive (UE) 2016/343 du 9 mars 2016 du Parlement européen et du Conseil portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales.

¹⁹² Art. 8.2 de la directive.

qu'elle est trop utopiste et déconnectée de la réalité juridique. Puisqu'il n'est ni possible, ni même souhaitable, d'envisager un bouleversement total du système actuel, cette démarche doit être rejetée car son manque de pragmatisme rendrait l'étude vaine. La deuxième démarche, réaliste à l'inverse, consisterait à se satisfaire de l'observation de ce qui est pour décrire, d'un point de vue strictement objectif, quelle est aujourd'hui la place exacte de la présence en droit positif. Toutefois, une telle démarche, bien trop descriptive, ne permettrait pas de résoudre de façon pertinente le paradoxe de la présence en droit processuel. En effet, un excès de description conduirait simplement à confirmer le paradoxe, sans le résoudre véritablement, faute de proposer des solutions susceptibles de clarifier le rôle que doit jouer la présence dans l'organisation des rapports processuels. C'est donc une troisième voie qu'il faut emprunter, qui mêle les deux approches et qui est ainsi empreinte à la fois d'idéalisme et de réalisme. Cette double démarche est d'ailleurs particulièrement adaptée à une étude de droit processuel. De façon générale, le droit étant une science technique, il importe précisément de ne pas isoler la réflexion des dispositions techniques qui le composent. Mais le droit ne doit pas se résumer à une simple technique, il est également et peut-être avant tout la « *traduction d'un ordre moral* »¹⁹³, un instrument technique mis au service de valeurs. Le juriste doit donc toujours garder à l'esprit cette double nature du droit, que le droit processuel illustre parfaitement. Reposant sur l'étude des règles techniques pour en déduire l'essence commune des procédures¹⁹⁴, le droit processuel est tout entier irrigué par cette dualité, laquelle transparaît d'ailleurs de la complémentarité des deux courants du droit processuel, le premier orienté vers la comparaison des différentes règles de procédure, et le second tourné vers le développement des droits fondamentaux processuels¹⁹⁵.

40. La présence, matière d'un principe directeur du procès – Il apparaît alors que la présence pourrait être le substrat légitime d'un principe directeur du procès, non absolu – et en cela conforme à « *l'absence d'esprit de système* »¹⁹⁶ des principes directeurs du procès –, qui gagnerait à être renforcé. Il est en effet nécessaire de refuser la disparition de la présence du système processuel parce que son organisation est légitime au regard des enjeux actuels du droit processuel, sans toutefois faire preuve de dogmatisme, en intégrant les données techniques liées à l'évolution de la société en général et du droit processuel en particulier. L'appréhension de la présence en tant que matière d'un principe directeur autonome permet ainsi d'éclairer la place de ce mode d'organisation des rapports processuels. Elle met en lumière le fait que l'organisation de la présence *est et doit rester* une ligne directrice de la

¹⁹³ P. ROUBIER, « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 9 et s., spéc. p. 23.

¹⁹⁴ V. *supra* n° 10.

¹⁹⁵ V. *supra* n° 9.

¹⁹⁶ G. CORNU, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 83 à 100, spéc. p. 90

mise en œuvre des rapports processuels, de laquelle il est possible de s'écarter ponctuellement, afin que la justice puisse remplir idéalement sa fonction de restauration du lien social.

41. Légitimité et normativité de la présence en droit processuel – C'est en effet en confrontant la *légitimité* de la présence en tant qu'élément du droit processuel à sa *normativité* que se révèle sa place au sein de la matière parmi les principes directeurs du procès. Dans cette perspective, il ne faut pas concevoir l'étude de la légitimité de la présence comme relevant seulement de l'approche idéaliste et celle de sa normativité comme reflet de l'approche réaliste. Les deux démarches ne devant pas être hermétiques l'une à l'autre, mais au contraire se compléter, se nourrir l'une de l'autre, il faut admettre que la légitimité de la présence se révélera parfois à la lueur de son appréhension par le droit positif et que sa normativité sera appréciée à l'aune du bien-fondé de son organisation. Il ne s'agit donc pas d'adopter successivement une démarche idéaliste puis une démarche réaliste. Cette précision faite, il apparaît cependant qu'au regard des interrogations précédemment posées et, dans la perspective de l'affirmation de la présence en tant que substrat d'un principe directeur du procès, l'étude de sa légitimité doit nécessairement précéder celle de sa normativité. Il n'est en effet pas possible de partir à la recherche d'un principe de présence sans s'être au préalable interrogé sur la légitimité même de ce mode d'organisation dans les procès du 21^e siècle (**Partie 1**). Ce n'est qu'une fois cette appréciation de la légitimité de la présence en droit processuel achevée que l'on pourra s'attacher à découvrir de quelle façon ce mode d'organisation du procès est intégré au droit positif processuel, ce qui revient à s'interroger sur sa *normativité* (**Partie 2**).

Première partie : La légitimité de la présence en droit processuel

Seconde partie : La normativité de la présence en droit processuel.

PREMIERE PARTIE :

LA LEGITIMITE DE LA PRESENCE

EN DROIT PROCESSUEL

42. Notion de légitimité – Si les mots de légitimité et de légalité proviennent tous deux du latin « *lex* » qui désigne « la loi », « le terme “légitimité” a par ailleurs une extension bien plus grande que “légalité”. Est légitime, en général, ce qui est conforme, non seulement aux lois, mais aussi à la morale, à la raison »¹⁹⁷. C’est précisément en ce sens, plus étendu que la seule légalité, que la légitimité de la présence en droit processuel doit être éprouvée. L’étude de la légitimité de la présence implique en effet de s’intéresser au *devoir-être*, et doit conduire à déterminer si la présence *doit être* au cœur du droit processuel.

43. Notion de présence en droit processuel – Sur un plan théorique d’abord, la légitimité de l’ancrage de la présence au cœur du droit processuel doit être démontrée au regard de l’utilité de la notion même de présence pour la matière. Cette étude de la notion juridique de présence est en effet particulièrement nécessaire dans la mesure où ce terme renvoie à première vue à une notion extrajuridique¹⁹⁸ et il importe donc de lui restituer un contenu juridique en dessinant ses contours. En effet, ce n’est qu’à condition que soit démontrée la possibilité d’ériger la présence en véritable notion juridique que sa légitimité en tant qu’élément du droit processuel pourra être affirmée.

44. Enjeux de la présence en droit processuel – Ce n’est qu’une fois ceci fait qu’il sera possible, ensuite et sur un plan davantage pratique, de déterminer ce que la présence peut apporter à la matière, toujours dans l’optique de déterminer si elle *doit être* au cœur du système processuel. La science juridique est une matière vivante, un « *système dynamique* »¹⁹⁹, qui résulte d’un ensemble de catégories ordonnées, superposées, qui ont vocation à s’influencer les unes les autres. Il s’agit en outre d’un « *système ouvert* »²⁰⁰, qui est « *fonction de son environnement* »²⁰¹. La légitimité de la présence en droit processuel doit donc être également appréhendée au regard de son environnement et des modifications qu’elle est susceptible d’y apporter. L’étude de la légitimité de la présence en droit processuel ne saurait par conséquent se passer de l’étude des enjeux qui entourent ce mode de participation

¹⁹⁷ P. DURAN, « Légitimité », in *Notions philosophiques, Tome 1, Philosophie occidentale* (dir. S. AUROUX, J. DESCHAMPS, F. DUCHESNEAU), PUF, 2002, Coll. Encyclopédie Universelle de philosophie, p. 1459.

¹⁹⁸ V. *supra* n° 2.

¹⁹⁹ J.-L. BERGEL, « Différence de nature = différence de régime », *RTD Civ.* 1984, p. 255 et s., spéc. n° 2.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ *Ibid.*

au procès, entendus comme les avantages et inconvénients de celle-ci, tant sur le plan juridique que sur le plan économique.

45. Annonce – Pour ces raisons, l'étude de la notion de présence (Titre 1) précèdera celle de ses enjeux (Titre 2).

Titre 1 : La notion de présence en droit processuel

Titre 2 : Les enjeux de la présence en droit processuel.

TITRE 1 :

LA NOTION DE PRESENCE EN DROIT PROCESSUEL

46. Processus d'identification d'une notion – La détermination d'une notion passe par un processus d'identification de celle-ci, entendu comme le processus par lequel on cerne une entité, et qui consiste ainsi à donner une identité à l'objet d'étude. Dans son sens commun, la notion d'identité, principalement définie à l'égard des personnes, s'entend du « *fait pour une personne d'être tel individu et de pouvoir être reconnu pour tel sans nulle confusion grâce aux éléments qui l'individualisent* »²⁰². Ainsi, le processus d'identification est celui qui permet, grâce aux caractéristiques propres qui individualisent une personne, de la reconnaître sans la confondre avec d'autres personnes. Ce sens commun est réinvesti par le langage juridique qui n'en donne pas une définition différente. Ainsi, le *Vocabulaire juridique* définit l'identité pour une personne physique comme « *ce qui fait qu'une personne est elle-même et non une autre [et par extension], ce qui permet de la reconnaître et de la distinguer des autres* »²⁰³. Il y a donc deux éléments qui composent l'identité d'une personne : ses caractéristiques, c'est-à-dire ce qui fait qu'elle est *ce qu'elle est*, et le fait que ces caractéristiques lui soient propres, c'est-à-dire ce qui fait qu'elle n'est pas *ce qu'elle n'est pas*, en d'autres termes, ce qui la distingue des autres.

47. Processus d'identification de la notion de présence – Transposant ces éléments de définition, il est alors possible d'affirmer que l'identification d'une notion juridique conduit à déterminer ce qui fait que cette notion est elle-même et non une autre. Il faut donc rechercher les caractéristiques propres de la notion étudiée avant de l'envisager dans ses rapports avec les notions voisines, pour voir ce qui la distingue de celles-ci. Dans la mesure où la notion de présence n'est que peu étudiée en droit processuel, il est nécessaire de lui appliquer ce processus pour mieux l'identifier. Il faut donc déterminer ce qui fait qu'une situation relève de la notion de présence, à partir des caractéristiques de cette notion, avant d'envisager ce qui fait que la présence ne relève pas d'une autre notion. En d'autres termes, le processus d'identification de la présence implique de déterminer ce que la présence *est* et ce qu'elle *n'est pas*. Or, positivement la présence *est* un lien processuel (Chapitre 1) et négativement elle doit être distinguée d'autres notions de droit processuel qui lui sont voisines, ce qui fait d'elle une notion autonome (Chapitre 2).

²⁰² A. REY, J. REY-DEBOVE, P. ROBERT (dir.), « Identité », sens 3, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française : le Petit Robert*, Le Robert, 2014, p. 1272.

²⁰³ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Identité » sens 1, *Vocabulaire juridique* (dir. G. CORNU), 11^e édition, PUF, 2016, Coll. Quadrige, p. 517.

Chapitre 1 : La présence, un lien processuel

Chapitre 2 : La présence, une notion autonome

Chapitre 1 : La présence, un lien processuel

48. Questionnements découlant de la notion générique de présence – La notion de présence n'est pour l'heure pas de celles qui sont définies par le droit positif. Pourtant, des études doctrinales de plus en plus nombreuses, au premier rang desquelles celles qui traitent de l'introduction des nouvelles technologies dans le procès²⁰⁴, font référence à l'importance de la présence en droit processuel. Il paraît donc essentiel de définir cette notion.

Faute de définition juridique préexistante, il faut alors se tourner vers le sens commun du mot « présence ». Les dictionnaires définissent la présence comme « *le fait d'être dans le lieu dont on parle* »²⁰⁵. De prime abord, la définition semble assez simple et ne pas nécessiter de plus amples explications. Cependant, cette définition ne saurait être suffisante pour s'appliquer telle quelle à la science juridique dans la mesure où il s'agit d'une définition générique dont certains des éléments de définition doivent être précisés au regard de la matière juridique. D'abord, la définition générique fait référence au « lieu dont on parle », ce qui pose immédiatement la question : « de quel lieu parle-t-on ? ». Il s'agit là d'identifier le référentiel autour duquel la notion de présence se construit. Une seconde question se pose également, qui est relative au sens des mots « être dans ». Cette interrogation est relative à l'existence d'un lien, au sens d'une relation, entre le « lieu » préalablement identifié et la personne qui est présente, puisque ces deux éléments sont réunis par la notion de présence. La réponse la plus évidente sur la nature de ce lien serait une réponse réaliste, consistant à dire que l'on est présent dans le lieu dont on parle, dès lors que l'on s'y trouve *physiquement et personnellement*. Pourtant, ayant à l'esprit que le droit se satisfait parfois de fictions juridiques²⁰⁶, cette interprétation réaliste mérite d'être confirmée par une étude plus approfondie de la nature du lien de présence.

49. La présence, mode de participation à la procédure – Appliqué à la matière processuelle, ce lien que représente la présence semble indiquer que celle-ci pourrait se définir comme un mode de participation au procès, voire plus largement à la procédure. En effet, de ce lien découle une implication des acteurs du procès dans la procédure. Or, la substance de ce lien doit être précisée à deux égards. D'abord, il convient d'identifier l'objet

²⁰⁴ V. notamment L. CADIET, « Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies.- Rapport de synthèse », *Procédures* n° 4, 2010, Dossier 8, spéc. n° 25 ; S. AMRANI-MEKKI, « L'impact des nouvelles technologies sur l'oral et l'écrit en procédure civile », in *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI^e siècle ?*, actes du colloque organisé à Limoges le 7 mars 2008, PULIM, 2011, p.179 et s. ; E. JEULAND, « Arbitrage en ligne et procès virtuel : pour le principe de présence », *Revue Droit et procédures*, 2007, n° 5, p. 262. V. également, S. SONTAG-KOENIG, *Technologies de l'information et de la communication et défense pénale*, dir. J.-P. JEAN, Thèse (dactyl.) Université de Poitiers, 2013, n° 728 et s.

²⁰⁵ V. par exemple J. REY-DEBOVE (dir.), A. REY (dir.), « Présence », sens A.1, *Le Petit Robert*, Dictionnaires Le Robert, 2000, p. 1984.

²⁰⁶ Pour une étude des fictions juridiques, v. G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1996, Coll. Bibliothèque de droit privé.

de cette participation, c'est-à-dire le référentiel du lien de présence (Section 1). Ensuite, il est nécessaire d'identifier les modalités de cette participation, c'est-à-dire la nature du lien de présence (Section 2).

Section 1 : Le référentiel du lien de présence

50. Référentiel du lien de présence – D'après la terminologie commune, la présence permet la création d'un lien entre une personne et un « lieu ». Il s'agit donc en premier lieu de se poser la question « à quoi ou auprès de qui la personne est-elle présente ? ». En d'autres termes, il s'agit d'identifier une entité servant de référence à la notion de présence, qui permettra d'ailleurs de délimiter le champ de la présence en droit processuel. Afin de tenter d'isoler ce référentiel, le premier réflexe est donc d'observer, de recenser – même de façon non exhaustive – les manifestations de la présence pour essayer d'en dégager des traits communs. Or cette première démarche laisse entrevoir la grande diversité des situations dans lesquelles la présence des protagonistes du procès est organisée²⁰⁷. Pour autant, ce constat doit être dépassé et il importe alors de s'atteler à rechercher ce qui fait la singularité de ce référentiel, afin d'en proposer une qualification.

51. Insuffisance d'un référentiel géographique – Le recours à la sémantique pourra alors peut-être être utile. Si l'on s'en tient *a priori* à la définition générique de la présence, l'objet référentiel est « le lieu dont on parle ». Il s'agirait donc d'un référentiel purement géographique. Néanmoins, il n'est pas possible de se satisfaire d'une indication géographique pour viser le référentiel de la présence, puisqu'un lieu seul, pris indépendamment de ce qui s'y trouve ou de ce qui s'y déroule à un instant *t*, n'a que peu d'intérêt pour le droit. Par exemple, ce qui intéresse le droit processuel n'est pas d'organiser la comparution des parties dans un lieu purement objectif, qui serait la salle d'audience, mais de prévoir cette comparution « à l'audience »²⁰⁸. Autrement dit, c'est l'évènement, l'activité qui se déroule dans un lieu donné qui doit être le référentiel de la notion de présence.

Néanmoins cet évènement est le fruit d'une activité humaine, réalisée par un ou plusieurs acteurs du procès. Pour déterminer précisément le référentiel pertinent, il faudra donc choisir entre un référentiel personnel (la présence organisée est-elle une présence d'une personne A dans le même lieu qu'une personne B ?) et un référentiel matériel (le référentiel pris en compte étant alors l'activité, l'opération procédurale en tant que telle). En d'autres termes, il faudra déterminer la nature du référentiel (§1). Après avoir justifié le choix d'un référentiel matériel, il conviendra de qualifier plus précisément ce dernier (§2).

²⁰⁷ V. *supra* n° 20.

²⁰⁸ V. par exemple art. 410 C. proc. pén.

§1 : La nature du référentiel

52. Hésitations quant à la nature du référentiel – Partant du droit positif et des dispositions particulières qui organisent la présence en droit processuel, il semble au premier abord qu'une double analyse soit permise, qui consisterait à interpréter la présence en droit processuel soit comme une « *situation de coprésence* »²⁰⁹ entre deux personnes, ce qui reviendrait à mettre en lumière la nature personnelle du référentiel de la présence, soit à l'inverse comme une exigence de présence d'une personne lors de la réalisation d'un événement procédural, ce qui reviendrait à préférer un référentiel matériel. C'est la raison pour laquelle des hésitations sont permises sur la nature de l'élément de référence de la présence. Pourtant, l'analyse permet de révéler que l'adoption d'un référentiel uniquement personnel serait insuffisante (A), alors que celle d'un référentiel matériel emporte l'adhésion (B).

A- L'insuffisance du référentiel personnel

53. Définition du référentiel personnel – Historiquement, l'intérêt de recourir à la présence renvoie à la nécessaire mise en présence du juge et des parties, donc d'une exigence de « coprésence » entre le juge et les parties. Ainsi, les rares occurrences doctrinales de la notion de présence en droit processuel ont lieu par le prisme d'un « principe de présence » qui fait référence à une exigence de contact direct entre les parties et les juges. Par exemple, un auteur appelle « principe de présence » « *la nécessité que le justiciable et le juge puissent être mis en présence l'un de l'autre à un moment ou à un autre de la procédure* »²¹⁰. Un autre assimile le principe de présence à « *l'exigence d'une présence corporelle et d'un moment de rencontre physique* »²¹¹ entre le juge et les justiciables, et un autre encore parle de « *contact humain* »²¹² ou bien encore de « *contact direct entre le juge et le justiciable* »²¹³. Ces références au contact humain, ou au contact entre plusieurs personnes amènent à penser que chacune de ces personnes doit être mise en présence *de l'autre*, et donc que la notion de présence s'analyse par rapport à un référentiel *personnel*. L'adoption d'un tel référentiel personnel implique de situer l'intérêt de la notion de présence dans la mise en relation de deux

²⁰⁹ Expression employée par L. DUMOULIN et C. LICOPPE, « De l'exception à la règle : la visioconférence dans les débats judiciaires en France », in *Technique et droits humains: justice, personne humaine, propriété intellectuelle, environnement : actes du colloque organisé du 20 au 23 avril 2010*, Montchrestien : Lextenso éd., 2011, p. 20.

²¹⁰ L. CADIET, « Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies.- Rapport de synthèse », art. préc., n° 25.

²¹¹ E. JEULAND, « Arbitrage en ligne et procès virtuel : pour le principe de présence », art. préc., n° 33.

²¹² S. AMRANI-MEKKI, « L'impact des nouvelles technologies sur l'oral et l'écrit en procédure civile », in *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXIe siècle ?*, préc., p.181.

²¹³ S. AMRANI-MEKKI, « L'impact des nouvelles technologies sur l'oral et l'écrit en procédure civile », art. préc., p.180.

personnes, pour aboutir à une situation de coprésence définie comme la réunion physique de plusieurs personnes dans un lieu déterminé. Au premier abord, ce référentiel personnel semble pouvoir s'appliquer à toutes les situations dans lesquelles le droit organise la présence puisque, la justice étant une activité humaine, le procès est nécessairement l'œuvre de ses différents acteurs, qu'on mettra donc en présence les uns des autres. Il deviendrait alors possible d'identifier dans chaque cas un référentiel personnel particulier. Par exemple, l'exigence de la présence des parties à l'audience s'analyserait en une exigence de coprésence entre le juge et les parties. Cette analyse semble d'ailleurs avoir été adoptée par la doctrine espagnole. Les procédures ibériques connaissent déjà un « principe d'*inmediación* », traduisible en français par « principe de présence ». Lors du congrès de l'Association internationale de procédure sur les nouvelles technologies dans les procès civils tenu en 2007, le rapporteur espagnol remarquait qu' « une procédure entièrement virtuelle est incompatible avec cette exigence de contact direct du juge avec les parties »²¹⁴. Le « contact direct » qui qualifie le lien de présence²¹⁵, semble bien organisé entre deux personnes : le juge d'un côté et les parties de l'autre. C'est ainsi ce contact direct entre le juge et les parties qui est recherché dans les hypothèses de présentation obligatoire devant un magistrat d'un individu privé de liberté, comme ce peut être le cas dans le contentieux pénal lorsqu'il s'agit de présenter au magistrat la personne placée en garde à vue pour décider d'une prolongation de cette mesure²¹⁶, ou encore dans le contentieux des étrangers, lorsque la personne maintenue en zone d'attente²¹⁷ ou placée en rétention administrative²¹⁸ doit être présentée à un magistrat.

L'intérêt d'organiser une « coprésence » apparaît également dans toutes les situations mettant en œuvre une confrontation entre plusieurs justiciables. C'est notamment le cas des confrontations entre les parties et les témoins prévues en matière pénale²¹⁹ ou de celles qui sont organisées dans un but d'apaisement des parties lors des processus de conciliation ou de médiation. Il s'agit bien dans ces circonstances de créer une situation de « coprésence » entre ces justiciables laquelle est supposée favorable à la recherche d'une solution juste²²⁰.

De la même façon, les dispositions qui organisent les expertises pourraient être analysées par le prisme de la coprésence et du référentiel personnel. Dans le cadre du procès civil, la « coprésence » des parties et de l'expert est en effet organisée lors de la réalisation de

²¹⁴ Rapport espagnol réalisé par F. GASCON INCHAUSTI, dans le cadre du 13^{ème} Congrès de l'Association Internationale de Procédure, tenu au Brésil du 16 au 20 septembre 2007.

²¹⁵ Sur la nature de la relation de présence, v. *infra* n° 67 et s.

²¹⁶ Art. 706-88 C. proc. pén.

²¹⁷ Art. L. 222-3 CESEDA.

²¹⁸ Art. L. 552-2 CESEDA.

²¹⁹ Art. 102 C. proc. pén.

²²⁰ V. *infra* n° 162 et s.

l'expertise²²¹, tandis que la « coprésence » du juge et de l'expert est mise en œuvre en matière pénale lors de l'audience et de l'exposé du résultat de ces actes²²².

54. Insuffisances du choix d'un référentiel personnel – Si cette analyse semble possible, le choix d'un référentiel personnel apparaît pourtant comme étant insuffisant. Il faut en effet remarquer que les réflexions sur la nature personnelle du référentiel impliquent systématiquement une personne qui ne peut être regardée indépendamment de sa qualité procédurale, définie par le rôle qu'elle occupe au sein de la procédure. Il ne s'agit pas de mettre en présence X et Y, mais de mettre en présence X, *partie au procès*, et Y *juge*. C'est parce que X a la qualité de partie au procès et Y la mission de juger, ou le cas échéant la mission d'instruire une affaire, que ces deux acteurs du procès doivent être mis en présence l'un de l'autre. Or, cette qualité procédurale de la personne découle directement de sa place, de son rôle au sein du procès. Par exemple, la qualité de partie²²³ de X découle de son engagement dans le lien d'instance²²⁴. De façon encore plus flagrante, la qualité de juge d'Y est ici prise en compte parce qu'il a la mission de juger, de prendre une décision ou d'instruire telle affaire. C'est donc l'activité procédurale de la personne qui lui confère cette qualité particulière. A l'instar du juge, c'est encore l'activité procédurale exercée par le témoin ou l'expert qui leur confère leur qualité processuelle : le témoin n'a d'intérêt au regard du droit processuel que parce qu'il *témoigne*, et l'expert intéresse le droit processuel au travers de sa mission d'*expertise*. Il est donc logique de considérer que le droit ne s'arrête pas à la personne ou au référentiel personnel ; il s'intéresse en réalité à la présence d'un individu lors d'une activité procédurale particulière. S'il n'est pas question de nier que derrière chaque opération procédurale, il y a des acteurs du procès, le référentiel personnel n'est donc pas à lui seul déterminant pour préciser l'élément de référence de la présence, puisque seule l'activité processuelle accomplie ou subie par les personnes placées dans une situation de coprésence permet de déterminer précisément le référentiel de la notion de présence. Ce constat oriente donc la réflexion vers un référentiel de nature matérielle.

²²¹ Art. 160 C. proc. civ.

²²² Art. 168. C. proc. pén.

²²³ Pour des précisions sur la notion de partie, v. *infra* n° 364.

²²⁴ En réalité, et contrairement aux autres acteurs du procès, le rôle des parties est plus une conséquence de cette qualité de partie qu'un des critères d'acquisition de la qualité procédurale. Cela s'explique par le fait que le rôle joué par les parties correspond à un ensemble de droits et d'obligations dont elles sont titulaires en raison de la qualité processuelle de parties, pour les prémunir contre une procédure inéquitable, ce qui n'est pas nécessaire pour les autres acteurs du procès dans la mesure où les parties seules sont soumises aux effets du jugement. C'est sans doute parce que les parties sont au cœur du procès qu'elles ne peuvent être considérées comme l'*objet* de la relation de présence, mais plutôt comme les *sujets* de cette relation. V. ainsi sur les parties sujets des charges de présence *infra* n° 353 et s. ; et sur les parties en tant que sujets des prérogatives de présence, *infra* n° 435.

B- La pertinence du référentiel matériel

55. Présentation du référentiel matériel – Si le référentiel personnel n'est pas suffisant, il pourrait alors être soutenu que ce qui importe dans ce contact, ce n'est pas tant la personne elle-même que la personne prise en sa qualité procédurale, déterminée au regard de son rôle dans le procès et des opérations procédurales²²⁵ qu'elle va réaliser. En d'autres termes, il ne s'agirait plus ici de focaliser sur la personne mais sur l'action procédurale qui est accomplie par elle. D'un référentiel personnel, on basculerait alors vers un référentiel d'une nature matérielle, qui renverrait à la situation procédurale en train de se dérouler.

Reprenant les exemples vus précédemment, il s'agirait alors d'analyser la mise en présence du juge et des parties par le truchement de la situation procédurale telle qu'elle se déroule. Il ne faudrait plus alors considérer que les parties doivent se trouver en présence *du juge*, mais qu'elles doivent être présentes *à l'audience de jugement* ou encore *lors d'un interrogatoire*. Ainsi, il ne faudrait pas seulement prendre en compte la mise en présence du juge et des parties, mais aller plus loin en appréhendant de façon différente la présence des parties *lors de l'audience*, la présence des parties *lors de leur interrogatoire*²²⁶, ou bien encore la présence des parties *lors de l'interrogatoire des parties adverses*. Appliquant le même raisonnement, l'organisation de la présence des parties en matière d'expertise ne s'analyserait plus seulement comme une coprésence *entre les parties et l'expert* mais plus précisément comme une présence des parties *lors de la réalisation de l'expertise* ou *lors de l'exposé des résultats de l'expertise*. Le référentiel peut alors être qualifié de matériel puisqu'il s'agit ici de prendre en compte la situation procédurale objective, l'opération procédurale qui se déroule et non la personne qui accomplit cette opération.

56. Choix du référentiel matériel conforté par le droit positif – Or, c'est précisément cette analyse qui paraît correspondre le mieux au droit positif. L'exemple du droit espagnol est à ce titre éclairant. Le « principe d'*inmediación* » y est présent et, selon le rapporteur espagnol du 13^{ème} Congrès de l'Association internationale de procédure²²⁷, il consiste à exiger un contact direct entre le juge et les parties. Pourtant, à la lecture des textes applicables, une autre analyse est permise. Ainsi, l'article 137 de la *Ley de enjuiciamiento civil*, l'équivalent espagnol du Code de procédure civile, dispose que le juge doit être présent « *lors des déclarations des parties et des témoins, des confrontations, des exposés, des*

²²⁵ Sur cette qualification, v. *infra* n° 63 et s.

²²⁶ On peut penser ici en matière pénale à l'interrogatoire de première comparution mené par le juge d'instruction (art. 116 C. proc. pén.) ou en matière civile, à la mesure de comparution personnelle qui peut être ordonnée par le juge (art. 184 C. proc. civ.).

²²⁷ Rapport espagnol réalisé par F. GASCON INCHAUSTI, dans le cadre du 13^{ème} Congrès de l'Association Internationale de Procédure, préc.

*explications et réponses que pourraient offrir les experts, ainsi que des débats oraux [...] »*²²⁸. Il semble alors qu'en réalité le référentiel de la notion de présence ne soit pas un référentiel personnel, c'est-à-dire ni la personne du juge, ni les parties²²⁹, mais bien les déclarations, confrontations, exposés, etc., ce qui renvoie à un référentiel matériel. En effet, ce qui est ici déterminant, ce n'est pas la personne qui réalise l'opération processuelle, mais ce que cet acteur du procès va faire, ou plus précisément l'opération processuelle qu'il va réaliser.

A n'en pas douter, le droit interne suit la même logique. Les dispositions qui prévoient la présence en droit processuel organisent toujours celle-ci en référence à une opération procédurale particulière. C'est le cas notamment du régime de la mesure de comparution personnelle en procédure civile²³⁰. Le Code de procédure civile prévoit que les parties sont (en principe) interrogées en présence l'une de l'autre²³¹ et qu'elles peuvent l'être en présence d'un technicien²³². Les textes organisent donc la présence des parties ou du technicien *lors de l'interrogatoire*, c'est donc cette opération particulière qui servira de référentiel à la notion de présence. Certes, il y a une situation de « coprésence » des parties, cependant le véritable intérêt d'une telle mesure n'est pas de mettre les parties en présence l'une de l'autre mais de permettre à l'une d'assister à l'interrogatoire de l'autre. De façon similaire, lorsque le droit organise la réunion physique du juge et des parties, il organise en réalité la présence de ces dernières lors de l'audience tenue par lui, qu'il s'agisse d'une audience d'instruction ou de

²²⁸ L'article 137 de la *Ley de enjuiciamiento civil* est rédigé ainsi :

« 1. Los Jueces y los Magistrados miembros del tribunal que esté conociendo de un asunto presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a lo dispuesto en esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente.

2. Las vistas y las comparecencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución se celebrarán siempre ante el Juez o los Magistrados integrantes del tribunal que conozca del asunto.

3. La infracción de lo dispuesto en los apartados anteriores determinará la nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones », ce qui peut se traduire par :

« 1. Les Juges et les Magistrats membres du tribunal qui connaissent d'une affaire seront présents lors des déclarations des parties et des témoins, des confrontations, des exposés, des explications et réponses que pourraient offrir les experts, ainsi que des débats oraux sur les rapports d'expertise et n'importe quel autre acte de preuve qui conformément à ce qui est stipulé dans la Loi, doit être mené à bien de manière contradictoire et publique.

2. Les audiences et les comparutions qui ont pour objet d'écouter les parties avant de formuler une décision devront toujours se tenir devant le Juge ou les Magistrats membres du tribunal qui connaît de l'affaire.

3. Les dispositions des paragraphes précédents sont prescrites à peine de nullité, pouvant être soulevée de plein droit ».

²²⁹ En effet, la loi espagnole semble placer le juge en position de « sujet de la relation de présence », puisque selon les termes de l'article, c'est lui qui doit être présent. Mais il est également possible d'envisager la situation inverse, du côté des parties, et de considérer que cet article exige que les parties soient présentes pour soumettre leurs déclarations au juge. Le référentiel personnel ne peut donc être déterminant.

²³⁰ Art. 184 et s. C. proc. civ.

²³¹ Art. 189 C. proc. civ.

²³² Art. 190 C. proc. civ.

jugement. D'ailleurs, en matière pénale, les textes qui organisent la comparution en personne²³³ renvoient, au moins implicitement²³⁴, à une comparution à *l'audience*.

Le référentiel personnel est donc à lui seul insuffisant et il faut retenir que le référentiel utile à la notion de présence est un référentiel matériel, renvoyant à une situation procédurale objective. Cette notion de situation procédurale servant de référentiel matériel est toutefois assez floue et ne correspond pas, *a priori*, à une catégorie juridique reconnue. Il est donc nécessaire de poursuivre la démarche en interrogeant ces catégories juridiques pour préciser plus encore la nature de ce référentiel matériel en déterminant avec plus d'acuité sa qualification.

§2 : La qualification du référentiel matériel

57. Recherche d'une qualification appropriée – Etant entendu que le droit organise, au-delà de la seule « coprésence » des acteurs du procès, la présence de ces derniers à des situations procédurales matérielles, il s'agit ici de trouver une qualification adéquate au référentiel matériel retenu pour préciser sa nature. Il a été vu que ce référentiel renvoie en réalité aux « activités procédurales » ou « opérations procédurales » accomplies par les différents acteurs du procès. Pourtant, ces deux expressions sont très peu utilisées au contraire d'expressions voisines renvoyant à des actes²³⁵ de nature processuelle ou encore à des actions juridiques de nature processuelle²³⁶. Il conviendra alors de démontrer pourquoi ces qualifications ne peuvent s'appliquer au référentiel de la présence précédemment identifié (1), ce qui conduira à leur préférer le qualificatif d'opération procédurale (2).

A- Les qualifications rejetées

58. Qualifications inadéquates – Plusieurs expressions sont employées fréquemment par la doctrine pour désigner les actes accomplis au cours d'une procédure. A ce titre, on trouve généralement les expressions « actes de procédure », « actes processuels », « actes judiciaires » ou encore « actes du procès ». Pour différentes raisons, ces expressions ne sont pourtant pas adéquates pour qualifier la situation procédurale servant de référentiel au lien de présence.

²³³ L'expression « comparution personnelle » est ici entendue au sens de « comparution en personne » et non au sens de la mesure d'instruction propre à la procédure civile.

²³⁴ V. art. 408 C. proc. pén. qui pose l'obligation de comparution du prévenu en matière correctionnelle : cet article s'insère dans une section relative aux débats, ce qui renvoie nécessairement aux audiences de jugement ; art. 318 C. proc. pén. pour l'obligation similaire en matière criminelle.

²³⁵ On pense ainsi aux « actes de procédure », aux « actes processuels », ou encore aux « actes judiciaires ».

²³⁶ La notion d'action juridique du procès a été dégagée par L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, IRJS, 2009, Coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, n° 254 et s.

59. Exclusion de la qualification d'« acte judiciaire » – En premier lieu, la qualification d'*acte judiciaire* doit être exclue. Cette expression a plusieurs sens²³⁷, mais quel que soit celui que l'on retient, la dénomination ne convient pas pour définir le référentiel matériel de la présence. Ainsi, si l'on considère que l'acte judiciaire est « *par opposition à l'acte extrajudiciaire une signification par exploit d'huissier au cours d'une instance judiciaire* »²³⁸, le sens retenu renvoie seulement à un *instrumentum* et non à une situation procédurale. Une autre réserve doit être formulée si l'on retient que l'acte judiciaire désigne les actes du juge autres qu'un jugement ordinaire (peu important d'ailleurs qu'on y inclue les actes d'administration judiciaire ou non)²³⁹. La qualification n'est ici pas adéquate car elle est trop restrictive et ne permet pas de prendre en compte les situations impliquant les autres acteurs du procès que le juge, à savoir les parties et les tiers. L'acte judiciaire peut également désigner les actes des parties accomplis au cours du procès²⁴⁰, se rapprochant alors considérablement de la qualification d'acte de procédure²⁴¹, qui doit pourtant être également écartée.

60. Exclusion de la qualification d'« acte de procédure » – En second lieu, doit être écartée la qualification d'acte de procédure. Plusieurs raisons justifient ici cette exclusion. D'abord, en procédure civile, l'expression « acte de procédure » est généralement réservée aux actes accomplis par les parties²⁴², ce qui lui confère un caractère bien trop restrictif pour embrasser l'ensemble des situations organisant la présence. Il est vrai que le sens en a parfois été élargi pour y inclure des actes accomplis par le juge²⁴³. Mais, même élargi, ce sens ne permet pas d'y inclure les actes réalisés par les tiers, qu'ils soient témoins ou techniciens, actes pour lesquels, pourtant, la présence est parfois exigée. La dissociation entre actes de

²³⁷ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Acte judiciaire », *Vocabulaire juridique* (dir. G. CORNU), 11^e édition, PUF, 2016, p.22.

²³⁸ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Acte judiciaire- b) », *préc.*

²³⁹ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Acte judiciaire- c) et d) », *préc.*

²⁴⁰ S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, 32^e édition, Dalloz, 2014, Coll. Précis Droit privé, n° 875.

²⁴¹ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Acte judiciaire- a) », *préc.* : ce premier sens tient l'expression « acte judiciaire » pour « synonyme d'acte de procédure ».

²⁴² L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, *préc.* n° 5 ; C. BRENNER, « Acte juridique », *Rép. D. civ.* 2013, n° 191 ; S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, PUF, 2014, n° 216 ; G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile*, 17^e édition, Dalloz, Sirey, 2014, Coll. Sirey Université-Droit privé, n° 178 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, *préc.* n° 875 ; J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 6^e édition, Montchrestien, 2015, Coll. Domat Droit privé, n° 60.

²⁴³ V. notamment A. LEBORGNE, « Acte de procédure », *Rép. D. proc. civ.*, 2013, n° 3 ; C. BRENNER, « Acte juridique », *préc.* n° 190 ; N. FRICERO, P. JULIEN, *Procédure civile*, 5^e éd., LGDJ, 2014, Coll. Manuel, n° 271 et s. ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, 3^e éd., LGDJ Lextenso-ed., 2014, Coll. Domat droit privé, n° 398 ; H. CROZE, C. MOREL, O. FRADIN, *Procédure civile, Manuel pédagogique et pratique*, 4^e édition, Litec, 2008, Coll. Objectif droit, n° 482 ; ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Acte de procédure. sens a », in *Vocabulaire juridique*, *préc.*, p. 22. Pour une position intermédiaire, v. G. MAUGAIN, « Acte de procédure », *Rép. D. proc. civ.*, 2015, n° 5 : l'auteur propose, à l'égard des actes du juge, de les exclure de la qualification d'acte de procédure à l'exception de ceux qui font avancer l'instance, tels les actes d'instruction.

procédure et actes des témoins et techniciens semble en effet découler de ce que le Code de procédure civile prévoit la soumission des actes accomplis par un technicien ou un témoin au même régime que celui prévu pour les actes de procédure²⁴⁴, ce qui invite à penser que de tels actes ne constituent pas de véritables actes de procédure, sans quoi la précision n'aurait pas été utile²⁴⁵. La recherche d'une qualification unique susceptible de correspondre au référentiel matériel de la présence tel qu'identifié conduit donc à écarter la qualification d'acte de procédure pour son caractère trop restrictif. D'ailleurs, à supposer même que l'on adopte une conception extrêmement large de l'acte de procédure y incluant à la fois les actes des parties, ceux du juge, des tiers et des techniciens, la dénomination d'acte de procédure ne paraît pas la plus adéquate en ce qu'elle revêt une « *connotation instrumentaire* »²⁴⁶. En effet, bien qu'une majeure partie de la doctrine considère que l'acte de procédure est aussi bien un *instrumentum* qu'un *negotium*, c'est sous l'angle de l'*instrumentum* que sont la plupart du temps étudiés les actes de procédure, à travers leur rédaction, leur notification, ou leur forme²⁴⁷.

En outre, l'utilisation de l'expression « acte de procédure » en procédure pénale, qui diffère de celle existante en procédure civile, vient rendre la notion inconstante. De prime abord, la restriction à l'égard de l'auteur de l'acte semble moins présente en la matière, les quelques occurrences de l'expression dans le Code de procédure pénale ne réservant pas cette expression aux actes des parties²⁴⁸. En réalité, la situation est inverse puisque l'emploi de cette expression en procédure pénale emporte l'exclusion des actes accomplis par les parties privées, la Chambre criminelle de la Cour de cassation rejetant la qualification d'acte de procédure pour les actes n'émanant pas d'un magistrat ou d'un officier de police judiciaire afin d'exclure ceux accomplis par les parties du champ d'application de l'article 170 du Code de procédure pénale relatif à l'annulation des actes de procédure²⁴⁹. De surcroît, l'imprécision résultant d'une inconstance quant à l'emploi de l'expression « acte de procédure » au sens instrumentaire ou substantiel est également présente en matière pénale et entretient la

²⁴⁴ Ainsi, l'article 175 du Code de procédure civile soumet les actes des techniciens et des témoins réalisés au cours des mesures d'instruction au même régime de nullité que les actes de procédure : « *La nullité des décisions et actes d'exécution relatifs aux mesures d'instruction est soumise aux dispositions qui régissent la nullité des actes de procédure* ».

²⁴⁵ L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, préc. n° 5, note 12. *Contra*. A. LEBORGNE, « Acte de procédure », préc., n° 7.

²⁴⁶ L. MAYER, *ibid*.

²⁴⁷ G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile*, préc. n° 178 et s. ; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., LexisNexis, 2013, Coll. Manuel, n° 527 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, préc., n° 872 et s. ; N. FRICERO, P. JULIEN, *Procédure civile*, préc., n° 271 et s. ; S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, préc., n° 216 et s.

²⁴⁸ V. par ex. art. 170 C. proc. pén., art. 696-44 C. proc. pén., art. 694-2 C. proc. pén., art. 706-24 C. proc. pén.

²⁴⁹ Cass. crim., 31 janv. 2012, n° 11-85.464 : *D.* 2012 *actu.*, p. 440, obs. M. LENA ; *D.* 2012, p. 914, note F. FOURMENT ; *AJ pénal* 2012, p. 224, obs. E. DAOUD et P.-P. BOUTRON-MARMION ; *RSC* 2012, p. 401, obs. X. SALVAT ; *Procédures* 2012, comm. 86, obs. A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Cass. crim., 7 mars 2012, n°11-88.118 : *D.* 2012, p. 818 ; *AJ pénal* 2012, p. 346, obs. L. ASCENSI ; *D.* 2012, p. 2118, obs. J. PRADEL ; Cass. crim. 27 nov. 2013, n° 13-86.042 : *Bull. crim.* n° 238 ; *Procédures* 2014, comm. 25, note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; *Dr. pénal* 2014, comm. 32, obs. A. MARON et M. HAAS.

confusion. Ainsi, l'article 696-44 du Code de procédure pénale envisage la notification de l'acte de procédure accompli à l'étranger, ce qui fait ressortir la connotation instrumentaire de la notion. Mais à l'inverse, l'article 694-2 du même code, relatif à l'exécution d'actes sollicités par des demandes d'entraide judiciaire internationale, semble attribuer à l'acte de procédure un sens plus substantiel. La même dualité se retrouve en doctrine, les auteurs employant l'expression tantôt pour désigner l'action effectuée²⁵⁰, tantôt pour désigner le support la constatant²⁵¹. C'est pour contourner cette vision principalement *instrumentaire* de l'acte de procédure qu'il a pu être proposé d'avoir recours à la notion voisine d'acte processuel, qui devra pourtant être écartée de la même manière.

61. Exclusion de la qualification d'« acte processuel » – Comme le fait remarquer un auteur, « l'expression « actes processuels » a été précisément forgée afin d'échapper à la connotation purement instrumentaire de l'acte de procédure »²⁵². Ainsi, un autre auteur propose de distinguer l'acte de procédure et l'acte processuel en considérant que « l'acte de procédure ne vise que l'écrit (*instrumentum*) »²⁵³ alors que l'acte processuel serait apte à désigner tous les actes accomplis par les parties, y compris ceux qui ne revêtent pas un formalisme particulier. Cette conception n'est pas sans rappeler la proposition de Motulsky de distinguer l'acte processuel et l'acte de procédure en désignant par « acte processuel » l'ensemble de l'acte, c'est-à-dire l'acte considéré à la fois dans sa substance et dans ses formes, dans son contenu²⁵⁴ et dans son *instrumentum*, alors que l'acte de procédure ne désignerait que l'*instrumentum*²⁵⁵. La dimension substantielle de l'acte processuel a été par la suite reprise par le Doyen Héron, lequel désigne l'acte processuel comme le « contenu de l'acte, c'est-à-dire l'effet de droit recherché par les parties »²⁵⁶. Quelle que soit la conception retenue de l'acte processuel, il semble cependant qu'elle ne puisse convenir pour qualifier le référentiel matériel de la présence, en raison d'un caractère trop restrictif.

Ainsi, les conceptions de Motulsky et du Doyen Héron, si elles ne réduisent pas l'acte processuel à un *instrumentum*, ne font référence qu'aux actes accomplis par les parties, ce qui ne correspond pas à la diversité des situations dans lesquelles la présence est organisée. A titre d'exemple, le droit processuel prévoit parfois la présence des parties aux opérations

²⁵⁰ V. par. ex. G. ROUSSEL, « Police judiciaire », *Rép. D. proc. pén.*, 2011, n° 158, qui fait référence à l'accomplissement des actes de procédure par les membres de la police judiciaire.

²⁵¹ V. par ex. J. BUISSON, « Preuve », *Rép. D. dr. pén. et proc. pén.* 2013, n° 118, qui fait référence à la signature apposée du procureur sur un acte de procédure.

²⁵² L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, préc., n° 5.

²⁵³ Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, thèse (dact.), Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 1996, n° 316 et s., spéc. n° 321.

²⁵⁴ Qui renvoie en matière contractuelle au *negotium*.

²⁵⁵ H. MOTULSKY, *Droit processuel : certificat d'aptitude à la profession d'avocat*, Cours de droit, 1973, p. 93.

²⁵⁶ J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 60.

d'expertise²⁵⁷ ou lors des témoignages²⁵⁸, lesquels ne peuvent être considérés comme des actes accomplis par les parties. A cela s'ajoute le fait que si la notion d'acte processuel dégagée par le Doyen Héron prend en compte le contenu de l'acte, c'est-à-dire les effets juridiques créés par ce dernier, l'acte processuel est toujours envisagé en contemplation de l'acte de procédure en tant *qu'instrumentum* puisque dans cette conception « *l'acte processuel est issu de l'acte de procédure* »²⁵⁹. Or, avant d'être une notion juridique, la présence est avant tout une notion matérielle, concrète. Lorsqu'elle est organisée en droit processuel, c'est toujours au stade de la réalisation de l'action processuelle, et envisager la présence au regard des effets juridiques d'un acte de procédure qui viendrait constater une action processuelle matérielle est un non-sens. Quant à la notion d'acte processuel englobant tous les actes accomplis par les parties même sans formalisme²⁶⁰, l'impossibilité de retenir cette qualification réside dans le fait que ces actes processuels restent de véritables actes juridiques au sens du droit civil, alors que certaines situations dans lesquelles la présence est organisée ne correspondent pas à la définition classique de l'acte juridique. En effet, il est aujourd'hui admis que l'acte juridique répond à une définition mettant en œuvre trois critères indispensables : l'acte juridique est une « *manifestation de volonté, il emporte des effets de droit, et ceux-ci sont en relation avec celle-là* »²⁶¹. Autrement dit, l'effet de droit produit par l'acte est attaché à la manifestation d'une volonté. Or, tous les actes accomplis au cours d'une procédure ne répondent pas à ces critères. Il en va ainsi des actes de « *mise à disposition d'éléments factuels relatifs au litige* »²⁶², tels que les témoignages, les déclarations émises par les parties ou les rapports d'expertise. En effet, ces actes produisent un effet juridique qui est la possibilité pour le juge de fonder sa décision uniquement sur ces éléments²⁶³, mais contrairement aux actes juridiques, cet effet de droit n'est pas attaché à la manifestation de la volonté de créer un tel effet de la part de son auteur²⁶⁴. Il ne s'agit donc pas là d'actes juridiques, ce qui rend la qualification d'acte processuel inadéquate pour cerner le référentiel matériel de la notion de présence, en raison de son caractère trop restrictif.

62. Exclusion de la qualification d'« acte du procès » – Pour contourner cette difficulté et trouver une qualification qui englobe à la fois les actes juridiques du procès et les actions juridiques du procès, il a alors été proposé une expression plus neutre, celle d'« actes

²⁵⁷ Art. 160 C. proc. civ.

²⁵⁸ Art. 102 C. proc. pén. ; art. 208 C. proc. civ.

²⁵⁹ J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 60.

²⁶⁰ Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, préc., n° 321.

²⁶¹ C. BRENNER, « Acte juridique », préc., n° 10.

²⁶² L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, préc., n° 255 et s.

²⁶³ Pour la démonstration qu'il s'agit bien là d'un effet de droit, v. L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, préc. n° 260 et s., spéc. n° 263.

²⁶⁴ L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, préc., n° 264 et s.

du procès »²⁶⁵. Cette expression est utilisée dans un sens délibérément large mais il semble toutefois qu'elle non plus ne soit pas susceptible d'embrasser parfaitement l'ensemble des situations procédurales qui servent de référentiel à la notion de présence. En effet, le Professeur Mayer définit les actes du procès comme l'ensemble des actes accomplis au cours d'un procès, en prenant soin de préciser que le point commun de ces actes du procès est qu'ils ne peuvent être accomplis en dehors du cadre d'un procès²⁶⁶. Or, la présence est parfois organisée en amont du procès : il en va ainsi des expertises réalisées *in futurum* qui, suivant le régime des mesures d'instruction classiques, doivent être exécutées en présence des parties²⁶⁷ ; c'est le cas également en matière pénale des perquisitions et saisies qui peuvent être accomplies au stade de l'enquête, donc avant même la saisine du juge et qui exigent la présence de la personne au domicile de laquelle la perquisition a lieu²⁶⁸. Plus encore, dans la mesure où le droit processuel n'est pas synonyme d'un « droit du procès »²⁶⁹, il faut considérer que la dénomination « acte du procès » n'est pas pertinente pour définir certaines situations qui se déroulent en dehors du cadre du procès, comme c'est le cas pour les modes alternatifs de règlement des conflits, qui font pourtant une large place à la présence²⁷⁰. Cette notion d'acte du procès est donc également trop restrictive pour pouvoir désigner l'objet référentiel de la présence.

Les qualifications existantes ne permettant pas d'appréhender de façon globale le référentiel matériel de la notion de présence, il faut donc envisager une autre dénomination qui sera à même d'embrasser la diversité des différentes situations procédurales au cours desquelles la présence est organisée.

B- La qualification retenue : l'opération procédurale

63. Justification générale de la qualification d'« opération procédurale » – Afin de trouver une qualification pertinente pour le référentiel matériel de la notion de présence, la recherche doit s'orienter vers une qualification qui soit neutre, c'est-à-dire exempte de toute connotation restrictive, à la fois au regard du domaine d'accomplissement de l'action (c'est-à-dire une dénomination qui ne soit pas réservée aux actes réalisés *pendant* le procès, mais qui puisse également inclure les actes réalisés *avant* le procès, *après* celui-ci, au stade de l'exécution des décisions et même en dehors du procès), au regard de l'auteur de l'acte (c'est-à-dire que la dénomination ne doit être exclusive ni des actions des parties, ni des actions du juge, ni encore de celles des tiers) et enfin au regard de l'angle d'analyse (en évitant toute

²⁶⁵ L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, préc., n° 6.

²⁶⁶ L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, préc., n° 9.

²⁶⁷ Sur la présence des parties lors des opérations d'expertise, v. *infra* n° 202 et 204.

²⁶⁸ Art. 57 C. proc. pén.

²⁶⁹ V. *supra* n° 10.

²⁷⁰ Pour des développements sur cette question, v. *infra* n° 164 et s.

référence exclusive à l'*instrumentum*). Il apparaît alors que la qualification d'*opération procédurale* est adéquate parce qu'elle ne recèle en son sein aucune discrimination quant à l'auteur de l'action ou au moment de sa réalisation. Cette expression n'est d'ailleurs pas inédite, puisqu'on la trouve, sans y être toutefois étudiée pour elle-même, dans certains travaux doctrinaux²⁷¹. Certes, cette terminologie ne renvoie pas du tout à l'*instrumentum* de l'acte, mais ceci ne saurait qu'achever de convaincre de sa pertinence. En effet, il est vrai que les opérations au cours desquelles la présence est organisée par le droit sont diverses²⁷². Néanmoins la singularité de ces situations réside dans le fait qu'elles sont toutes appréhendées au moment de leur réalisation et non au regard de l'acte (au sens strict) par lequel elles seraient constatées. Il est donc cohérent que la qualification retenue soit sans considération pour l'acte au sens formel du terme. La qualification d'« opération procédurale », définie comme le processus de réalisation d'une action de nature procédurale, accomplie antérieurement, concomitamment ou postérieurement à un procès, semble donc *a priori* adéquate.

64. Applications particulières de la qualification d'opération procédurale – Cette qualification s'applique sans grande difficulté à la plupart des situations étudiées. Ainsi, un témoignage peut certes désigner le contenu de la déposition²⁷³, c'est-à-dire les éléments de fait dont le tiers atteste la véracité, mais également l'opération consistant à déposer²⁷⁴. De façon encore plus évidente, l'interrogatoire d'une partie peut s'analyser comme l'*opération* par laquelle le juge entend la partie et lui pose des questions sur certains éléments utiles à la résolution du litige. On peut encore viser l'exemple des perquisitions en matière pénale, qui se définissent comme « *la recherche dans tout lieu clos dont un domicile, d'indices ou d'objets confisquables utiles à la manifestation de la vérité* »²⁷⁵. Cette définition est révélatrice du fait que la perquisition est appréhendée comme l'*opération de recherche de biens*, et non comme le résultat de cette opération.

En revanche, la qualification d'opération procédurale s'agissant de l'audience mérite de plus amples justifications. Il est en effet possible de considérer que l'audience s'analyse en une pluralité d'opérations procédurales, accomplies successivement par différents acteurs du

²⁷¹ V. par exemple R. PERROT, *RTD Civ.* 1977, p. 818, qui considère que l'acte de procédure peut avoir pour objet de « *constater la régularité d'une opération procédurale en application des prescriptions de la loi* » L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, préc., n° 256, qui distingue l'acte instrumentaire de l'opération procédurale dont il est le support.

²⁷² Pour une présentation non exhaustive de la diversité des manifestations de la présence, v. *supra* n° 20.

²⁷³ ASSOCIATION H. CAPITANT, « Témoignage », sens 3, *Vocabulaire juridique*, préc., p. 1018, qui fait du témoignage un « *synonyme de preuve testimoniale* ».

²⁷⁴ ASSOCIATION H. CAPITANT, « Témoignage », sens 1 et 2, *Vocabulaire juridique*, préc., p. 1018.

²⁷⁵ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, 10^e édition, LexisNexis, 2014, Coll. Manuel, n° 625 ; v. aussi J. PRADEL, *Procédure pénale*, 18^e édition, Cujas, 2015, Coll. Référence, n° 429 et s. ; G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Procédure pénale*, 25^e édition, Dalloz, 2016, Coll. Précis Droit privé, n° 811 et s. ; M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 2^e édition, Ellipses, 2013, Coll. Université Droit, n° 274 et s.

procès, puisque l'on peut voir au cours d'une audience se dérouler par exemple un témoignage, un interrogatoire ou un exposé de rapport d'expertise. Cette appréhension de l'audience comme une succession d'opérations procédurales est d'ailleurs nécessaire pour comprendre que certains intervenants à la procédure dont on exige la présence à l'audience doivent en réalité être présents à l'opération procédurale particulière à laquelle ils doivent concourir. Parfois même, leur présence à cette seule opération est permise. Ainsi au cours de l'audience de jugement du procès pénal, la présence des témoins est requise, mais ceux-ci ne sont pas présents tout au long de l'audience puisqu'ils doivent se retirer dans une chambre qui leur est destinée et dont ils ne peuvent sortir que pour déposer²⁷⁶. Pourtant, certains acteurs du procès sont présents durant toute la durée de l'audience. Sous cet angle, il semble plus pertinent d'analyser l'audience non comme une succession d'actes, mais comme un tout, destiné à apporter au juge un ensemble d'éléments qui lui seront nécessaires pour former sa décision. L'audience peut alors être appréhendée comme une unique opération procédurale consistant à informer la juridiction de jugement des éléments nécessaires à la formation de sa décision. Cette analyse de l'audience prend d'ailleurs encore plus de sens dans les procédures qui aboutissent à une décision formée grâce à l'intime conviction des membres de la juridiction comme c'est le cas en procédure pénale²⁷⁷. En effet, la règle de l'intime conviction invite les juges – et le cas échéant les jurés – à s'interroger sur l'impression que leur ont faite les preuves apportées au cours du procès²⁷⁸. La décision se forme donc sur une impression d'ensemble. Or, c'est principalement ici que réside l'intérêt de la présence des parties à l'audience, qui peut être appréciée de façon globale : cette présence à l'audience permet au juge, aux parties adverses, voire au public d'analyser le comportement de la partie présente, y compris lorsqu'elle est passive²⁷⁹. L'appréhension de l'audience comme l'opération procédurale consistant à apporter à la juridiction de jugement les éléments nécessaires à la formation de sa décision permet donc de faire entrer celle-ci dans la catégorie des opérations procédurales.

65. Bilan de la section – Finalement, malgré leur diversité, la singularité des situations servant de référentiel à la présence en droit processuel tient à l'appartenance de ces situations à la catégorie des opérations procédurales, définies comme le processus de réalisation d'une action de nature procédurale, accomplie antérieurement, concomitamment ou postérieurement

²⁷⁶ Art. 325 C. proc. pén. en matière criminelle ; art. 436 C. proc. pén. en matière délictuelle ; art. 536 C. proc. pén. en matière contraventionnelle.

²⁷⁷ Art. 353 C. proc. pén. en matière criminelle ; art. 427 C. proc. pén. en matière délictuelle.

²⁷⁸ Ainsi, l'instruction donnée aux jurés d'assises par le président et affichée dans la chambre des délibérations comprend la mention selon laquelle « *[la loi leur] prescrit de s'interroger eux-mêmes, dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé et les moyens de sa défense. [...].* » : v. art. 353 C. proc. pén.

²⁷⁹ A ce propos, H. CROZE remarque que « *l'audience, c'est aussi une occasion de se voir* ». « Qu'est-ce qu'une audience ? », *Procédures* n° 5, 2012, repère 5.

à un procès et relevant du droit processuel²⁸⁰. Cependant, une fois le référentiel du lien de présence identifié comme étant une opération procédurale, il reste à établir les modalités de la participation à cette opération procédurale, c'est-à-dire à définir la nature de ce lien.

Section 2 : La nature du lien de présence

66. Une unité spatio-temporelle relative – La présence est le fait d'être ici, dans le lieu dont on parle. Partant, la présence crée un lien entre la personne présente et ce « lieu dont on parle ». Puisque le lieu dont on parle renvoie en réalité à une opération procédurale, il s'agit donc d'étudier les modalités de participation à cette opération procédurale telles qu'elles découlent de la présence. Or, en tant que mode de participation à la procédure, la présence renvoie, d'après sa définition commune, à l'idée d'une unité spatio-temporelle, de réunion, dans un même espace-temps des différents éléments. Le langage juridique ne s'est pas encore approprié la notion de présence, absente notamment des grands dictionnaires juridiques. L'adjectif « présent » y est cependant défini, dans un sens similaire au sens générique. Ainsi, est présent celui « qui se trouve à un moment donné en un lieu déterminé »²⁸¹. Partant de cette définition générique de la présence se dégage l'idée d'une unité spatio-temporelle réalisée entre le sujet de la relation de présence et l'opération procédurale. Ainsi, dès lors qu'une personne ne se trouve pas dans le lieu où se déroule l'opération procédurale au moment de son accomplissement, cette personne n'est pas présente et par conséquent est absente. Si cette affirmation peut paraître simpliste, elle mérite pourtant d'être interrogée puisque le droit positif fait apparaître une situation intermédiaire entre la présence ainsi envisagée et l'absence pure et simple. Certaines situations en effet introduisent un intermédiaire entre la personne et l'opération procédurale, sans pour autant que cette personne soit totalement étrangère au déroulement de l'opération. Cette affirmation invite alors à se poser la question de l'assimilation des situations médiate à la notion de présence, que cette médiatisation soit réalisée par des moyens de télécommunication et en particulier de la visioconférence ou par le mécanisme de représentation par une tierce personne. Cependant, l'identification du critère de l'unité spatio-temporelle (§1) emporte pour conséquences le rejet de cette assimilation, puisque cette médiatisation rompt ladite unité entre les sujets de la relation de présence et l'opération procédurale (§2).

²⁸⁰ Sur le critère du droit processuel, v. *supra* n° 10.

²⁸¹ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Présent- sens 1 », in *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, 11^e éd., PUF, 2016, p.795.

§1 : Le critère de l'immédiateté ou l'unité spatio-temporelle

67. Origine lexicale du critère d'unité spatio-temporelle – Etymologiquement, la présence s'oppose à l'absence. Cette dernière se définit comme le fait pour une personne ou une chose de ne pas se trouver dans le lieu où l'on s'attend qu'elle soit²⁸². C'est dire pour une personne que si elle n'est pas dans le lieu visé, elle se trouve *ailleurs*, dans un autre lieu, ce qui se traduit nécessairement par une dualité d'espaces géographiques : un espace pour l'opération visée et un espace distinct pour la personne. *A contrario* la personne présente lors d'une opération sera dans le même lieu que celui du déroulement de ce fait, ce qui traduit le critère de l'unité spatiale. S'agissant du critère de l'unité de temps, il se déduit de celui de l'unité de lieu. Ainsi, la question de la présence ou de l'absence se pose toujours à un moment déterminé. Une personne dont on constate qu'elle n'est pas là à un instant t est une personne absente, peu important qu'elle ait été là précédemment ou qu'elle s'y trouve par la suite. L'unité spatiale est nécessairement appréciée au regard d'un moment précis, c'est donc qu'il ne peut y avoir d'unité spatiale sans unité temporelle. La présence en droit processuel suppose donc la caractérisation d'une situation incluant à la fois le sujet de la présence et l'opération procédurale, tous deux intégrés dans un même espace-temps, ce qui caractérise le critère de l'unité spatio-temporelle.

68. Illustration du critère en droit processuel – Le défaut de comparution des parties, lorsqu'est exigée une comparution personnelle²⁸³, illustre ce critère d'unité spatio-temporelle. Devant le conseil de prud'hommes, la comparution personnelle des parties était, jusqu'à récemment²⁸⁴, exigée, en raison du caractère essentiel de la mission de conciliation du conseil de prud'hommes²⁸⁵. Les parties devaient comparaître personnellement, c'est-à-dire étymologiquement « paraître ensemble ou paraître devant ». Il s'agit plus précisément de paraître devant le juge ou ensemble avec le juge lors de l'audience, donc d'être réunis dans un même lieu, à un moment déterminé. La présence qui était exigée était en effet celle de la partie convoquée, dans la salle d'audience où se trouvent les conseillers prud'homaux, au jour où l'audience a été fixée par le greffe. Ainsi par exemple, les textes précisaient bien que « *lorsqu'au jour fixé pour la tentative de conciliation, le demandeur ne comparaît pas sans avoir justifié en temps utile d'un motif légitime, le bureau de conciliation déclare la demande*

²⁸² I. JEUGE-MAYNART, F. HABOURY, L. KAROUBI, « Absence », *Le Petit Larousse illustré*, Larousse, 2009, pp. 227 et 228.

²⁸³ Sur la distinction entre présence et comparution, v. *infra* n° 89.

²⁸⁴ L'article R. 1453-1 C. trav. a été en effet modifié par le décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux judiciaire pris en application de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron. Il dispose désormais que « *les parties se défendent elles-mêmes. Elles ont la faculté de se faire assister ou représenter* ».

²⁸⁵ Cass. soc., 6 juil. 1978 : *Bull. civ.* V, n° 577 ; D. 1979, obs. LANGLOIS.

et la citation caduque »²⁸⁶. Peu important (mais c'est un cas d'école), que le demandeur se présente en personne plus tard.

69. Précisions sur l'importance de l'unité spatio-temporelle à l'audience – Bien que s'appliquant à la présence à toutes les opérations procédurales, ce critère d'unité spatio-temporelle s'illustre particulièrement s'agissant de la présence à l'audience, en raison de l'importance sociologique de la présence des acteurs du procès lors de cette phase du procès. La réflexion a été principalement menée à travers la question du rituel judiciaire²⁸⁷. Ce dernier trouve sa place dans un cadre spatio-temporel, lui-même partie intégrante du rituel. Et quel meilleur exemple pour le cadre spatio-temporel de l'exécution du rituel judiciaire que celui de l'audience ? La présence des parties, dans ce cadre spécifique, démontre la nécessité que le justiciable se trouve dans le même espace-temps que celui qui sert de cadre à l'audience. « *C'est souvent une fois confronté à la salle d'audience que le justiciable prend conscience de la règle et particulièrement de l'interdit* »²⁸⁸. Ce constat s'explique sans doute par le cadre solennel de l'audience, organisée autour d'un espace sacré²⁸⁹ et dans un temps sacré²⁹⁰, qui permet par la présence, une prise de conscience de l'importance de l'opération procédurale en train de se dérouler, mais également une meilleure perception des événements qui s'y déroulent. Ainsi, la présence des parties à l'audience permettra d'une part aux autres acteurs de mieux apprécier leurs déclarations, et leur comportement, et d'autre part aux parties de contrôler la qualité de la procédure²⁹¹. D'ailleurs, bien que moins « sacralisées » car moins institutionnelles, ce raisonnement peut être généralisé aux autres opérations procédurales : c'est la présence des acteurs du procès, réalisée par l'unité spatio-temporelle avec l'opération procédurale qui permet de mieux appréhender l'authenticité et la qualité de la procédure²⁹².

70. Rupture de l'unité spatio-temporelle – La logique voudrait alors que l'on admette que dès lors que l'unité spatio-temporelle est rompue, la présence n'est pas caractérisée. C'est d'ailleurs cette solution qui est adoptée pour la rupture de l'unité temporelle : cette situation se présente par exemple lorsqu'une personne – dont on recherche la présence – se retrouve dans le même espace géographique (que l'on nommera espace A) que l'opération procédurale mais à deux instants différents (que l'on nommera instant t1 et

²⁸⁶ Art. R.1454-12 C. trav. avant sa réécriture par le décret du 20 mai 2016.

²⁸⁷ V. notamment F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, LGDJ 2009, préf. D. THOMAS, Coll. Bibliothèque de sciences criminelles ; A. GARAPON, *Bien juger- Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob 2010, préf. J. CARBONNIER.

²⁸⁸ F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, préc., n° 67.

²⁸⁹ F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, préc., n° 67 et s. ; A. GARAPON, *Bien juger – Essai sur le rituel judiciaire*, préc., p. 23 et s.

²⁹⁰ F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, préc., n° 88 et s. ; A. GARAPON, *Bien juger – Essai sur le rituel judiciaire*, préc., p. 51 et s.

²⁹¹ V. *infra* n° 215.

²⁹² Sur cette question, v. *infra* n° 188 et s., spéc. n° 191.

instant t2). Il est possible d'illustrer cette situation par l'hypothèse suivante : une partie, convoquée pour assister, à l'instant t1, à l'audition d'un témoin devant le magistrat instructeur, ne se présenterait sur le lieu de convocation qu'à l'instant t2, une fois l'audition terminée. Dans cette hypothèse, il y a rupture de l'unité temporelle, puisque bien que les deux actions (audition du témoin et présentation de la partie) se soient déroulées dans le même espace A, elles ont eu lieu à deux instants différents. Mais si l'on observe la situation à l'instant t1, la partie n'est pas dans l'espace A, c'est donc nécessairement qu'elle se situe dans un autre espace, appelé espace B. En d'autres termes, dès lors qu'il y a rupture de l'unité temporelle, en se focalisant sur un instant t particulier, il ne peut y avoir d'unité spatiale, donc la présence ne peut être caractérisée. Le rapport de présence est donc un rapport immédiat, c'est-à-dire sans intermédiaire. La question se pose alors de l'assimilation à la présence d'autres formes de participation au procès qui introduisent un tel intermédiaire, rompant ainsi l'unité spatio-temporelle. Il est donc maintenant nécessaire d'appliquer ce critère de l'immédiateté pour en tirer les conséquences relatives à ces formes de participation.

§2 : Les conséquences du critère de l'immédiateté

71. Situations de rupture de l'immédiateté – Si l'on retient comme critère déterminant de la nature du lien de présence le critère d'immédiateté, la première conséquence est que chaque fois que l'unité spatio-temporelle, ou l'immédiateté de la relation sera rompue, la qualification de présence devra être exclue. Par conséquent, chaque fois qu'un intermédiaire s'immiscera dans la relation entre un acteur de la procédure et l'opération procédurale, le mode de participation à la procédure de cette personne ne devrait pouvoir être qualifié de présence. Si l'application du critère est donc *a priori* évidente, il est néanmoins nécessaire d'y consacrer quelques développements pour répondre à certaines hésitations relatives à l'assimilation de certains modes de participation au procès à la notion de présence. En effet, des hésitations existent quant à la participation au procès par des moyens de télécommunication, qui fait intervenir un intermédiaire technique et par la représentation, qui font intervenir un intermédiaire humain. Il est donc nécessaire de démontrer plus spécifiquement que la rupture de l'immédiateté par les moyens de télécommunication (A) comme par la technique de la représentation (B) empêche la caractérisation d'une situation de présence de l'acteur de la procédure concerné et doivent donc être considérés comme des modes de participation à la procédure distincts de la présence.

A- La rupture de l'immédiateté par l'intervention d'un intermédiaire technique : les moyens de télécommunication

72. Interrogations sur l'assimilation des techniques de télécommunication à une forme de présence – S'il a été démontré que l'unité spatio-temporelle est irrémédiablement

affectée par la rupture de l'unité temporelle, la question est en revanche plus délicate pour la rupture de la seule unité spatiale. Ce n'est en réalité qu'avec l'avancée récente des technologies et en particulier du fait de l'introduction de celles-ci dans le procès²⁹³ que cette question s'est véritablement posée.

Les nouvelles technologies, et plus précisément les moyens de télécommunication audiovisuelle, brouillent les contours de la réflexion autour de la notion de présence en droit processuel en créant une sorte de « troisième voie » entre la présence et l'absence. Ces techniques permettent en effet une communication simultanée mais réalisée en des points géographiques différents. Des hésitations apparaissent alors sur l'assimilation de ces techniques à une forme de présence, d'autant que la jurisprudence est parfois ambiguë sur la question²⁹⁴. Cependant, si l'on peut certes trouver des arguments favorables à cette assimilation, ceux-ci ne semblent pas ou plus pertinents à l'heure actuelle (1). Au contraire, il faut différencier les techniques de télécommunication de la présence, sous peine de dénaturer la notion de présence en droit processuel (2).

1- Le rejet de l'assimilation des techniques de télécommunication audiovisuelle à une forme de présence

73. Le problème central de la visioconférence – La question des moyens de télécommunication audiovisuelle pose en réalité le problème de la place de la visioconférence ou vidéoconférence²⁹⁵ dans le procès, et plus précisément de l'assimilation de la participation virtuelle réalisée par ces moyens à la notion de présence. Cette technique se définit comme « *un procédé interactif combinant les techniques de l'audiovisuel, de l'informatique et des télécommunications, grâce auquel des personnes présentes sur des sites distants peuvent, en temps réel, se voir, dialoguer et échanger des documents écrits ou sonores* »²⁹⁶. Puisqu'elle permet la communication « en temps réel », elle ne rompt pas l'unité de temps, mais crée

²⁹³ Sur la question, v. S. AMRANI-MEKKI, « L'impact des nouvelles technologies sur l'écrit et l'oral en procédure civile », in *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI^e siècle ?* : actes du colloque organisé à Limoges le 7 mars 2008, PULIM, 2011, p. 157.

²⁹⁴ V. très récemment Cass. crim. 16 févr. 2016, n° 15-86.596 : dans cet arrêt, la Cour de cassation vise la « *comparution personnelle par visioconférence du prévenu* ». Pour plus de précision sur la distinction des notions de comparution et de présence, v. *infra* n° 89 et s.

²⁹⁵ Bien que certains auteurs fassent une distinction entre ces deux termes (v. notamment C. TRASSARD, *Le corps absent du procès pénal : L'éclatement spatio-temporel de la parole et de l'image dans le procès pénal du XXI^e siècle*, Thèse Nanterre La Défense, 2011, n° 15), les deux termes sont tenus pour synonymes par la Commission générale de terminologie et de néologie, et sont entrés officiellement dans la langue française grâce au processus d'enrichissement de celle-ci, par leur publication au Journal Officiel du 22 septembre 2000. Source : Vocabulaire des techniques de l'information et de la télécommunication, 2009, disponible sur : http://www.dglf.culture.gouv.fr/publications/vocabulaires/Vocabulaire_TIC_09.pdf [consulté le 1^{er} octobre 2013]. Ils seront donc tenus pour équivalents tout au long de l'étude.

²⁹⁶ Mission d'audit de modernisation (M.-L. SIMONI, C. DIAZ, M. VALDES BOULOQUE, D. LUCIANI, H. SIMON), *Rapport sur l'utilisation plus intensive de la visioconférence dans les services judiciaires*, juin 2006, site internet <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000662/index.shtml>

indubitablement une rupture de l'unité de lieu nécessaire à la présence. Pourtant, certains auteurs assimilent la visioconférence à une forme particulière de présence, allant jusqu'à parler de « *présence de l'absent* »²⁹⁷. Il est donc utile, ici, de présenter ces arguments (a) pour ensuite justifier leur rejet (b).

- a- Présentation des arguments favorables à l'assimilation de la visioconférence à la notion de présence

74. Utilisation de la visioconférence comme troisième voie pour éviter l'absence –

Les raisons de l'introduction historique de la visioconférence dans le procès traduisent la volonté de faire de ce moyen de télécommunication une forme de présence. La visioconférence a en effet fait son apparition en droit français de façon expérimentale, pour pallier l'absence de magistrats à Saint-Pierre et Miquelon. L'ordonnance n° 98-728 du 20 août 1998 a introduit dans le Code de l'organisation judiciaire les articles L.513-4 II et suivants, lesquels prévoient que lorsque la venue d'un magistrat n'est pas possible, il peut présider l'audience depuis un autre point du territoire, ce dernier se trouvant relié en direct à la salle d'audience par un moyen de communication audiovisuelle. La visioconférence a donc, au moment de son introduction en droit interne, vocation à pallier l'absence d'un magistrat et donc à éviter une absence pure et simple, ce qui *a contrario*, rapprocherait la visioconférence de la présence. Cette fonction de la visioconférence serait d'ailleurs confortée par le fait que jusqu'au début des années 2000, la grande majorité des cas d'introduction d'une nouvelle possibilité d'utiliser la visioconférence en droit français vient se poser en réponse locale à des problèmes précis d'absence ou d'éloignement²⁹⁸ des acteurs du procès²⁹⁹.

75. Présence de l'absent – Sans doute est-ce pour cette raison que certains en viennent à parler de « *présence de l'absent* ». Un argument est principalement avancé à l'appui de cette assimilation, fondé sur l'interprétation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme³⁰⁰. Ainsi, la Cour de Strasbourg considère que « [...] la participation de l'accusé

²⁹⁷ Cette expression est issue d'un ouvrage de psychologie : S. MISSONIER, H. LISANDRE, *Le virtuel : la présence de l'absent*, EDK, 2003. Elle a été largement reprise par C. TRASSARD, *Le corps absent du procès pénal : L'éclatement spatio-temporel de la parole et de l'image dans le procès pénal du XXIème siècle*, préc., spéc. n°s 13, 324 et s., 353 et s.

²⁹⁸ L. DUMOULIN et C. LICOPPE, *Justice et visioconférence : les audiences à distance : genèse et institutionnalisation d'une innovation*. Rapport final, Mission droit et justice, 2009, p. 155.

²⁹⁹ Ainsi, dans le contexte des attentats du 11 septembre 2001, la première rédaction de l'article 706-71 du Code de procédure pénale est issue d'une loi relative à la sécurité quotidienne (Loi n° 2001-1062), qui transpose la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne du 29 mai 2000, afin de permettre l'audition de témoins ou d'experts situés sur le territoire d'un autre Etat membre.

³⁰⁰ V. C. TRASSARD, *Le corps absent du procès pénal*, préc., n° 324 et s.

*aux débats par visioconférence n'est pas, en soi, contraire à la Convention »*³⁰¹. Cette affirmation, combinée à celle selon laquelle, en matière pénale, « *quoique non mentionnée en termes exprès [à l'article] 6, la faculté pour l'« accusé » de prendre part à l'audience découle de l'objet et du but de l'ensemble de l'article, [et cela] ne se conçoit guère sans sa présence »*³⁰², conduirait à considérer que la visioconférence serait « *une forme de participation et non une dérogation à la comparution »*³⁰³. De cette assimilation entre visioconférence et participation découlerait l'affiliation, sur le plan théorique, de cette forme de participation virtuelle à la notion de présence. La présence serait alors une notion large, incluant à la fois une présence dite physique et une présence virtuelle, réalisée par la visioconférence.

Pourtant, à notre sens, ces arguments ne sont pas ou plus pertinents aujourd'hui, au regard de l'utilisation actuelle de la visioconférence dans le procès.

b- Inopérance des arguments favorables à l'assimilation entre
visioconférence et présence

76. Inopérance actuelle de l'argument tenant à la fonction correctrice de la visioconférence – Si les premières réformes introduisant la visioconférence en droit interne avaient pour but de compenser l'absence, ce n'est plus le cas pour la grande majorité des dispositions légales en vigueur aujourd'hui. En effet, le champ d'application de la visioconférence dans le procès a été élargi depuis le début des années 2000, et cet élargissement ne se cantonne plus à l'apport d'un correctif aux situations d'absence problématiques. Ainsi, en matière administrative, le contentieux des étrangers a accueilli cette forme d'audience virtuelle par l'effet de plusieurs lois successives. D'abord, la loi du 26 novembre 2003³⁰⁴ a permis l'utilisation de la visioconférence pour les audiences relatives au placement d'étrangers en rétention administrative³⁰⁵. Cette faculté s'est ensuite étendue aux audiences relatives aux décisions de non-admission de séjour au titre de l'asile³⁰⁶. Ces hypothèses ne semblent pas avoir été envisagées pour pallier une absence regrettable du juge auprès des parties, mais au contraire pour permettre d'organiser une procédure à distance, et

³⁰¹ CEDH, 5 oct. 2006, *Marcello Viola c. Italie*, req. n° 45106/04, § 67 ; CEDH, 27 nov. 2007, *Asciutto c. Italie*, req. n° 35795/02, § 64. V. aussi : CEDH, Grande chambre, 2 nov. 2010, *Sakhnovski c. Russie*, req. n° 21272/03, § 98.

³⁰² CEDH, 12 février 1985, *Colozza c. Italie*, req. n° 9024/80, § 27 ; et plus récemment : CEDH, 5 oct. 2006, *Marcello Viola c. Italie*, préc., § 52 ; CEDH, 18 mai 2004, *Somogyi c. Italie*, req. n° 67972/01, § 65.

³⁰³ C. TRASSARD, *Le corps absent du procès pénal*, préc., n° 326.

³⁰⁴ Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité.

³⁰⁵ Art. L. 222-4 et s. CESEDA.

³⁰⁶ Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007, introduisant l'article L.213-9 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

ainsi éviter des procédures plus lourdes et donc nécessairement moins rapides. Il est effet patent que les audiences dématérialisées en matière de contentieux des étrangers n'ont d'autre but que de rationaliser la procédure³⁰⁷. Le magistrat siège au tribunal administratif compétent tandis que l'étranger se trouve dans la zone d'attente de l'établissement ferroviaire, portuaire ou aéroportuaire. En évitant un transport de l'étranger sur les lieux du tribunal, et en permettant, le cas échéant, sa reconduite à la frontière de façon plus rapide, c'est sans aucun doute l'objectif de rationalisation de la procédure, par un gain de temps et de coût, qui est poursuivi. Il s'agit donc là moins d'apporter un correctif à une absence inévitable, que d'organiser cette absence.

La même réflexion peut être menée à propos du développement à marche forcée de la visioconférence au sein du procès pénal. Introduit pour la première fois par l'article 32 de la loi du 15 novembre 2001³⁰⁸, l'usage de la visioconférence a été par la suite étendu par le biais de nombreuses réformes dans les années 2000. Initialement limitée à certains actes d'enquête et d'instruction, différentes lois successives sont venues considérablement déployer la couverture de la visioconférence sur le procès pénal³⁰⁹. Par exemple, la loi Perben I du 2 septembre 2002 est ainsi venue étendre le domaine de la visioconférence à la présentation aux fins de prolongation de la garde à vue ou de la retenue judiciaire³¹⁰ ; la loi Perben II du 9 mars 2004 l'a étendu à l'audition des témoins, des parties civiles et des experts devant la juridiction de jugement³¹¹ ; la loi du 5 mars 2007 en a permis une application large au contentieux de la détention provisoire³¹² ; la loi du 24 novembre 2009 permet quant à elle l'interrogatoire préparatoire de l'accusé par le Président de la Cour d'assises³¹³ ; enfin la loi du 14 mars 2011 dite LOPPSI II³¹⁴ l'a rendue applicable à la comparution du prévenu détenu devant le tribunal correctionnel³¹⁵. Or, la *ratio legis* de ces différentes réformes est à l'évidence la même : la volonté de limiter les coûts judiciaires³¹⁶. Le recours à la visioconférence relève donc d'une stratégie décisionnelle financière destinée à réduire les frais de déplacement des différents

³⁰⁷ Pour de plus amples développements sur les liens entre présence et rationalisation de la procédure et plus largement sur l'analyse économique de la présence, v. *infra* n° 230 et s.

³⁰⁸ Loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne.

³⁰⁹ La longueur de l'article 706-71 du Code de procédure pénale, maintes fois modifié – la dernière modification date de la loi n° 2014-640 du 20 juin 2014 – est à ce titre significative.

³¹⁰ Art. 706-71 al. 1 C. proc. pén.

³¹¹ Art. 706-71 al. 2 C. proc. pén.

³¹² Art. 706-71 al. 3 C. proc. pén.

³¹³ Art. 706-71 al. 3 C. proc. pén.

³¹⁴ Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, modifiant l'article 706-71 C. proc. pén.

³¹⁵ Art. 706-71 al. 2 *in fine* C. proc. pén.

³¹⁶ Cette volonté est d'ailleurs sous-jacente dans toutes les évolutions de la procédure tendant à la dématérialisation de celle-ci. V. par ex. G. BEAUSSONIE et C. FOULQUIER, « Dématérialisation et droits fondamentaux devant les justices judiciaire et administrative », in *Technique et droits humains : justice, personne humaine, propriété intellectuelle, environnement : actes du colloque organisé du 20 au 23 avril 2010*, Montchrestien, 2011, p. 47 et spéc. p. 49.

acteurs du procès. Ainsi, « éviter de faire se déplacer un expert, un témoin, c'est réduire les frais de justice »³¹⁷, et cela est encore plus vrai lorsqu'il s'agit des personnes détenues, leur audition ou interrogatoire au sein du tribunal impliquant nécessairement une extraction, coûteuse en moyens matériels et humains. C'est d'ailleurs la raison mise en avant par le législateur pour justifier l'extension de la visioconférence : l'objectif de la loi du 14 mars 2011 était résolument de réduire le nombre des extractions en raison de leur coût³¹⁸. Là encore, il ne s'agit plus de compenser l'absence par une forme particulière de présence, mais de contourner l'exigence classique de présence, en admettant, par exception, un mode d'absence pas (ou peu) attentatoire aux droits fondamentaux du procès.

77. Inopérance de l'argument tenant à l'assimilation de la visioconférence à la participation au procès – L'argument tiré de ce que la visioconférence serait une forme de participation et non une dérogation à la comparution³¹⁹, et donc une forme de présence, semble également erroné en ce qu'il repose sur une confusion des notions processuelles en jeu. Il n'est pas certain que la notion de présence soit assimilable à celle de comparution³²⁰, de même qu'il est permis de douter que les notions de participation au procès et de présence soient synonymes. En effet, la participation au procès, définie comme le fait de prendre part à l'ensemble ou à une partie des opérations procédurales, englobe une réalité plus large que la seule notion de présence définie par le critère de l'unité spatio-temporelle. On peut en effet envisager des formes de participation au procès autres que la présence, comme par exemple la représentation à l'instance³²¹, mode de participation d'ailleurs obligatoire dans certains procès³²². Or, si la relation d'identité entre présence et participation n'est pas assurée, on ne peut déduire des motifs de la Cour de Strasbourg un véritable positionnement sur la question. Admettre, en effet, que la visioconférence est « *une forme de participation au procès qui n'est pas en soi contraire à la Convention* », revient simplement à admettre qu'il peut exister plusieurs formes de participation distinctes, dont la visioconférence serait une illustration, au même titre que la présence. Cette affirmation est d'ailleurs confortée par la suite du raisonnement de la Cour qui ne manque pas de préciser que si la visioconférence n'est pas en soi contraire à la Convention, « *il appartient à la Cour de s'assurer que son application dans chaque cas d'espèce poursuit un but légitime et que ses modalités de déroulement sont compatibles avec les exigences du respect des droits de la défense, tels qu'établis par l'article*

³¹⁷ J. DANET, « Brèves réflexions sur l'usage de la visioconférence dans le procès pénal », in *Technique et droits humains : justice, personne humaine, propriété intellectuelle, environnement*, préc., p. 7 et s., spéc. p. 8.

³¹⁸ E. CIOTTI, *Rapport de l'Assemblée Nationale n°2271*, XIIIe législature, spéc. p. 286.

³¹⁹ V. *supra* n° 75.

³²⁰ V. *infra* n° 89.

³²¹ Sur la distinction entre représentation et présence, v. *infra* n° 83 et s.

³²² Art. 751 C. proc. civ. sur la procédure avec représentation obligatoire devant le TGI ; art. 899 C. proc. civ. relatif à la procédure devant la Cour d'appel ; art. 973 C. proc. civ. relatif à la procédure devant la Cour de cassation.

6 de la Convention »³²³. Cet encadrement de l'utilisation de la visioconférence semblerait même, au contraire, indiquer que la visioconférence, bien qu'acceptable dans son principe, doit poursuivre un but légitime, ce qui n'est pas sans rappeler le raisonnement utilisé par la Cour pour justifier les limites permises aux droits fondamentaux garantis par la Convention. De là à dire que la visioconférence n'est pas assimilable à la présence en droit processuel, il n'y a qu'un pas, que l'on peut franchir sans hésitation, tant les arguments prônant la différenciation entre les deux notions semblent plus pertinents que ceux défendant la thèse contraire.

2- La pertinence de la différenciation entre techniques de télécommunication et forme de présence

78. Dissociation dans la mise en œuvre des modes de participation au procès –
D'abord, la visioconférence est distincte sur le plan matériel de la notion de présence en ce qu'elle implique une organisation spatio-temporelle des temps et lieux d'audience différente. Le rendu de la justice répond en principe à un rituel judiciaire qui s'inscrit dans un temps et un lieu particulier³²⁴. Or, mettre en place un dispositif de visioconférence trouble nécessairement ce cadre traditionnel tel qu'il existe lorsque la participation au procès est accomplie par la présence des différents acteurs du procès. La mise en place d'une audience par visioconférence implique par nature la dissociation de deux (ou plus) lieux d'audiences, ce qui la rend *de facto* distincte de la présence. Ainsi, dans le rapport final de la mission Droit et Justice consacré à la visioconférence en 2009³²⁵, les auteurs expriment l'idée selon laquelle « *reconstituer une relation et mettre en place une activité à distance ne revient pas à décalquer, à reproduire ce qui se passe usuellement lorsque l'activité a lieu en situation de coprésence. La pratique à distance est forcément différente, autre, même si cela n'est [pas] voulu* », ce qui entraîne des « présences décalées ». Parler de présence décalée est sans doute de nature à entretenir la confusion sur l'éventuelle assimilation de la visioconférence à une forme de présence. Il semble pourtant que cette idée vient au contraire renforcer la thèse selon laquelle la visioconférence, en rompant l'unité spatio-temporelle propre à la notion de présence³²⁶, ne peut être considérée comme une forme de présence, sauf à dénaturer celle-ci. Certains auteurs ont pu à ce propos démontrer l'absence d'équivalence entre cette technique audiovisuelle et la rencontre physique, arguant que « *l'écran de visioconférence, quelle que*

³²³ CEDH, 27 nov. 2007, *Asciutto contre Italie*, préc., § 64

³²⁴ V. *supra* n° 69.

³²⁵ L. DUMOULIN et C. LICOPPE, *Justice et visioconférence : les audiences à distance : genèse et institutionnalisation d'une innovation*, préc., p. 191 et s.

³²⁶ V. *supra* n° 67.

soit la résolution de son image, ne saurait suppléer la relation humaine »³²⁷. La visioconférence est alors une forme nouvelle de participation au procès, qui vient se positionner « à côté de la comparution physique »³²⁸ mais qui n'est pas absorbée par la notion de présence.

79. Dissociation des effets de la visioconférence et de la présence – Nécessitant une organisation particulière des lieux de justice, la visioconférence se distingue également par ses effets, tant sur le plan sociologique que juridique. Ainsi, les effets de la visioconférence sont différents à la fois pour celui qui est entendu par ce procédé et pour celui qui entend. En premier lieu, ceux qui voient la personne entendue par visioconférence ne peuvent saisir toutes les expressions qui auraient pourtant un sens et qui pourraient participer à l'élaboration d'une opinion ou du moins à l'appréciation de la crédibilité de celui qui prend la parole. Cette appréciation est rendue difficile par « l'impossible échange des regards »³²⁹, certains diront même que « la visio-audition risquerait de ne pas permettre au juge de se faire une idée exacte de la personne de celui qui dépose »³³⁰. Il peut en effet arriver que le « corps [dise] parfois l'inverse de mots trop bien répétés »³³¹. En second lieu, l'expérience de celui qui est entendu par visioconférence est également différente en ce qu'il ne perçoit pas (ou beaucoup moins) la solennité de l'audience, « étant isolé de tout ce qui fait l'ambiance d'un procès »³³². Il est d'ailleurs reconnu autant par les auteurs que par les praticiens³³³ que les modalités de la participation au procès à distance rendent celle-ci moins spontanée, ce qui a non seulement des répercussions sur la perception des éléments produits, mais également, à un niveau supérieur, sur la manifestation de la vérité³³⁴. En outre, certaines personnes peuvent se sentir déstabilisées face à la visioconférence, raison pour laquelle la visioconférence est parfois exclue pour l'audition de la personne hospitalisée sous un régime de contrainte si les

³²⁷ J. LEROY, « La garde à vue, des pistes pour une réforme », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum* (dir. V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI), préf. P. MAISTRE DU CHAMBRON, P. CONTE, Dalloz, 2009, Coll. Thèmes et commentaires, p. 188.

³²⁸ J. BOSSAN, « La visioconférence dans le procès pénal : un outil à maîtriser », *RSC* 2012, p. 801.

³²⁹ J. DANET, « Brèves réflexions sur l'usage de la visioconférence dans le procès pénal », in *Technique et droits humains : justice, personne humaine, propriété intellectuelle, environnement*, préc., p. 13. V. également sur la question : L. DUMOULIN et C. LICOPPE, *Justice et visioconférence : les audiences à distance : genèse et institutionnalisation d'une innovation*, préc., spéc. p. 192.

³³⁰ P.-Y. GAUTIER, « Internet », in *Dictionnaire de la Justice* (dir. L. CADIET), PUF, 2004, p. 640.

³³¹ J. DANET, « Brèves réflexions sur l'usage de la visioconférence dans le procès pénal », in *Technique et droits humains : justice, personne humaine, propriété intellectuelle, environnement*, préc., p. 13.

³³² L. DUMOULIN et C. LICOPPE, *Justice et visioconférence : les audiences à distance : genèse et institutionnalisation d'une innovation*, préc., p. 193.

³³³ Pour l'opinion d'un magistrat, v. B. LUGAN, « Ce système nous prive de toute spontanéité », in *AJ Pénal*, nov. 2007, Dossier : *Les nouvelles technologies au service de la procédure pénale*, p. 460, spéc. p. 466. Pour l'opinion d'un contrôleur des prisons, v. F. JOHANNES, « Le contrôleur des prisons critique la visioconférence », in *Le Monde*, 9 novembre 2011.

³³⁴ Sur les liens entre présence et manifestation de la vérité, v. *infra* n°188 et s.

médecins s'y opposent³³⁵. La visioconférence peut également rendre plus compliqué le respect des droits de la défense, notamment au regard de la confidentialité nécessaire des échanges entre l'avocat et son client, lesquels peuvent se trouver séparés géographiquement du fait de la mise en œuvre du procédé susvisé³³⁶, ce qui ne peut être admis³³⁷. De même, le respect du principe du contradictoire peut être rendu plus difficile par le recours à la visioconférence³³⁸. Sur ce sujet, si l'organisation de la présence ne peut se confondre totalement avec une modalité de mise en œuvre du principe du contradictoire³³⁹, il n'en demeure pas moins que la visioconférence complique considérablement le respect de ce dernier. En effet, le principe du contradictoire implique la possibilité pour les « *parties de défendre leurs intérêts en s'opposant aux prétentions de la partie adverse et en contestant les éléments du débat qui sont susceptibles d'influencer la décision de l'autorité juridictionnelle* »³⁴⁰. Mais la mise en œuvre de ces contestations n'est pas figée, et le contradictoire est parfait lorsque la contradiction, qui implique une véritable discussion, est mise en œuvre. Or, cette discussion est rendue plus aisée par le contact direct des différents protagonistes, et donc par leur présence. Puisque le principe du contradictoire doit permettre aux parties de contester, par exemple, la véracité d'un témoignage, cette contestation est d'autant plus facile que le témoin est présent au moment de la mise à disposition du juge du contenu de son témoignage. Si le témoignage est recueilli par visioconférence, le témoin est comme « protégé » par l'écran, alors que, comme le fait remarquer un auteur, « *le dialogue entre celui qui interroge et celui qui répond est fait de ces permanents ajustements qui s'effectuent bien autrement qu'autour des mots* »³⁴¹. Ce constat accentue la nécessité de la dissociation qui nous semble devoir être faite entre ces deux modes de participation au procès.

80. Exclusion de la notion de présence virtuelle – Mais, s'il semble que la visioconférence doit être distinguée de la présence, que faut-il penser alors de l'expression « présence virtuelle », parfois employée pour désigner la visioconférence ? Cette expression

³³⁵ Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge. V. en ce sens S. SONTAG KOENIG, *Technologies de l'information et de la communication et défense pénale*, dir. J.-P. JEAN, Thèse (dactyl.) Université de Poitiers, 2013, n° 742.

³³⁶ L'avocat peut en effet se trouver auprès de son client ou dans la salle d'audience (art. 706-71 al. 5 C. proc. pén.). V. sur cet exemple S. SONTAG KOENIG, *Technologies de l'information et de la communication et défense pénale*, préc., n° 753 et s.

³³⁷ CEDH, Grande chambre, 2 nov. 2010, *Sakhnovski c. Russie*, préc. § 98 : obs. M. LENA, « Visioconférence et assistance effective d'un défenseur », *Dalloz actualité* 12 novembre 2010.

³³⁸ V. par ex. J. SIMON-DELCROS, « Visioconférence : moderniser sans déshumaniser », *Gaz. Pal.* 11 mai 2010, n°131, p. 8 ; v. également J. DANET, « Brèves réflexions sur l'usage de la visioconférence », préc. p.13 ; S. SONTAG KOENIG, *Technologies de l'information et de la communication et défense pénale*, préc., n° 734 et s.

³³⁹ V. *infra* n° 130 et s.

³⁴⁰ L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, préf. B. BEIGNIER, LGDJ, 2008, Coll. Bibliothèque de droit privé, n° 24.

³⁴¹ J. DANET, « Brèves réflexions sur l'usage de la visioconférence dans le procès pénal », préc. p. 13.

est quelque fois utilisée dans des domaines qui touchent au droit substantiel et sa transposition à la matière processuelle est tentante, tant il est vrai qu'elle permet de rendre compte de façon imagée mais compréhensible de la réalité d'un tel procédé. Pourtant, l'observation de l'emploi doctrinal de cette expression dans des écrits relatifs à la dématérialisation en droit substantiel ne contredit pas l'affirmation selon laquelle la visioconférence ne peut être assimilée à la présence. Ainsi, les auteurs s'interrogent par exemple sur la possibilité de participer aux délibérations sociales par visioconférence et parlent à cet égard de présence virtuelle³⁴². En effet, la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, dite loi NRE, a introduit la possibilité d'utiliser la visioconférence au conseil d'administration³⁴³ en réputant présentes les personnes participant aux assemblées par ce moyen. Mais le fait de « réputer présente » une personne qui ne l'est pas physiquement ne signifie pas pour autant qu'il s'agisse d'une assimilation pure et simple, un auteur distinguant d'ailleurs entre le présent et le « cyber-participant »³⁴⁴, ce qui tend à affirmer que les deux notions ne peuvent être tenues pour des synonymes parfaits. Le constat est identique lorsque l'on observe l'emploi de l'expression « présence virtuelle » pour désigner les modalités de participation à un acte authentique électronique. Il semble qu'à cet égard, la loi ne tienne pas pour parfaitement équivalentes la présence physique et la présence virtuelle. Il suffit pour s'en convaincre d'observer les évolutions du décret du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires³⁴⁵ modifié par un décret du 10 août 2005³⁴⁶ qui, s'il n'exige pas pour l'établissement d'un acte authentique électronique la présence physique de toutes les parties à l'acte, exige néanmoins que la partie qui n'est pas présente dans l'office du notaire instrumentaire exprime son consentement devant un autre officier notarial³⁴⁷. En effet, cette exigence d'une comparution physique devant notaire semble montrer que la présence physique n'a pas la même portée que la présence virtuelle. Il est possible de faire suivre, dans certains cas, le même régime à ces deux notions sans pour autant les assimiler purement et simplement. Pour toutes ces raisons, la visioconférence et avec elle la « présence virtuelle » paraissent devoir être distinguées nettement de la présence et ne pas pouvoir s'inclure dans

³⁴² V. par ex. M.-C. GLOTIN, « Les délibérations sociales par télétransmission : une innovation de la loi NRE », *JCP E* 2002, p. 722 ; Y. GUYON, « Les dispositions du décret du 3 mai 2002 relatives aux assemblées générales d'actionnaires », *Rev. soc.* 2002, p. 421 ; P. LE CANNU, « La télécommunication délibérative », *RTD Com.* 2005, p. 761.

³⁴³ Art. L. 225-37 C. com.

³⁴⁴ Y. GUYON, « Les dispositions du décret du 3 mai 2002 relatives aux assemblées générales d'actionnaires », art. préc.

³⁴⁵ Décret n°71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires.

³⁴⁶ Décret n° 2005-973 du 10 août 2005 modifiant le décret n°71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires.

³⁴⁷ Sur la question de l'acte authentique électronique, v. par ex. X. LINANT DE BELLEFONDS, « L'acte authentique électronique, entre exégèse des textes et expérimentation », *CCE* 2002, chron. 22, qui s'interroge avant le décret du 10 août 2005 sur la possibilité de remplacer la présence physique des parties par une présence virtuelle ; puis postérieurement au décret, v. par ex. B. REYNIS, « Actualité et avenir de l'acte authentique électronique », *Deffrénois* 2013, p. 1022.

cette notion, au risque de « forcer » celle-ci jusqu'à l'en vider de son sens et donc de son intérêt, la visioconférence ne permettant pas de remplir les fonctions de la présence³⁴⁸. Or, cette rupture de l'unité spatio-temporelle qui permet de distinguer présence et visioconférence se retrouve également à l'étude du mécanisme de représentation, raison pour laquelle il est nécessaire de distinguer les deux modes de participation au procès que sont la présence et la représentation.

B- La rupture de l'immédiateté par l'intervention d'un intermédiaire humain : la représentation

81. Interrogations sur l'assimilation de la représentation à la présence – La représentation introduit nécessairement un facteur médiateur, qu'est le représentant, dans la relation entre le sujet et l'opération procédurale, ce qui tendrait à la distinguer de la notion de présence. Pourtant, la tentation est grande d'assimiler ces deux modes de participation au procès tant ils sont souvent associés par le droit positif et font découler de leur mise en œuvre des conséquences parfois similaires. Ainsi, par exemple, que la partie compare en personne ou par le mécanisme de la représentation, le jugement sera contradictoire en procédure civile³⁴⁹. Ces interrogations sont donc entretenues par le droit positif qui assimile parfois les deux notions à travers la notion de comparution. En effet, le terme de comparution signifie au sens propre « paraître avec » ou « paraître devant » et renvoie donc en principe à une véritable présence physique de la partie comparante. C'est d'ailleurs en ce sens que le terme est employé dans le Code de procédure pénale, lorsqu'il envisage l'obligation de comparaître qui pèse sur le mis en cause devant le tribunal correctionnel ou la cour d'assises³⁵⁰. En revanche, dans le cadre des procédures civiles dans lesquelles la représentation par avocat est obligatoire, comme c'est le cas devant le tribunal de grande instance et la cour d'appel, le terme de comparution revêt un sens particulier, puisque dans cette hypothèse, comparaître signifie constituer avocat et donc être représenté³⁵¹. La confusion est donc entretenue par l'absence d'unité apparente de la notion de comparution. Il apparaît donc utile de s'attarder sur les rapports qu'entretiennent ces trois notions, pour démontrer qu'elles doivent être distinguées. La représentation ne peut, en effet, être assimilée à la présence (1) en raison de son caractère médiateur. La distinction entre les notions de présence et de représentation permet alors d'apporter des éclaircissements sur la notion de comparution et sur les liens étroits que celle-ci entretient avec celles-là (2).

³⁴⁸ V. not. *infra* n°s 191 et 214.

³⁴⁹ Art. 467 C. proc. civ.

³⁵⁰ Art. 317 et s. et 410 C. proc. pén.

³⁵¹ Sur ce point, v. par exemple G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile*, préc., n° 313 ; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 85, J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., Montchrestien, 2015, Coll. Domat Droit privé, n° 1159 ; N. FRICERO, P. JULIEN, *Procédure civile*, 5^e éd., 2014, Coll. Manuel, n° 379.

1- La distinction entre présence et représentation

82. Hésitations – Des hésitations sur la possible assimilation de la représentation – à l’instance ou à l’action – à la présence naissent des origines étymologiques de ce premier terme. Le terme de représentation vient du latin « *repraesentare* », qui signifie « rendre présent »³⁵². Cette définition étymologique apporte son lot d’hésitations puisqu’une double interprétation en est possible. D’une part, il est possible de considérer que puisque la représentation d’une personne la *rend présente*, c’est nécessairement que cette personne est absente : il y aurait en effet un non-sens à vouloir *rendre présente* une personne qui l’est déjà. D’autre part, il est envisageable de se positionner par rapport au résultat, aux effets du mécanisme de représentation, et l’on constate que si représenter signifie rendre présent, c’est qu’*in fine*, une personne *représentée* est une personne considérée comme *présente*. La présence et la représentation se confondent alors.

83. Pertinence de la distinction générale entre présence et représentation – Malgré cette confusion, la distinction entre les notions de présence et de représentation s’impose au regard de la formulation des textes. D’abord, certains textes accolent les deux termes l’un à l’autre dans l’expression « *parties présentes ou représentées* »³⁵³, ce qui amène le lecteur à considérer que ces deux termes ne peuvent être tenus pour équivalents. Plus important encore, la distinction semble nécessaire puisqu’il n’est pas rare que dans les opérations procédurales pour lesquelles la présence est organisée, le mécanisme de représentation vienne se positionner en alternative voire en exception à la présence. Ainsi, en matière pénale, alors que la présence à l’audience du mis en cause est considérée comme le principe, la représentation vient faire figure d’exception et le prévenu peut demander au président du tribunal à être jugé en son absence en étant représenté par son avocat³⁵⁴. De la même façon, devant le conseil de prud’hommes, il était prévu que les parties comparaissent en personne, « *sauf à se faire représenter en cas de motif légitime* »³⁵⁵. C’est dire que les deux modes de participation à l’opération procédurale ne peuvent être confondus. En réalité, cette distinction se justifie car la représentation fait obstacle à certaines des fonctions de la présence. En effet, chaque fois que la présence est organisée dans le but de parvenir à la manifestation de la vérité, la

³⁵² J. DUBOIS, A. DAUZAT, H. MITTERRAND, « Représenter », in *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, Larousse, 2011, Coll. Les grands dictionnaires Larousse, p. 857. V. également S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, PUF, 2014, n° 173.

³⁵³ V. par exemple : art. 1319 C. proc. civ. ; art. 1378 C. proc. civ. ; art. 380-9 C. proc. pén. ; art. 498 C. proc. pén.

³⁵⁴ Art. 411 C. proc. pén.

³⁵⁵ Art. R. 1453-1 C. trav, modifié depuis par le décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud’homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail.

fonction de la présence est d'éprouver la fiabilité de ces personnes³⁵⁶. L'introduction d'un intermédiaire que serait le représentant réduirait à néant la proximité et le caractère direct du contact pourtant essentiel à cette fonction de la présence. *In fine*, se retrouve ici le critère de l'immédiateté qui caractérise la notion de présence, puisque le mécanisme de la représentation, en introduisant un intermédiaire entre le participant à la procédure et l'opération procédurale, brise nécessairement l'unité spatio-temporelle. Carbonnier écrivait ainsi que dans les « *procès d'avoué, les hommes de loi vont fermer un écran entre le juge et les plaideurs* »³⁵⁷. Cette distinction entre présence et représentation s'applique d'ailleurs quelle que soit la nature de la représentation, c'est-à-dire qu'il s'agisse d'une représentation à l'instance (a) ou d'une représentation à l'action (b).

a- Application de la distinction à la représentation à l'instance

84. Distinction appliquée à la représentation par avocat – La représentation à l'instance, ou représentation *ad litem*, se définit comme le mécanisme par lequel un mandataire accomplit les actes de la procédure au nom du mandant³⁵⁸. En pareille situation, c'est bien le représenté qui exerce l'action, le représentant étant simplement chargé d'accomplir les actes de procédure. L'application de la distinction entre représentation et présence de la partie ici ne pose guère de difficultés. Par exemple, le mécanisme de la représentation à l'instance du mis en cause en matière pénale, autorisé à titre dérogatoire par le Code de procédure pénale³⁵⁹, ne peut être considéré comme une forme de présence dès lors que le législateur a entendu distinguer ces deux situations en faisant de la présence en personne le principe et de la représentation une exception qui affaiblirait l'obligation d'être présent³⁶⁰ en prenant en compte le droit de choisir d'être présent ou non³⁶¹. Il est alors possible d'identifier précisément la partie représentée et le représentant et donc de percevoir que la représentation rompt l'immédiateté de la relation de présence. Dès lors, la représentation à l'instance de la partie n'équivaut pas à sa présence.

85. Articulation entre présence et représentation à l'instance – La distinction notionnelle entre présence et représentation à l'instance ne doit cependant pas conduire à la conclusion que les deux notions sont exclusives l'une de l'autre. En effet, il est possible de

³⁵⁶ V. *infra* n° 190 et s.

³⁵⁷ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique – Partie spéciale : Le procès et le jugement*, Paris, Association corporative des étudiants en droit, cours sténotypé, 1961-1962, p. 150.

³⁵⁸ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 501 ; S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, préc., n° 175 ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, préc., n° 417 ; G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile*, préc., n° 223.

³⁵⁹ Art. 411 C. proc. pén.

³⁶⁰ V. *infra* n° 371.

³⁶¹ Sur ce droit de présence, v. *infra* n° 426.

cumuler ces deux modes de participation au procès. Sans doute, dans un souci de clarté, est-il nécessaire ici de distinguer entre les hypothèses de représentation facultative et les hypothèses de représentation obligatoire. Dans la première hypothèse, la représentation de la partie au procès semble en effet exclure *de facto* sa présence. Puisque le mode principal de participation au procès est ici la présence, lorsque la partie se présente, la mission de l'avocat est alors limitée à une mission d'assistance³⁶². En d'autres termes, si la partie se présente personnellement avec un avocat à ses côtés, il n'y a alors pas de cumul de la représentation et de la présence de la partie, puisque ce dernier n'exerce alors qu'une mission d'assistance. De même, si la partie ne se présente pas personnellement, alors l'avocat endossera une mission de représentation, laquelle pourra emporter engagement de la partie qu'il représente, y compris dans la prise de parole si la procédure est orale³⁶³. Mais là encore, le cumul entre représentation à l'instance et présence de la partie sera exclu. Dans la seconde hypothèse en revanche, l'obligation de représentation suppose nécessairement qu'il existe entre l'avocat et son client un mandat de représentation, lequel emporte à la fois une mission de représentation au sens strict et une mission d'assistance³⁶⁴. Il n'est alors pas exclu que la partie puisse se présenter à l'audience aux côtés de son avocat qui la représente régulièrement³⁶⁵.

Bien que pouvant se cumuler, présence et représentation à l'instance doivent donc être distinguées. Il en va de même des notions de présence et de représentation à l'action, ou *ad agendum*.

b- Application de la distinction à la représentation à l'action

86. Hésitations dans le cadre de la représentation à l'action – La question de la distinction entre présence et représentation à l'action se pose ici avec plus d'acuité pour plusieurs raisons. La représentation *ad agendum* se définit comme le mécanisme par lequel le

³⁶² Sur la distinction entre la mission d'assistance et la mission de représentation de l'avocat, v. M. DOUCHY- OUDOT et J.-J. TAISNE, « Avocat », *Rép. D. proc. civ.* 2014, n° 354 et s. ; v. également N. FRICERO, « La représentation devant toutes les juridictions », *Just. et cass.* 2008, p. 90, spéc. n° 2. L'auteur relève que s'« *il n'est pas toujours aisé de dissocier la représentation stricto sensu qui dispense le plaideur de toute présence en personne devant le juge, de l'assistance par un auxiliaire de justice, qui repose sur la présence devant le juge du justiciable, conseillé par l'auxiliaire de justice* », [...] « *la procédure civile distingue pourtant ces deux notions* ».

³⁶³ Cass. civ. 1^{er}, 3 fév. 1993, n° 91-12.714 : *Bull. civ. I* n° 57 ; *RTD Civ.* 1993, p. 642, obs. R. PERROT.

³⁶⁴ Art. 413 C. proc. civ.

³⁶⁵ D'ailleurs, à l'audience, la mission de représentation n'exclut pas celle d'assistance puisque la jurisprudence affirme que dans les procédures écrites avec représentation obligatoire, la plaidoirie de l'avocat à l'audience n'engage pas son client, de telle sorte que l'identification d'une mission de représentation à l'audience est exclue : Cass. civ. 1^{er}, 14 janv. 1981 : *Bull. civ. I*, n° 13 ; *RTD Civ.* 1981, p. 446, obs. R. PERROT ; Cass. civ. 1^{er}, 14 mai 1991, n° 90-12.688 : *Gaz. Pal.* 1992. 1. Somm. 11, obs. H. CROZE et R. MOREL.

représentant agit au nom et pour le compte du titulaire de l'action³⁶⁶. Dans cette hypothèse, le représentant exerce véritablement l'action à la place du titulaire de l'action. Il est alors tentant de se demander si le fait que, dans un tel cas de figure, le représentant se substitue au représenté et fait « *passer ce dernier au second plan* »³⁶⁷ n'entraînerait pas une confusion entre la représentation et la présence. Dès lors qu'une représentation à l'action serait mise en place, cela équivaldrait à une présence de la partie. Ces hésitations sont d'ailleurs à première vue entretenues par le fait que dans certains cas, le législateur lui-même choisit d'appliquer les règles relatives à la présence non pas à la partie elle-même, mais à son représentant *ad agendum*. Ainsi, l'article 706-43 du Code de procédure pénale dispose que l'action publique est exercée à l'encontre de la personne morale prise en la personne de son représentant légal et que ce dernier représente la personne morale à tous les actes de la procédure. Lui seront donc appliquées naturellement les règles relatives à la comparution personnelle en matière pénale. Pourtant, la distinction entre représentation à l'action et présence doit être maintenue.

87. Représentation des personnes physiques – D'abord, cette distinction persiste en matière de représentation des personnes physiques. Les cas de représentation à l'action des personnes physiques peuvent se retrouver dans différentes hypothèses. La représentation peut être rendue obligatoire par l'incapacité d'exercice du titulaire de l'action, mais également en cas d'empêchement ou bien encore de volonté de sa part de confier l'exercice de l'action à un tiers. Mais quel que soit le cas de figure et quelle que soit la source du pouvoir d'agir du représentant, la distinction entre présence et représentation reste pertinente. Sans doute est-elle plus aisée à observer lorsque le pouvoir a une source conventionnelle, c'est-à-dire pour les personnes physiques, qu'il résulte d'un mandat au sens du droit civil. Dans cette hypothèse, l'adage « *Nul ne plaide par procureur* » trouve à s'appliquer de façon évidente puisqu'alors, le représenté doit figurer en son nom dans les actes de la procédure. Non masqué derrière le mécanisme de la représentation, il est alors aisé de le dissocier du représentant et d'observer que le droit positif se réserve la possibilité, même lorsque cette représentation est permise, d'organiser néanmoins la présence du représenté. Ainsi, la mesure d'instruction de comparution personnelle³⁶⁸ reste évidemment à disposition du juge pour entendre la partie elle-même s'il l'estime nécessaire, et non son représentant. S'il est possible d'organiser, en sus de la représentation à l'action conventionnelle, la présence du mandant, c'est sans conteste que la représentation à l'action d'une personne n'est pas assimilée à sa présence. En d'autres termes, la partie représentée n'est pas présente.

³⁶⁶ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 501 ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, préc., n° 414 ; G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile*, préc., n° 220.

³⁶⁷ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 501.

³⁶⁸ Art. 184 C. proc. civ.

En outre, lorsqu'il s'agit d'une représentation à l'action d'origine légale³⁶⁹ ou judiciaire³⁷⁰, la même conclusion s'impose. Il est vrai qu'ici l'hésitation est grande car le représenté disparaît véritablement derrière le représentant dans la mesure où ce dernier agit *ès qualités* et n'est donc pas soumis à l'obligation de faire figurer le nom du représenté dans les actes de la procédure, cette obligation ne valant que pour la représentation conventionnelle³⁷¹. Dès lors, n'y aurait-il pas présence de la partie lorsque le représentant à l'action est physiquement présent à l'opération procédurale ? En réalité, tel n'est pas le cas. Certes, la présence du représentant à l'action peut être prise en considération, mais il ne s'agit plus alors de l'envisager comme valant présence de la partie représentée, mais seulement comme une présence du représentant, en raison de ses qualités intrinsèques et personnelles de représentant³⁷². Ces deux présences ne peuvent d'ailleurs se confondre l'une avec l'autre dès lors que la représentation à l'action d'une personne n'exclut pas l'organisation de sa présence. Ainsi par exemple, devant le juge des tutelles, lorsqu'une instance relative à la mainlevée ou à la modification d'une mesure de tutelle est en cours, le juge peut entendre la personne protégée, et donc organiser sa présence pour son audition³⁷³. Or, dans cette hypothèse, le majeur protégé est partie à la procédure, mais parce qu'il est incapable, il est représenté à l'action par son tuteur. Cette représentation à l'action n'a cependant pas empêché le législateur d'organiser sa présence. Dans une logique similaire, le mineur victime d'une infraction pénale devra être représenté à l'action par son représentant légal ou par un administrateur *ad hoc* le cas échéant³⁷⁴ mais cette représentation n'empêchera pas le juge d'entendre le mineur lui-même et donc d'organiser sa présence. C'est donc que là encore la représentation à l'action du majeur protégé ou du mineur n'est pas assimilée à sa présence.

88. Représentation des personnes morales – La question mérite également quelques précisions s'agissant de la représentation à l'action des personnes morales du fait du débat séculaire mais persistant autour de leur nature. La controverse doctrinale sur la nature des personnes morales est née de ce que le Code civil de 1804 ne consacrait aucune disposition à la personnalité morale, bien qu'on ne pouvait nier de manière absolue l'existence d'intérêts collectifs et de personnalités morales particulières, telle que l'Etat ou les collectivités

³⁶⁹ C'est le cas notamment pour la représentation légale du mineur par ses représentants légaux (art. 389 et s. C. civ. dans le cadre de l'administration légale et art. 408 C. civ. dans le cadre de la tutelle) ou des majeurs protégés (art. 475 pour la tutelle des majeurs).

³⁷⁰ Ce peut être notamment le cas pour le conjoint autorisé par décision judiciaire à représenter son époux hors d'état de manifester sa volonté (art. 219 C. civ.) ou lorsque le juge désigne un administrateur *ad hoc* pour le mineur lorsque ses intérêts sont en conflit avec ceux de ses représentants légaux (art. 388-2 et 388-3 C. civ.).

³⁷¹ V. en ce sens L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 501 ; G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile*, préc., n° 222 ; D. CHOLET, « Assistance et représentation en justice », *Rép. D. proc. civ.*, 2012, n° 42.

³⁷² Qui dispose à ce titre d'un pouvoir de présence : v. *infra* n° 440.

³⁷³ Art. 442 al. 2 C. civ.

³⁷⁴ Art. 706-50 C. proc. pén.

territoriales³⁷⁵. Le débat était lancé sur la nature des personnes morales³⁷⁶, opposant les tenants de la théorie de la fiction, les défenseurs des théories réalistes, et les partisans de la théorie de la négation. Sans revenir sur cette question qui semble aujourd'hui avoir été tranchée par le droit positif en faveur de la théorie de la réalité technique³⁷⁷, il n'est toutefois pas inutile de s'interroger sur les conséquences de l'adoption de cette théorie sur la technique de représentation. La théorie de la réalité technique postule que la reconnaissance d'une personne morale « *suppose que soient réunies deux conditions : d'une part l'existence d'un intérêt collectif, et d'autre part, une organisation capable de dégager une volonté qui puisse représenter et défendre cet intérêt* »³⁷⁸. En prolongement de cette théorie, et en particulier du critère de l'organisation amenée à défendre les intérêts de la personne morale, apparaît l'idée, inspirée de la théorie de l'organe³⁷⁹, que l'organe ou le représentant n'est pas distinct de la personne morale mais *est* la personne morale³⁸⁰. Dans cette perspective, et si l'on admet que l'action en justice d'une personne morale est engagée par ses organes et représentants, la question de l'assimilation de la représentation de la personnalité morale à sa présence se pose avec une acuité nouvelle. Si l'organe ou le représentant *est* la personne morale, il pourrait être soutenu que dès lors que le représentant ou l'organe est présent, la personne morale est présente, ce qui revient à assimiler la représentation à la présence en la matière. Pourtant, cette assimilation semble une fois encore devoir être rejetée sans pour autant que cela ne

³⁷⁵ F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes*, 8^e édition, Dalloz, 2012, Coll. Précis-droit privé, n° 251.

³⁷⁶ Pour un exposé des théories classiques, v. R. SALEILLES, *De la personnalité juridique : histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, La Mémoire du Droit, 2003, réimpression de l'édition de 1910 ; L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, t. 2, 3^e édition, LGDJ, 1924, réédité en 1998. Pour des synthèses récentes de la question v. N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé : éléments pour une théorie*, préf. B. PETIT, LGDJ, 2004, Coll. Bibliothèque de droit privé, n° 32 et s. ; v. aussi F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes*, préc., n° 252 et s. ; B. TEYSSIE, *Droit civil, Les personnes*, 17^e édition, LexisNexis, 2015, Coll. Manuel, n° 973 et s. ; J.-C. SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, LexisNexis, 2013, Coll. Traités, n° 133 et s.

³⁷⁷ V. en particulier Cass. civ. 2^e, 28 janv. 1954 : D. 1954, 217, note G. LEVASSEUR ; JCP 1954. II. 7978, concl. LEMOINE ; Dr. soc. 1954. 161, note P. DURAND. Et aussi : B. TEYSSIE, *Droit civil, Les personnes*, préc., n° 878 et s. ; F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes*, préc., n° 257 et s.

³⁷⁸ N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé : éléments pour une théorie*, préc., n° 59 et s.

³⁷⁹ Cette théorie a notamment été exposée par O. von. GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Weidmann, 1997, p. 614 et s., cité par N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé*, préc., n° 70.

³⁸⁰ En ce sens, à l'occasion d'études sur la responsabilité des personnes morales, v. P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 7^e édition, Armand Colin, 2004, Coll. U. droit, n° 373, qui expliquent à propos de la théorie dite parfois de la responsabilité reflet que « *l'organe ou le représentant ne sont pas distincts de la personne morale* » ; J.-C. SAINT-PAU, « La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction », in *Le risque pénal dans l'entreprise : questions d'actualité, actes de la journée d'études des éditions du Juris-Classeur*, Litec, 2003, n° 124 : « *Les organes ou représentants sont la personne morale* » ; J.-C. SAINT-PAU, « La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant d'une personne morale », in *Les droits et le droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 1011 et s., spéc. p. 1012 : « *En d'autres termes, les organes ou représentants « sont » la personne morale qui n'est donc pas responsable de leur fait, mais « par » ou à « travers » eux* » ; F. DESPORTES, « Conditions strictes de mise en œuvre de la responsabilité des personnes morales », JCP G. 1998 II. 10023, rapp. sous Cass, crim, 2 décembre 1997, n° 96-85484 : « *Le représentant est la personne morale* ».

remette en cause l'analyse des rapports entre les organes et représentants et la personne morale précédemment évoqués. En effet, « *l'identité de personne n'exclut pas la dualité de qualité* »³⁸¹, c'est dire, en transposant la réflexion à la matière processuelle, que la personne physique exerçant l'action en justice a la double qualité de personne physique et celle de représentant ou d'organe³⁸². De la sorte, il est permis de considérer, au regard du critère immédiat de la notion de présence dégagé précédemment, que lorsqu'un dirigeant agit au nom de la personne morale, il crée nécessairement un rapport médiateur entre la personne morale et l'opération procédurale, qui ne peut être assimilée à la présence. En effet, c'est sa qualité de personne physique qui rend possible sa présence, ce qui crée une distanciation entre l'opération procédurale et la personne morale. Dans ce cadre, il s'agit donc d'un véritable mécanisme de représentation³⁸³, prévu par la loi ou les statuts même des personnes morales qui attribuent à ces organes ou représentants le *pouvoir* de les représenter en justice. C'est d'ailleurs cette formulation que reprend le Code de procédure civile, lorsqu'il envisage le défaut de pouvoir du représentant d'une personne morale³⁸⁴. Cela ne saurait que conforter l'analyse selon laquelle il s'agit bien là d'un véritable mécanisme de représentation, introduisant un intermédiaire, certes nécessaire, mais qui rompt tout de même l'immédiateté qui caractérise la présence. C'est dire que même à l'égard des personnes morales, la représentation ne saurait être assimilée à la présence. Dès lors, il faut admettre que du fait de leur caractère fictif, les personnes morales ne peuvent en aucun cas être présentes à la procédure. Ce constat ne saurait toutefois signifier qu'elles ne sont pas concernées par la présence en droit processuel, mais simplement que lorsqu'une personne morale est impliquée dans une procédure, la présence organisée par le droit positif sera celle non pas de la personne morale elle-même, mais bien celle de ses représentants. Ainsi, le Code de procédure pénale prévoit que « *l'action publique est exercée à l'encontre de la personne morale prise en la personne de son représentant légal* »³⁸⁵ à l'époque des poursuites »³⁸⁶. Autrement dit, chaque fois que le droit positif organise la présence de la personne poursuivie, c'est en réalité la présence du représentant de la personne morale qui sera organisée si la personne poursuivie est une personne morale. C'est qu'en effet il faut admettre que la présence du représentant est parfois exigée pour elle-même³⁸⁷. Cette distinction entre les notions de présence et de

³⁸¹ J.-C. SAINT-PAU, « La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant d'une personne morale », art. préc., p. 1016.

³⁸² Le professeur Saint-Pau remarquait à ce propos que si la dissociation est évidente lorsque l'organe est collectif, elle reste pourtant pertinente lorsque l'organe est individuel, J.-C. SAINT-PAU, *ibid.*

³⁸³ Pour des précisions sur le mécanisme de représentation, v. M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, 1982, Coll. Bibliothèque de droit privé.

³⁸⁴ Art. 117 C. proc. civ.

³⁸⁵ Nous soulignons.

³⁸⁶ Art. 706-43 C. proc. pén.

³⁸⁷ Pour des développements sur la présence personnelle des représentants des incapables, v. *infra* n° 440.

représentation implique alors d'apporter quelques précisions sur la notion de comparution, tant celle-ci entretient des rapports étroits avec celles-là.

2- Précisions sur la notion de comparution

89. Polysémie de la comparution – Si l'on s'en tient au sens commun des termes de comparution et de présence, l'équation entre ces deux termes semble simple à résoudre. En effet, dans le langage commun, la comparution renvoie « *au fait de comparaître en justice* », c'est-à-dire « *de se présenter sur convocation devant un juge ou un tribunal* »³⁸⁸ ; la présence quant à elle signifie « *le fait de se trouver présent* », soit « *d'être ici, dans le lieu dont on parle* »³⁸⁹. Comparaître signifierait donc être présent devant la juridiction chargée de déterminer l'issue du procès. Mais la science juridique ne se suffit pas du langage commun et a développé une terminologie qui lui est propre et à laquelle les juristes sont très attachés³⁹⁰. Ainsi, selon le *Vocabulaire juridique*, le terme de comparution revêt trois significations différentes. Il peut renvoyer au « *fait de se présenter en personne devant une autorité pour accomplir un acte dont la loi ordonne ou autorise qu'il soit fait par l'intéressé lui-même* »³⁹¹. Son deuxième sens, plus particulier, est propre aux juridictions devant lesquelles le ministère d'avocat est obligatoire, et renvoie au « *fait de constituer avocat ou avoué, au fait de se faire représenter en justice par de tels auxiliaires* »³⁹². Le troisième et dernier sens est un sens plus générique : la comparution se définit alors comme « *le fait d'organiser sa défense en justice en se conformant aux modalités propres à la juridiction devant laquelle on plaide, c'est-à-dire soit en comparaisant en personne [...], soit en constituant avocat ou avoué* »³⁹³. Ce troisième sens, plus générique, ne saurait cependant s'appliquer au témoin puisque la défense en justice n'a de sens que pour une personne partie au procès, ou à tout le moins « *partie potentielle* »³⁹⁴, ce qui n'est pas le cas du témoin. Il est toutefois remarquable que lorsque la notion de comparution est définie dans un sens très voisin de la notion de présence, comme c'est le cas dans la première définition évoquée, cette définition renvoie à une comparution que le législateur qualifie de *personnelle* ou de *comparution en personne*³⁹⁵, du moins en matière civile. Il arrive même que les textes prévoient les deux modalités possibles de comparution,

³⁸⁸ I. JEUGE-MAYNART, F. HABOURY, L. KAROUBI, « Comparution », *Le Petit Larousse illustré*, Larousse, 2009, p. 227 et 228.

³⁸⁹ I. JEUGE-MAYNART, F. HABOURY, L. KAROUBI, « Présence », *Le Petit Larousse illustré*, préc., p. 818.

³⁹⁰ V. F. TERRE, « Les mots et le droit », *D.* 2011, p. 152.

³⁹¹ ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dir. G. CORNU), « Comparution », sens 1, *Vocabulaire juridique*, préc. p. 211.

³⁹² ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dir. G. CORNU), « Comparution », sens 2, *Vocabulaire juridique*, préc. p. 211.

³⁹³ ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dir. G. CORNU), « Comparution », sens 3, *Vocabulaire juridique*, préc. p. 211.

³⁹⁴ V. en ce sens Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préf. J.-C. SAINT-PAU, Dalloz, 2013, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 453 et s., spéc. n° 472.

³⁹⁵ V. par exemple art. 883 al. 2 C. proc. civ., art. L.1453-1 C. trav., art. 188 C. proc. civ.

*en personne ou par mandataire*³⁹⁶. Il semble donc que le Code de procédure civile emploie le terme de comparution dans son troisième sens, générique, tout en venant préciser les modalités de cette comparution par la suite.

En matière pénale, l'analyse n'est pas aussi évidente puisque le législateur n'a pas toujours pris le soin de préciser que la comparution dont il s'agit est une comparution personnelle. Ainsi, l'article 410 du Code de procédure pénale ne précise pas à propos de la comparution du prévenu devant le tribunal correctionnel s'il doit s'agir ou non d'une comparution personnelle. Cependant, cette précision se retrouve à l'article 411 qui dispose que le tribunal peut renvoyer l'affaire à une audience ultérieure s'il « *estime nécessaire la comparution personnelle du prévenu* », ce qui sous-entend que la « *comparution du prévenu* » envisagée par l'article 410 était bien une comparution personnelle. Par ailleurs, la précision de cette modalité de comparution est reprise assez largement par la doctrine³⁹⁷.

L'analyse est encore différente s'agissant des témoins, pour lesquels la comparution renvoie systématiquement à leur présence, quelle que soit la nature de l'affaire.

90. Comparution physique et comparution virtuelle – Les choses se compliquent encore lorsque l'on observe que la comparution personnelle n'est pas, pour la Cour de cassation, un synonyme strict de la présence physique. En effet, dans un arrêt rendu par la Chambre criminelle le 1^{er} octobre 2013³⁹⁸, les Hauts magistrats ont considéré, au détour d'une question relative aux conditions de recours à la visioconférence devant la chambre de l'instruction, que « *ce moyen de télécommunication audiovisuelle [n'est] qu'une modalité de la comparution personnelle* ». De même, la Cour de cassation a eu récemment l'occasion de viser la « *comparution personnelle par visioconférence du prévenu* »³⁹⁹. Si l'on retient que la comparution désigne le fait de se présenter en justice selon les modalités propres à la juridiction devant laquelle la procédure se déroule, il faut alors admettre que celle-ci puisse être soit personnelle, soit par mandataire, et qu'en sus, la comparution personnelle peut être soit virtuelle par visioconférence, soit physique, seule cette dernière hypothèse correspondant à la notion de présence. Par conséquent, et dans un souci de clarté, le terme seul de comparution ne sera employé que dans un sens générique, pour désigner le fait de se présenter en justice selon les modalités propres à la juridiction devant laquelle le procès se déroule, sans distinguer entre les modalités de cette comparution, par mandataire ou personnelle, physique ou virtuelle.

³⁹⁶ Art. 467 C. proc. civ.

³⁹⁷ V. par exemple S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, préc. n° 2497 et s. ; G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Procédure pénale*, 25^e édition, Dalloz, 2016, Coll. Précis Droit privé, n° 1025 ; M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 2^e édition, Ellipses, 2013, n° 616 ; v. aussi entre autres, M. REDON, « Tribunal correctionnel », *Rép. D. proc. pén.*, 2013, n° 194 ; M. LENA, « Jugement par défaut », *Rép. D. proc. pén.*, 2014, n° 47.

³⁹⁸ Cass. crim., 1^{er} oct. 2013, n° 13-85.013.

³⁹⁹ Cass. crim., 16 fév. 2016, n° 15-86.596.

91. Bilan – En définitive, la spécificité de la présence comme mode de participation au procès découle du critère de l'immédiateté qui la caractérise, qui se traduit par l'absence d'intermédiaire entre le participant à la procédure et l'opération procédurale qui sert de référentiel. C'est dire que quelle que soit sa nature – technique s'agissant de la visioconférence, humain s'agissant de la représentation –, cet intermédiaire rompt le lien d'immédiateté entre l'objet référentiel et le participant, et crée de ce fait un mode de participation distinct de la présence.

Conclusion du chapitre 1

92. Transposition de la définition générique au droit processuel – En définitive, si la présence se définit de façon générale comme le fait d’être ici dans le lieu dont on parle, la notion de présence en droit processuel se définit comme le fait, pour un acteur de la procédure déterminé, d’être physiquement et personnellement au lieu où se déroule une opération procédurale déterminée.

93. Référentiel du lien de présence – En premier lieu, la notion de présence en droit processuel implique de préciser ce à quoi les acteurs du procès sont présents. Il s’agit alors d’identifier le référentiel de la présence. Or ce référentiel qui correspond initialement au « lieu dont on parle » selon la définition générique du terme, ne saurait renvoyer à un seul objet géographique, puisqu’un lieu seul, pris indépendamment de ce qui s’y trouve ou de ce qui s’y déroule à un instant *t*, n’a que peu d’intérêt pour le droit. Il fallait donc rechercher quelle qualification juridique pouvait s’appliquer à ce référentiel. Il était donc nécessaire de s’intéresser à la nature de ce référentiel, en envisageant tour à tour la possibilité de retenir un référentiel personnel et un référentiel matériel. L’analyse a cependant révélé qu’opter pour un référentiel personnel s’avérait insuffisant car la seule prise en compte de la qualité attachée à un acteur du procès ne suffit pas toujours à rendre compte de l’opération procédurale qu’il accomplit, dans la mesure où un même acteur du procès, pris dans une qualité unique, peut être amené à accomplir différentes opérations procédurales. Il s’est donc avéré que l’objet référentiel de la notion de présence le plus adéquat était de nature matérielle, et correspondait plus précisément à une opération procédurale, définie comme le processus de réalisation d’une action de nature procédurale visant à recueillir ou à mettre à disposition du juge les éléments utiles à la résolution du litige.

94. Nature immédiate du lien de présence – Une fois identifié l’objet référentiel de la présence, il faut encore déterminer les modalités de participation à cette opération inhérente à la notion de présence. En effet, la notion de présence impliquant de créer un lien entre l’opération procédurale et les acteurs du procès, il est alors nécessaire de mettre en lumière la nature de ce lien, pour prendre position sur d’autres modes de participation au procès, voisins de la présence. En réalité, la spécificité de la relation de présence réside en ce que la relation créée est une relation immédiate, sans intermédiaire, qu’il soit technique ou humain, instaurant ainsi une unité spatio-temporelle entre l’opération procédurale et le sujet de la présence. Ce critère a donc amené à exclure la visioconférence et la représentation, qui sont deux modes de participation au procès introduisant un intermédiaire entre les deux termes du lien de présence tels qu’ils avaient été définis. En effet, la visioconférence introduit l’intermédiaire technique qu’est le dispositif audiovisuel, rompant l’unité spatio-temporelle nécessaire pour caractériser une relation de présence. Le mécanisme de représentation

introduit également un intermédiaire, cette fois humain, qui rompt à nouveau l'unité spatio-temporelle. Il fallait donc en tirer la conclusion que le lien de présence exige une présence physique et personnelle du sujet.

95. Définition de la présence en droit processuel – En définitive, il faut en déduire que la notion de présence en droit processuel s'entend du fait pour un acteur⁴⁰⁰ de la procédure de se trouver physiquement et personnellement dans le lieu où se déroule l'opération procédurale envisagée. Cette première étape de détermination de la notion de présence en droit processuel doit cependant être complétée. En effet, si une notion se détermine par les caractéristiques qui la rendent singulière, elle se détermine également au regard des liens plus ou moins étroits qu'elle entretient avec des notions voisines. Pour savoir ce qu'*est* la présence en droit processuel, il est donc intéressant d'envisager également ce qu'elle *n'est pas*, à travers les liens qu'elle entretient avec des notions voisines. Il s'agit en effet de se demander si la présence peut n'être considérée que comme un élément absorbé par des notions voisines. Se pose alors la question de l'autonomie de la notion de présence.

⁴⁰⁰ Le terme « acteur » est ici employé dans son sens le plus large, pour désigner l'ensemble des personnes impliquées dans la procédure, parties comme tiers.

Chapitre 2 : La présence, une notion autonome

96. Notion d'autonomie – De façon générale, l'autonomie peut se définir comme « *le pouvoir de se déterminer soi-même, de se gouverner par ses propres lois* »⁴⁰¹. La notion d'autonomie n'implique cependant pas l'absence totale de liens entre l'élément autonome et les éléments de son environnement et ces liens existent nécessairement dès lors que l'on s'intéresse à un système juridique que le législateur a voulu cohérent.

97. Imbrication des concepts de droit processuel – Appliquant ces éléments au droit processuel, il faut donc admettre que s'intéresser à l'autonomie de la notion de présence ne revient pas à dire que la présence jouit d'une totale indépendance à l'égard des autres concepts de droit processuel et leur est totalement hermétique. Le droit processuel est en effet aujourd'hui tout entier gouverné par le tentaculaire principe du procès équitable, de sorte que les notions de droit processuel et les principes qui gouvernent ce dernier sont imbriqués les uns dans les autres. Ainsi, on ne s'étonnera pas que la notion de présence entretienne des liens étroits avec d'autres notions de droit processuel, dans la mesure où la présence était jusqu'à présent appréhendée de façon implicite à travers d'autres concepts, telles que le droit au juge – que l'on peut décliner en un droit d'accès au juge et un droit d'être entendu par le juge –, le principe du contradictoire ou encore le principe d'oralité. En effet, ces trois concepts entretiennent des relations si étroites entre eux que la doctrine les présente parfois en synergie les uns avec les autres. Ainsi, à la faveur d'études sur le droit d'être entendu, apparaissent des réflexions sur le principe du contradictoire et sur l'oralité des procédures et des débats⁴⁰². Le débat oral est parfois présenté comme un moyen au service du principe du contradictoire⁴⁰³. On constate encore que des études consacrées aux procédures orales confrontent systématiquement cette notion à celle de contradictoire et de droit d'accès aux tribunaux⁴⁰⁴. La proximité entre ces concepts, à laquelle vient s'ajouter le fait que, pour chacun d'entre eux, la présence paraît dans certains cas être un élément de leur réalisation, entretient la confusion quant à l'existence d'un lien de dépendance entre la notion de présence d'une part et ces quatre notions que sont le droit d'accès au juge, le droit d'être entendu, le contradictoire et l'oralité d'autre part.

⁴⁰¹ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Autonomie », in *Vocabulaire juridique* (dir. G. CORNU), 11^e éd., PUF, 2016, Coll. Quadrige, p. 106.

⁴⁰² V. par exemple G. FLECHEUX, « Le droit d'être entendu », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 149.

⁴⁰³ L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, préf. B. BEIGNIER, LGDJ, 2008, Coll. Bibliothèque de droit privé, n° 278 et s. ; L. ASCENSI, *Du principe de la contradiction*, préf. L. CADIET, LGDJ, 2006, Coll. Bibliothèque de droit privé, n° 554 et s. ; M.-R. BERGEL, « L'oralité et le contradictoire », *RRJ* 2003, p. 3069 et s., spéc. p. 3070.

⁴⁰⁴ B. TRAVIER et R. CROS, « Les procédures orales à l'aune de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme : mort ou résurrection ? », *Procédures* 2007, ét. 5.

98. Autonomie de la notion de présence – Pourtant, la notion de présence ne saurait être absorbée par ces concepts, de telle sorte qu'elle jouit à leur égard d'une autonomie conceptuelle. En effet, elle ne peut être pleinement identifiée comme un élément qui serait absorbé par ces concepts. Dès lors que les manifestations de la présence en droit processuel ne sont pas totalement solubles dans les concepts déjà reconnus du droit processuel, l'intérêt d'appréhender la présence comme un concept autonome se fait jour et renforce ainsi la légitimité de la présence en droit processuel. On parvient dès lors à la conclusion que si la notion de présence ne se dilue pas dans les concepts voisins, c'est-à-dire si ces derniers sont inaptes à expliquer en totalité les manifestations de la présence, alors elle jouira d'une autonomie à leur égard. Voilà donc l'objet de la démonstration de l'autonomie de la notion de présence.

99. Annonce – Pour étayer une telle démonstration, il est alors nécessaire de s'intéresser aux rapports qui existent entre la notion de présence d'une part et celles de droit d'accès au juge, de droit d'être entendu, de contradictoire et d'oralité d'autre part. A cette fin, il pourrait être tentant de prime abord d'étudier la place de la présence dans la théorie de l'action puis dans la théorie de l'instance en considérant que le droit d'être entendu, dont la condition préalable nécessaire est le droit d'accès au juge, relève sans doute de la théorie de l'action, alors que le contradictoire et l'oralité sont tous deux des principes qui ont vocation à gouverner l'instance. Cependant, cette présentation pêche par la confusion qu'elle engendre quant à l'appartenance du droit d'accès au juge à la théorie de l'action, alors que la distinction entre l'action et le droit d'accès au juge, si chère à Motulsky⁴⁰⁵, est désormais claire. En revanche, il peut être affirmé⁴⁰⁶ que le droit d'accès au juge comme l'action en justice sont deux facettes du droit au juge tandis que les notions de contradictoire et d'oralité se rattachent toutes deux à la théorie de l'instance. Partant, et afin de démontrer l'autonomie de la notion de présence en droit processuel, seront étudiées en premier lieu la place de la présence dans la théorie du droit au juge (Section 1) et en second lieu la place de la présence dans la théorie de l'instance (Section 2).

⁴⁰⁵ V. en particulier H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », *Arch. phil. dr.* 1964, t. 9, p. 215 et s., reproduit dans *Ecrits, études et notes de procédure civile*, préf. G. BOLARD, Dalloz, 2009, Coll. Bibliothèque Dalloz, p. 85 et s.

⁴⁰⁶ Encore que certains auteurs distinguent nettement le droit au juge de l'action en justice, celle-ci ne relevant pas de celui-là. En ce sens, v. notamment L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., PUF, 2013, Coll. Thémis Droit, spéc. p. 568 et s.

Section 1 : Présence et droit au juge

100. Droit au juge, droit d'action et droit d'accès au tribunal – La notion de droit au juge est apparue sous la plume de Favoreu⁴⁰⁷ et a pu être définie comme « *le droit pour toute personne physique ou morale, française ou étrangère, d'accéder à la justice pour y faire valoir ses droits* »⁴⁰⁸. La notion semble alors se confondre avec celle de droit à un recours effectif devant une juridiction⁴⁰⁹. Pourtant, pour que le recours soit véritablement effectif, il suppose qu'existent successivement un droit d'accès au tribunal et un droit d'être entendu sur le fond, qui correspond au droit d'action tel que prévu par l'article 30 du Code de procédure civile. De la sorte, le droit d'action se distingue donc du droit d'accès au juge⁴¹⁰, qui se définit non pas comme le droit d'obtenir une décision sur le fond, mais comme le droit de saisir les juridictions. Si les deux concepts ne se confondent pas⁴¹¹, ils participent cependant tous deux de la théorie du droit au juge, qui ne saurait ainsi se réduire ni au droit d'action⁴¹² ni au droit d'accès au juge⁴¹³. C'est en ce sens que se prononce la Cour européenne des droits de l'Homme qui a consacré depuis son arrêt *Golder* rendu contre le Royaume-Uni en 1975⁴¹⁴ un droit d'accès au tribunal en relevant que « *l'article 6 § 1 garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil. Il consacre de la sorte le "droit à un tribunal", dont le droit d'accès, à savoir le droit de saisir le tribunal en matière civile, ne constitue qu'un aspect* »⁴¹⁵. Si le droit d'accès au tribunal est une condition de l'effectivité du droit au juge, on peut en effet constater avec un auteur que le droit de saisir le juge implique à l'inverse celui d'obtenir un jugement⁴¹⁶. Le droit d'action et le droit d'accès au juge, pour être distincts, sont donc intimement liés en ce qu'ils participent

⁴⁰⁷ L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, 1964, p. 550.

⁴⁰⁸ L. FAVOREU et T. RENOUX, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, 1992, Coll. droit public, n° 176.

⁴⁰⁹ Selon l'expression employée par le Conseil constitutionnel : Cons. const., 9 avr. 1996, n° 96-373 DC ; Cons. const., 23 juil. 1999, n° 99-416 DC ; Cons. const., 19 déc. 2000, n° 2000-437 DC.

⁴¹⁰ En ce sens, v. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2^e édition, PUF, 2013, n° 78 ; et surtout H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », art. préc., p. 95.

⁴¹¹ La distinction a été particulièrement mise en lumière par Motulsky qui a le premier proposé de distinguer l'action de l'accès au juge, dans sa désormais célèbre *tétrialogie*. V. en particulier H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », art. préc., spéc. p. 95.

⁴¹² En ce sens, v. N. FRICERO, « Le droit au juge devant les juridictions civiles », in *Le droit au juge dans l'Union européenne* (dir. J. RIDEAU), LGDJ, 1998, p. 11 ; T. RENOUX, « La constitutionnalisation du droit au juge en France », in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, préc., p. 113 ; J.-M. RAINAUD, « Le droit au juge devant les juridictions administratives », in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, préc., p. 34.

⁴¹³ En ce sens, v. M. BANDRAC, « L'action en justice, droit fondamental », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 1, spéc. p. 12.

⁴¹⁴ CEDH, 21 fév. 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70 : *AFDI* 1975, p. 330, note R. PELLOUX ; A. GOUTTENOIRE, « Le droit d'accès à un tribunal », in *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme* (dir. F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et alii*), PUF, 2011, Coll. Thémis Droit, p. 292 à 305.

⁴¹⁵ CEDH, 21 fév. 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, préc., n° 36.

⁴¹⁶ M. BANDRAC, « L'action en justice, droit fondamental », art. préc., spéc. p. 12.

du concept « *globalisant* »⁴¹⁷ de droit au juge. Pour envisager l'autonomie de la présence dans la théorie du droit au juge, il est donc nécessaire de démontrer que les manifestations de la présence ne sont solubles ni dans le concept d'accès au juge (§1) ni dans celui d'action en justice (§2).

§1 : L'autonomie de la notion de présence à l'égard de l'accès au juge

101. Présence et droit d'accès au juge – Le droit d'accès au juge suppose pour le justiciable la faculté de saisir le juge. Or, la forme primitive de l'accès au juge est sans doute celle qui se traduirait par une faculté pour le justiciable de se présenter devant lui⁴¹⁸ et serait donc servie par la présence du justiciable face à celui-ci. De prime abord, il pourrait alors sembler que la notion de présence se dissout dans le concept, plus large, de droit d'accès au juge. La présence des parties⁴¹⁹ pourrait ainsi être assimilée à un mode d'exercice du droit d'accès au juge : c'est ainsi que pourraient être analysées la présentation ou la comparution volontaire des parties⁴²⁰. Parfois cependant, la présence n'est pas *a priori* envisagée comme un mode d'accès au juge à part entière mais plus modestement comme une condition d'accès au juge, c'est-à-dire comme une condition nécessaire pour saisir le juge. Pourtant, si l'on questionne plus précisément les rapports qu'entretient la notion de présence avec le droit d'accès au juge, il apparaît alors que la présence n'est pas un mode autonome d'accès au juge (A) et qu'en outre, elle n'en est pas une condition (B), permettant ainsi d'affirmer l'autonomie de la notion de présence à l'égard de l'accès au juge.

A- Le rejet de la présence comme mode autonome d'accès au juge

102. Présence et saisine du juge – Envisager la présence comme un mode d'accès au juge revient à affirmer que la présence des parties peut permettre de saisir la juridiction. En effet, l'accès au juge s'entend de la saisine du juge. Or, cette modalité de saisine des juridictions existe bel et bien en droit positif, sous les dénominations de présentation volontaire des parties en procédure civile et de comparution volontaire des parties en procédure pénale. La présence s'affirmerait donc *a priori* comme un mode d'accès au juge.

⁴¹⁷ A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, préf. J.-C. SAINT-PAU, LGDJ, 2010, Coll. Bibliothèque de droit privé, n° 315.

⁴¹⁸ V. *supra* n° 15 et s.

⁴¹⁹ Et l'on pressent déjà que, dans la mesure où il ne peut être question ici que de la présence des parties puisque l'on s'intéresse au droit d'accès au juge, ce dernier ne peut justifier totalement l'organisation de la présence en droit processuel.

⁴²⁰ L'expression employée diffère selon la matière : le Code de procédure civile parle de « présentation volontaire » alors que le Code de procédure pénale emploie l'expression de « comparution volontaire » : v. *infra* n°s 104 et 105. On peut d'ailleurs remarquer que la différence sémantique tient en réalité à la polysémie du terme de « comparution » lui-même, dont le sens varie également selon la matière : sur cette question, v. *supra* n° 89.

Pourtant, il semble que si la présence peut en revêtir l'apparence (1), elle est en réalité un mode inopérant d'accès au juge (2).

1- La présence, modalité apparente d'accès au juge

103. La présence comme modalité de saisine du juge – La présence des parties peut sembler être un mode d'accès au juge dès lors que le législateur érige leur présence personnelle devant la juridiction comme mode de saisine de celle-ci. Plusieurs manifestations de cette modalité particulière de saisine du juge existent dans notre droit positif sous des appellations différentes.

104. Présentation volontaire des parties en procédure civile – Le mode de saisine du juge par la présentation volontaire des parties existe ainsi en matière civile devant certaines des juridictions devant lesquelles la procédure est orale et sans représentation obligatoire. Il est notamment admis que la demande en justice puisse être formée devant le tribunal d'instance, au même titre que par une assignation, une requête conjointe remise au greffe ou une déclaration au greffe, par la présentation volontaire des parties devant le juge, en vertu de l'article 829 du Code de procédure civile. Or, la demande en justice formée par la présentation volontaire des parties a pour effet direct la création du lien d'instance et la saisine de la juridiction. Le premier effet de la demande en justice est la création du lien d'instance⁴²¹. En ce sens, la demande en justice formée par la présentation volontaire des parties n'échappe pas à la règle et génère un lien d'instance. Mais la demande en justice par présentation volontaire a également pour effet la saisine de la juridiction. En effet, bien que création du lien d'instance et saisine de la juridiction doivent être distinguées puisqu'elles ne sont pas toujours concomitantes⁴²², tel est pourtant le cas pour la présentation volontaire des parties : celle-ci crée en même temps le lien d'instance entre les parties et saisit le juge⁴²³.

⁴²¹ En ce sens, v. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile- Droit interne et droit de l'Union européenne*, 32^e éd., Dalloz, 2014, Coll. Précis Droit privé, n° 292 ; G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile*, 17^e éd., Dalloz, 2014, Coll. Sirey Université, n° 160 ; J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., Montchrestien, 2010, Coll. Domat Droit privé, n° 128 et s. V. cependant L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., LexisNexis, 2013, Coll. Manuel, n° 474, pour qui la demande en justice ne crée pas le lien d'instance, dont la création doit être parfaite par la saisine de la juridiction, lorsque la demande n'opère pas elle-même saisine de la juridiction.

⁴²² Selon la forme de la demande en justice, la saisine de la juridiction nécessitera un acte de procédure supplémentaire, l'enrôlement de l'affaire. Ainsi, l'assignation crée le lien d'instance entre les parties mais est impuissante à saisir le juge. Cette distinction semble désormais bien établie à la faveur d'une série d'arrêts rendus par la Cour de cassation qui la mettent en exergue (v. par ex. Cass. civ. 2^e, 29 fév. 1984 : *Bull. civ.* II, n° 43 ; *RTD Civ.* 1984, p. 559, obs. R. PERROT. Cass. com., 18 déc. 1984 : *RTD Civ.* 1985, p. 445, obs. R. PERROT. Cass. civ. 3^e, 10 déc. 1985 : *Gaz. Pal.* 1986, p. 328, obs. S. GUINCHARD et T. MOUSSA ; *D.* 1986, IR 225, obs. P. JULIEN ; *RTD Civ.* 1986, p. 634, obs. R. PERROT. Cass. civ. 3^e, 23 janv. 1993 : *RTD Civ.* 1993, p. 885, obs. R. PERROT. Cass. com. 4 oct. 1994 : *JCP* 1995 I, p. 3846, obs. L. CADIET. Cass. civ. 3^e, 15 mai 2002 : *Procédures* 2002, comm. 182, note R. PERROT ; *D.* 2002, p. 2499, note C. ATIAS ; *D.* 2002, p. 1326, obs. C. GIVERDON. Cass. civ. 3^e, 2 juil. 2003 : *D.* 2003, p. 2998, obs. C. GIVERDON). La distinction est d'ailleurs confortée par un avis rendu par la Cour de cassation le 4 mai 2010 (Cass. avis 4 mai 2010, *BICC* 1^{er} juil. 2010 ;

La même possibilité de former une demande par la présentation volontaire des parties est prévue devant le tribunal de commerce à l'article 854 du Code de procédure civile ainsi que devant le conseil de prud'hommes à l'article R. 1452-1 du Code du travail, à ceci près que devant cette dernière juridiction, il n'est pas besoin d'un procès-verbal pour saisir le bureau de conciliation et d'orientation, la présentation volontaire des parties saisissant automatiquement ce dernier.

105. Comparution volontaire des parties en procédure pénale – Les mêmes réflexions peuvent être menées en procédure pénale, puisque la loi prévoit que la comparution volontaire des parties est une des modalités de saisine du tribunal correctionnel⁴²⁴ et du tribunal de police⁴²⁵. L'article 388 du Code de procédure pénale dispose en effet que « *le tribunal correctionnel est saisi des infractions de sa compétence soit **par la comparution volontaire des parties**⁴²⁶, soit par la citation, soit par la convocation par procès-verbal, soit par la comparution immédiate, soit enfin par le renvoi ordonné par la juridiction d'instruction* ». Cet article est en réalité complété par l'article 389 du même code, lequel prévoit que « *l'avertissement, délivré par le ministère public, dispense de citation, s'il est suivi de la comparution volontaire de la personne à laquelle il est adressé* ». Selon ces textes, l'avertissement entraîne donc la saisine du tribunal s'il est suivi de la comparution : c'est donc bien la comparution volontaire des parties, et ainsi la présence de ces dernières – puisqu'en matière pénale, les termes comparution et présence semblent être synonymes⁴²⁷ – qui vient concrétiser la saisine du juge. En effet, il faut constater que l'élément générateur de la saisine du tribunal n'est pas l'avertissement mais bien la comparution elle-même dès lors que si le prévenu ne comparaît pas, l'avertissement seul est impuissant à saisir le juge⁴²⁸. En outre, un élément peut venir renforcer l'idée selon laquelle la présence saisit le juge, qui découle de la jurisprudence désormais ancienne venue étendre la saisine du tribunal par comparution volontaire du prévenu au cas où celle-ci n'a pas été précédée d'un avertissement⁴²⁹, permettant ainsi de couvrir la nullité d'une citation irrégulière ou d'élargir l'étendue de la saisine *in rem* du tribunal. Or, ce mode de saisine de la juridiction pénale n'est valable que pour autant qu'il

Procédures 2010, comm. 278, note M. DOUCHY-LOUDOT ; *RTD Civ.* 2010, p. 614, obs. J. HAUSER). Sur cette distinction, v. J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 469 et s. ; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 474 ; S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, PUF, 2014, Coll. Thémis droit, n° 130.

⁴²³ V. en ce sens L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., n° 240 ; S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, préc., n° 130.

⁴²⁴ Art. 388 C. proc. pén.

⁴²⁵ Art. 531 C. proc. pén.

⁴²⁶ Nous soulignons.

⁴²⁷ V. *supra* n° 89.

⁴²⁸ En ce sens, v. J.-Y. LASSALLE, « La comparution du prévenu », *RSC* 1981, p. 541 et s., spéc. n° 15.

⁴²⁹ Cass. crim., 9 nov. 1934 : *DH* 1934. 588 ; Cass. crim., 17 mars 1949 : *Bull. crim.* n° 104 ; Cass. crim., 31 mai 1958 : *JCP* 1958 II 10737, note P. CHAMBON ; CA Douai, 31 oct. 1968 : *JCP* 1970 II 16241, obs. A. VITU.

y ait une comparution effective, « *c'est-à-dire une présence physique de l'intéressé* »⁴³⁰. Pour ces raisons, la présence des parties peut être *a priori* assimilée à un mode d'accès au juge. Il semble pourtant qu'une étude plus approfondie de ces modes de saisine du juge vienne contredire ces apparences, révélant que la présence est en réalité un mode inopérant d'accès au juge.

2- La présence, modalité insuffisante d'accès au juge

106. Rareté de ce mode de saisine – La présence semble en réalité être un mode inopérant d'accès au juge. On peut d'abord remarquer que ce mode de saisine des juridictions est en pratique plutôt rare, puisqu'il implique, en matière civile, que les parties – qui sont en litige – se mettent d'accord pour soumettre leur litige à un juge, et surtout que les juridictions disposent d'une capacité d'audience immédiat. La doctrine ne manque d'ailleurs pas de souligner la rareté de ces procédés, tant en ce qui concerne la procédure devant le Conseil de prud'hommes⁴³¹, que celle devant le tribunal d'instance⁴³², ou encore celle devant le tribunal de commerce⁴³³.

107. Hésitations sur l'exigence d'une présence physique – Plus important encore, il n'est pas certain que la saisine du tribunal par présentation volontaire des parties implique véritablement la présence physique et personnelle des parties elles-mêmes. Sans doute en raison de la rareté de l'utilisation de ce mode de saisine, la jurisprudence ne semble pas s'être prononcée sur la question⁴³⁴. La doctrine, quant à elle, ne s'accorde pas sur la réponse à apporter. Certains auteurs semblent considérer que la présentation volontaire est « *d'évidence la concrétisation des principes de comparution personnelle et d'oralité* [et c'est pourquoi] *on peut penser qu'elle ne peut être réalisée que par la présentation des parties en personne à la*

⁴³⁰ J.-Y. LASSALLE, « La comparution du prévenu », art. préc., n° 18.

⁴³¹ Cabinet BREDIN-PRAT, C. GAILLARD, A. SYBILLIN, « Prud'hommes », *Rép. D. proc. civ.*, juil. 2014, n° 311.

⁴³² Y. DESDEVISSÉS, « Demande en justice.- Demande initiale », *J.-Cl. Proc. civ.*, 2011, Fasc. 126-6, n° 56.

⁴³³ D. LEBEAU, P. GUEZ, « Tribunal de commerce.- Procédure ordinaire.- Introduction de l'instance », *J.-Cl. proc. civ.*, 2012, Fasc. 410, n° 37 ; P. MODAT, « Allocution au 117^e congrès des greffiers des tribunaux de commerce, sept. 2005 », *Gaz. Pal.* 28-29 oct. 2005, p. 40.

⁴³⁴ Il n'y a en tout cas aucune décision claire sur la question. La Cour de cassation a certes affirmé dans un arrêt (Cass. soc., 16 mai 1990 : *Bull.* V, n° 230) que le tribunal est valablement saisi si le demandeur se présente volontairement à l'audience par un représentant alors qu'il n'a pas procédé à une déclaration au greffe dès lors qu'aucune des parties n'a soulevé l'irrégularité de l'acte introductif, ce qui pourrait aller dans le sens d'une assimilation de la représentation à la présentation volontaire. Néanmoins, il nous semble plutôt qu'ici, la présence à l'audience du représentant vient seulement régulariser l'acte introductif d'instance qui aurait dû revêtir la forme d'une déclaration au greffe, en application de l'article R. 423-3 du Code du travail (désormais abrogé), texte visé par la Cour de cassation qui prévoit que le tribunal d'instance est saisi des contestations relatives aux élections des représentants du personnel par la voie d'une simple déclaration au greffe. Cet arrêt ne permet donc pas véritablement de conclure dans un sens ou dans l'autre.

barre du tribunal »⁴³⁵ ou encore qu' « *il s'agit ici d'un mode spécifique de saisine du tribunal qui requiert expressément la présence personnelle des parties* »⁴³⁶. D'autres à l'inverse considèrent que dès lors que devant ces juridictions, la comparution est possible soit en personne, soit par mandataire, « *l'introduction de la demande à toutes fins par présentation volontaire des litigants devant le juge s'entend aussi bien comme le fait des parties elles-mêmes que de leurs représentants éventuels* »⁴³⁷. Il semble alors que la réponse doive être apportée au regard des termes employés et qu'une analyse littérale des textes prévoyant ce mode de saisine aille plutôt dans le sens de la première interprétation. En effet, en matière pénale, l'article 388 du Code de procédure pénale emploie les termes de « comparution volontaire des parties », alors qu'en matière civile, le législateur parle de « présentation volontaire des parties ». Or, l'emploi de ces deux expressions différentes pourrait s'expliquer par le fait que si la « comparution » suffit en matière pénale pour désigner la présence physique et personnelle de la partie, ce terme ne désigne pas la même réalité en matière civile, et de ce fait, il n'était pas possible d'employer le terme de comparution pour renvoyer à une exigence de présence personnelle⁴³⁸. L'emploi de l'expression « présentation volontaire des parties » pourrait donc être interprété comme un moyen de désigner la présence physique et personnelle des parties à l'exclusion de leur représentation. Néanmoins, et dans la mesure où, dans le silence de la loi et des juges, le doute reste permis, il n'est pas certain que la présence puisse véritablement être assimilée à un mode d'accès au juge à part entière.

108. Insuffisance de la présence seule pour saisir le juge – Ces hésitations sont d'ailleurs renforcées par le fait que les conditions de validité de la saisine par présentation ou comparution volontaire des parties font *in fine* apparaître que la présence des parties ne suffit pas véritablement à saisir le juge. Ainsi, devant le tribunal d'instance, l'article 829 du Code de procédure civile qui prévoit que la demande peut être formée par la présentation volontaire des parties devant le juge doit être lu en contemplation de l'article 842 du même code qui précise en son alinéa 1^{er} que « *le juge est saisi par la signature d'un procès-verbal constatant que les parties se présentent volontairement pour faire juger leurs prétentions* »⁴³⁹. On retrouve la même formulation pour la procédure suivie devant le tribunal de commerce à l'article 860 du Code de procédure civile. Cette formulation conduit ainsi à penser qu'en réalité, la présence des parties ne suffit pas à elle-seule à saisir la juridiction. Certes, la signature du procès-verbal requiert la présence des parties mais, juridiquement, la présence

⁴³⁵ D. LEBEAU, P. GUEZ, « Tribunal de commerce.- Procédure ordinaire.- Introduction de l'instance », art. préc., n° 38.

⁴³⁶ S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile : Dalloz action*, 8^e éd., 2014, n° 172.213.

⁴³⁷ M. DOUCHY-ODOT, « Tribunal d'instance.- Procédure », *J.-Cl. proc. civ.*, 2012, Fasc. 330, n° 83.

⁴³⁸ V. *supra* n° 89.

⁴³⁹ Nous soulignons.

n'est pas le critère de la saisine, ce rôle étant dévolu à la signature du procès-verbal⁴⁴⁰. C'est d'ailleurs en ce sens que la jurisprudence l'entend puisque la Cour de cassation a eu récemment l'occasion de relever que « *la comparution des parties ne supplée pas l'absence de signature du procès-verbal* »⁴⁴¹, dans une affaire où le défendeur avait été avisé de l'audience par le conseil du demandeur, mais n'avait pas reçu d'assignation, et s'était par conséquent présenté devant la juridiction pour s'opposer à ce que le tribunal statue sur les prétentions du demandeur. Les juges du quai de l'Horloge ont donc conclu qu'à défaut de signature du procès-verbal, le tribunal n'avait pu être saisi par la présentation volontaire des parties. En définitive, en matière civile, il n'y a que devant le conseil de prud'hommes que la présentation volontaire des parties saisit elle-même la juridiction puisqu'on ne trouve pas, au contraire de la procédure de saisine du tribunal d'instance ou du tribunal de commerce, d'exigence de signature d'un procès-verbal. Mais, même devant cette juridiction, on peut douter de l'efficacité de la présence comme mode d'accès au tribunal dès lors que ce mode de saisine semble en pratique être extrêmement rare, ce qui n'est guère étonnant au regard du constat selon lequel l'employeur, souvent défendeur au procès, prend rarement le temps de se rendre en personne à l'audience de conciliation⁴⁴². Or les deux démarches impliquent la volonté des parties de s'entendre soit sur la solution elle-même, soit *a minima* sur la saisine du juge. Il est donc difficile de considérer que la présence est un mode opérant d'accès au juge en matière civile.

Le même constat peut être dressé en procédure pénale, puisqu'alors même que les textes prévoient que le tribunal correctionnel et le tribunal de police peuvent être saisis par la comparution volontaire du prévenu⁴⁴³, cette comparution ne peut suffire à elle-seule à saisir le juge. La jurisprudence a ainsi affirmé que la comparution volontaire suppose au préalable la mise en mouvement de l'action publique⁴⁴⁴ ou du moins que l'action publique soit concomitante à la comparution volontaire, par la présentation par le ministère public de réquisitions⁴⁴⁵. Cette jurisprudence a ainsi conduit un auteur à avancer l'idée qu'« *encore que le texte de l'article 388 puisse donner à penser que la comparution volontaire soit un mode de saisine de la juridiction correctionnelle, il n'en est pas véritablement ainsi. C'est plutôt une*

⁴⁴⁰ V. en ce sens M. DOUCHY-LOUDOT, « Tribunal d'instance.- Procédure », art. préc., n° 84 ; D. LEBEAU, P. GUEZ, « Tribunal de commerce.- Procédure ordinaire.- Introduction de l'instance », art. préc., n° 39.

⁴⁴¹ Cass. civ. 2^e, 18 oct. 2012, n° 11-17.805.

⁴⁴² V. en ce sens T. GRUMBACH, E. SERVERIN, P. BOUAZIZ, « Le mandat de concilier devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes : les effets pratiques du décret n° 2008-715 du 18 juillet 2008 », *Rev. Dr. trav.*, 2008, p. 615.

⁴⁴³ Art. 388 C. proc. pén. pour le tribunal correctionnel et art. 531 C. proc. pén. pour le tribunal de police.

⁴⁴⁴ Cass. crim., 19 mars 1997 : *Bull. crim.* n° 110 ; *RSC* 1997, p. 665, obs. J.-P. DINTILHAC ; *Dr. pén.* 1997, comm. 116, obs. A. MARON ; et encore récemment Cass. crim., 2 févr. 2016, n° 15-82.790.

⁴⁴⁵ Cass. crim., 1^{er} juill. 1969 : *Bull. crim.* n° 165 ; Cass. crim., 7 juin 2000, n° 99-86.818 : *Procédures* 2000, comm. 221, obs. J. BUISSON.

modalité de parachèvement de la saisine »⁴⁴⁶. On peut en effet observer que la comparution personnelle du prévenu est le plus souvent utilisée pour couvrir les irrégularités des autres modes de saisine⁴⁴⁷, ou encore pour permettre d'étendre la saisine *in rem* du juge. La Cour de cassation a ainsi eu l'occasion d'affirmer que les juges ne peuvent statuer que sur les faits dont ils sont saisis, à moins que le prévenu n'accepte expressément d'être jugé sur des faits distincts de ceux visés à la prévention⁴⁴⁸. Or, cette jurisprudence montre d'une part que la saisine de la juridiction découle de l'acceptation expresse du prévenu d'être jugé sur des faits distincts de ceux de la prévention, ce qui disqualifie la présence seule comme mode de saisine du juge, et d'autre part que la comparution volontaire du prévenu est plus utile à l'extension de la saisine qu'à la saisine elle-même de la juridiction. Par conséquent, si la présence n'est pas un mode d'accès au juge à part entière, c'est bien qu'elle ne peut être assimilée à un mode d'exercice du droit d'accès au juge et qu'elle s'en distingue. De ce point de vue, la présence semble donc autonome du droit d'accès au juge. Cette autonomie est en outre renforcée par le fait que si la présence n'est pas un mode d'exercice à part entière du droit d'accès au juge, elle n'en est pas non plus une condition.

B- Le rejet de la présence comme condition d'accès au juge

109. Données du problème – La question de la présence des parties n'est pas totalement étrangère à celle des conditions d'exercice du droit d'accès au juge. L'illustration la plus significative de ces liens se trouve sans doute dans les procédures par défaut en matière pénale telles qu'elles existaient avant le début des années 2000, c'est-à-dire avant que le législateur ne vienne, par la loi Perben II du 9 mars 2004⁴⁴⁹, mettre ces procédures en conformité avec le droit européen des droits de l'Homme, à la suite de nombreuses condamnations de la France par la Cour de Strasbourg⁴⁵⁰. En effet, ces anciennes procédures par défaut en matière pénale érigeaient la présence comme une véritable condition du droit

⁴⁴⁶ A. MARON, « Tribunal correctionnel.- Compétence et saisine », *J.-Cl. proc. pén.*, 2011, art. 381 à 392-1, Fasc. 15, n° 158.

⁴⁴⁷ Cass. crim., 26 mars 1931 : *Bull. crim.* n° 88 ; Cass. crim., 27 déc. 1944 : *D.* 1945, p. 203 ; Cass. crim., 19 mars 1957 : *Bull. crim.* n° 269 ; Cass. crim., 4 juin 1958 : *Bull. crim.* n° 431.

⁴⁴⁸ Cass. crim., 19 avr. 2005, n° 04-83.879 : *Bull. crim.*, n° 135.

⁴⁴⁹ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite loi Perben II.

⁴⁵⁰ Et en particulier les arrêts suivants : CEDH, 23 nov. 1993, *Poitrimol c. France*, req. n° 14032/88 : *RSC* 1994, p. 370, obs. R. KOERING-JOULIN ; *Dr. pén* 1994, p. 16, obs. A. MARON ; *AFDI* 1994, p. 658, obs. V. COUSSIRAT-COUSTERE ; *JDI* 1994, p. 821, obs. E. DECAUX et P. TAVERNIER ; *RUDH* 1993, p. 377, obs. F. SUDRE ; CEDH, 29 juil. 1998, *Omar et Guérin c. France*, req. n° 43/1997/827/1033 et n° 51/1997/835/1041 : *D.* 1998, p. 364, obs. J.-F. RENUCCI ; CEDH, 14 déc. 1999, *Khalfaoui c. France*, req. n° 34791/97 : *RSC* 2000, p. 455, comm. F. MASSIAS ; *D.* 2000, p. 180, obs. J.-F. RENUCCI ; *Procédures* 2000, comm. 41, p. 14, obs. J. BUISSON ; CEDH, 13 fév. 2001, *Krombach c. France*, req. n° 29731/96 : *D.* 2001, p. 3302, note J.-P. MARGUENAUD ; *JCP* 2001, I 342, obs. F. SUDRE ; *RSC* 2001, p. 429, obs. F. MASSIAS ; CEDH, 16 mai 2002, *Karatas et Sari c. France*, req. n° 38396/97 : *D.* 2003, p. 2400, note C. HUGON ; CEDH, 27 avr. 2004, *Maat c. France*, req. n° 39001/97 : *AJ Pénal* 2004, p. 246, obs. J. LEBLOIS-HAPPE.

d'accès au juge (1). Cependant, en raison de l'évolution de ces procédures, la présence n'est plus une condition d'exercice du droit d'accès au juge (2), venant ainsi asseoir l'idée qu'il faut distinguer ces notions.

1- La présence, condition ancienne d'accès au juge

110. Présentation des procédures antérieures à la loi Perben II – Il faut observer les procédures par défaut telles qu'elles existaient avant l'entrée en vigueur de la loi Perben II pour s'apercevoir que la présence était érigée, à l'égard des prévenus en fuite, comme une véritable condition du droit d'accès au juge. En effet, le législateur de 1958 lors de l'élaboration du Code de procédure pénale, a entendu « *remettre en cause le bien-fondé du droit de faire défaut, traditionnellement reconnu aux justiciables, en insistant, au contraire, sur le devoir de ces derniers de répondre aux convocations de la justice* »⁴⁵¹, tel qu'il pouvait exister dans le Code d'instruction criminelle de 1808 dans sa rédaction initiale⁴⁵². Longtemps, la présence du prévenu a donc été imposée comme condition du droit d'accès au juge afin de sanctionner les prévenus en fuite. Plus spécifiquement, cette condition était utilisée afin de fermer aux prévenus en fuite les deux voies de recours que sont le pourvoi en cassation d'une part et l'opposition d'autre part.

S'agissant d'une part du pourvoi en cassation, plusieurs articles désormais abrogés du Code de procédure pénale démontraient ce lien entre présence et pourvoi en cassation. Ainsi, l'article 583 du Code de procédure pénale, abrogé par la loi du 15 juin 2000⁴⁵³ déclarait déchu de leur pourvoi les condamnés à une peine emportant une privation de liberté d'une durée supérieure à un an qui n'étaient pas en état. C'est dire que pour pouvoir jouir de son droit au pourvoi, le condamné en fuite devait se constituer prisonnier la veille de l'audience afin de s'assurer de sa présence à celle-ci⁴⁵⁴. Des dispositions similaires spécifiques à la contumace existaient, puisque l'article 636 du Code de procédure pénale, avant d'être abrogé par la loi Perben II⁴⁵⁵, disposait que « *le pourvoi en cassation n'est pas ouvert au contumax* », faisant là encore de la présence une condition d'existence du droit au pourvoi.

S'agissant d'autre part de l'opposition, voie de rétractation alors ouverte en matière correctionnelle au prévenu défaillant, il était admis de jurisprudence constante qu'elle était une voie de recours qui ne pouvait être exercée que par le prévenu jugé par défaut en personne, sa présence étant alors une condition du droit de former opposition. En effet, alors

⁴⁵¹ J.-Y. LASSALLE, « La comparution du prévenu », art. préc., n° 78.

⁴⁵² J.-Y. LASSALLE, « La comparution du prévenu », art. préc., n° 4.

⁴⁵³ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 relative au renforcement de la présomption d'innocence et à la protection des victimes, art. 121.

⁴⁵⁴ V. V. BOUCHARD, « Procédures par contumace et par défaut au regard de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RSC* 2003, p. 517 et s., spéc. p. 529.

⁴⁵⁵ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite loi Perben II.

que l'article 489 du Code de procédure pénale est muet sur la possibilité pour un prévenu en fuite de former opposition par mandataire⁴⁵⁶, la Cour de cassation avait rendu de nombreux arrêts affirmant que l'intervention d'un mandataire n'était pas possible⁴⁵⁷, quand bien même l'avocat aurait reçu un pouvoir spécial pour le faire⁴⁵⁸. Par conséquent, pour la Cour de cassation, seule la présence du prévenu lui permettait de jouir de cette voie de recours. La solution était d'ailleurs la même s'agissant de la purge de la contumace, prévue par l'ancien article 639 du Code de procédure pénale, qui est « *une modalité originale du procès d'assises par contumace qui découle de la seule présentation du prévenu* »⁴⁵⁹. Selon cet article en effet, la purge de la contumace est rendue possible si le contumax se constitue prisonnier ou est arrêté. Le réexamen de l'affaire est donc subordonné, comme pour l'opposition, à la présence de l'accusé. En d'autres termes, et dans la mesure où, d'une part, le contumax ne pouvait pas former de pourvoi en vertu de l'article 636 du Code de procédure pénale, et d'autre part, le prévenu en fuite ne bénéficiait pas du second degré de juridiction en matière criminelle en vertu de l'article 380-11 du Code de procédure pénale, le seul moyen pour ce dernier d'avoir accès au juge était d'utiliser la voie de la purge de la contumace en se présentant devant la Cour d'assises.

111. Lien avec le droit d'accès au juge – Or, s'agissant tant du pourvoi en cassation que de l'opposition ou de la purge de la contumace, ces différentes voies de recours⁴⁶⁰ relèvent du droit d'accès au juge tel qu'il est consacré par la Cour européenne des droits de l'Homme. Ainsi, l'opposition – tout comme la purge de la contumace – relève du droit d'accès au juge dès lors qu'il s'agit, par cette voie de recours, de permettre un premier accès au juge au défendeur au procès qui, en raison de sa défaillance, n'y a pas encore eu accès⁴⁶¹. Peut-être le rattachement du droit de se pourvoir en cassation au droit d'accès au juge porte-t-il plus à controverse dans la mesure où l'on pourrait *a priori* le rattacher plus naturellement au droit au recours consacré de façon autonome en matière pénale par le Protocole additionnel n° 7 dans son article 2. Celui-ci dispose en effet que « *toute personne déclarée coupable d'une*

⁴⁵⁶ Art. 489 C. proc. pén. : « *Le jugement par défaut est non avenue dans toutes ses dispositions, si le prévenu forme opposition à son exécution* ».

⁴⁵⁷ Cass. crim., 13 juin 1988 : *Bull. crim.* n° 268 ; Cass. crim., 1^{er} fév. 1994 : *Bull. crim.* n° 46 ; Cass. crim., 20 sept. 1994 : *Bull. crim.* n° 299.

⁴⁵⁸ Cass. crim., 21 juin 1990 : *Bull. crim.* n° 250.

⁴⁵⁹ V. BOUCHARD, « Procédures par contumace et par défaut au regard de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme », art. préc., p. 532.

⁴⁶⁰ Il est vrai que la qualification de voie de recours est déniée à la purge de la contumace par la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt Krombach (CEDH, 13 fév. 2001, *Krombach c. France*, préc.), mais il s'agissait là d'utiliser la notion européenne de voie de recours au sens de l'article 35 de la Convention de sauvegarde afin d'écarter l'argument relatif à la recevabilité du recours de M. Krombach devant la Cour de Strasbourg pour non-épuisement des voies de recours internes. Il semble en réalité que la purge de la contumace était néanmoins une véritable voie de recours : v. en ce sens J.-P. MARGUENAUD, « La procédure par contumace frappée par la foudre européenne », *D.* 2001, p. 3302 ; G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Procédure pénale*, 25^e édition, Dalloz, 2016, Coll. Précis Droit privé, n° 1110.

⁴⁶¹ V. en ce sens L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., n° 149.

infraction par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou de condamnation ». Cependant, le droit au pourvoi peut être rattaché au droit d'accès au tribunal pour au moins deux raisons. D'abord et de façon générale, s'il est vrai que l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde n'oblige pas les Etats contractants à instituer des cours d'appel ou de cassation, la Cour européenne des droits de l'Homme considère que si les Etats s'engagent dans cette voie, ils doivent assurer l'effectivité du droit d'accès au tribunal ainsi créé⁴⁶². Ainsi, dès lors que le droit interne prévoit un recours en cassation, les conditions d'ouverture du pourvoi sont autant d'éléments à prendre en compte pour s'assurer de l'effectivité du droit d'accès au tribunal. Partant, si la présence est érigée, comme cela était le cas, en condition d'accès au degré de cassation, il s'agissait donc bien d'une condition de l'accès au tribunal. Ensuite, et de façon plus spécifique s'agissant du droit au pourvoi dans le cadre des procédures *in absentia*, la Cour européenne a jaugé à maintes reprises les conditions du pourvoi en cassation au regard du droit d'accès au juge tel que garanti par l'article 6 § 1 de la Convention. Elle a ainsi affirmé que dès lors que la possibilité pour le prévenu défaillant de faire rejurer son affaire dépendait des raisons qu'il avançait pour justifier son absence, l'existence même d'un pourvoi destiné à contrôler la motivation des juridictions du fond ayant rejeté ces excuses est d'une importance capitale pour déterminer si l'article 6 § 1 de la Convention en ce qu'il consacre le droit d'accès au tribunal a été violé ou non⁴⁶³. Dans cette optique, il faut donc admettre que les anciennes procédures *in absentia* en matière pénale érigeaient parfois en condition du droit d'accès au juge la présence du prévenu. Pour autant, le droit interne applicable en la matière a considérablement évolué ces vingt dernières années, conduisant à disqualifier la présence en tant que condition d'accès au juge.

2- La disparition de la présence comme condition d'accès au juge

112. Evolution double – A la lumière de l'évolution des procédures pénales conduites *in absentia*, il apparaît que la présence n'est plus aujourd'hui une condition du droit d'accès au juge. En réalité, une double évolution a mené à la disparition de la présence comme condition d'accès au juge. D'abord, au terme d'un processus qui a conduit à la suppression de la procédure de contumace, la présence n'a plus été considérée comme une condition du droit au pourvoi pour les personnes défaillantes en matière criminelle (a). Ensuite, un mouvement

⁴⁶² V. CEDH, 17 janv. 1970, *Delcourt c. Belgique*, req. n° 2689/65, § 25 ; CEDH, 23 oct. 1996, *Sté Levages Prestations Services c. France*, req. n° 21920/93, § 44 : D. 1999, p. 209, obs. N. FRICERO ; CEDH, 26 oct. 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96 : JCP G 2001, I, p. 296, chron. F. SUDRE, spéc. n° 6 ; RTD Civ. 2001, p. 42, obs. J.-P. MARGUENAUD ; CEDH, 14 nov. 2000, *Annoni di Gussola et autres c. France*, req. n° 31819/96 et 33293/96, § 54 : D. 2001, p. 1061, obs. N. FRICERO ; *Procédures* 2001, comm. 41, note H. CROZE.

⁴⁶³ V. par ex. CEDH, 23 nov. 1993, *Poitrimol c. France*, préc., § 38 ; CEDH, 14 déc. 1999, *Khalfaoui c. France*, préc., § 38.

similaire a pu être observé aboutissant à la suppression de la présence comme condition de formation de l'opposition (b).

a) La disparition de la présence comme condition du pourvoi en cassation

113. Les critiques du droit européen à l'égard de la présence comme condition du pourvoi en cassation – Les premières causes de la disparition de la présence comme condition du pourvoi en cassation sont venues de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui a condamné la France à plusieurs reprises en raison de la fermeture du pourvoi en cassation aux personnes en fuite. Ainsi, la première critique a été formulée à l'occasion de l'arrêt rendu par la Cour de Strasbourg contre la France le 23 novembre 1993, dans l'affaire *Poitrimol*⁴⁶⁴. Dans cette affaire, M. Poitrimol convoqué dans le cadre d'une procédure pour non-représentation d'enfants, ne se rendit pas à l'audience mais sollicita par l'intermédiaire de ses avocats le bénéfice de l'article 411 du Code de procédure pénale afin d'être jugé en son absence. La Cour d'appel refusa cependant d'entendre ses avocats⁴⁶⁵. Par suite, M. Poitrimol forma un pourvoi en cassation que la Cour de cassation déclara irrecevable aux motifs que « *le condamné qui n'a pas obéi à un mandat d'arrêt décerné contre lui n'est pas en droit de se faire représenter et de donner mandat pour se pourvoir en cassation contre la décision le condamnant* ». La Cour européenne des droits de l'Homme estima sur ce point que l'irrecevabilité du pourvoi faite pour le condamné de s'être constitué prisonnier s'analysait en une sanction disproportionnée de l'absence du requérant. Par cette motivation, les juges de Strasbourg portent donc le premier coup de boutoir à la présence comme condition d'accès à la Cour de cassation. Le législateur français n'ayant pas réagi immédiatement et la Cour de cassation opposant une résistance à la Cour européenne⁴⁶⁶, plusieurs décisions de condamnations suivront qui viendront sanctionner l'élévation de la présence en condition du pourvoi en cassation⁴⁶⁷.

114. Disparition de la présence comme condition du pourvoi en droit interne – C'est seulement à la suite de ces différentes condamnations que le législateur français s'est résolu à mettre en conformité le droit interne avec le droit européen. D'abord, la loi du 15 juin 2000⁴⁶⁸ a abrogé l'article 583 du Code de procédure pénale qui disposait que « *sont déclarés déchus de leur pourvoi les condamnés à une peine emportant une privation de liberté pour une durée de plus d'un an, qui ne sont pas en état ou qui n'ont pas obtenu, de la juridiction*

⁴⁶⁴ CEDH, 23 nov. 1993, *Poitrimol c. France*, préc.

⁴⁶⁵ Cet aspect sera développé *infra* n° 382.

⁴⁶⁶ V. par ex. Cass. crim., 21 oct. 1999, n° 98-82323.

⁴⁶⁷ CEDH, 29 juil. 1998, *Omar et Guérin c. France*, préc. ; CEDH, 14 déc. 1999, *Khalfaoui c. France*, préc. ; CEDH, 13 fév. 2001, *Krombach c. France*, préc.

⁴⁶⁸ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection d'innocence et les droits de la victime.

qui a prononcé, dispense, avec ou sans caution, de se mettre en état ». Ensuite, la loi du 9 mars 2004⁴⁶⁹ a abrogé également les dispositions relatives à la contumace pour les remplacer par la procédure du défaut criminel⁴⁷⁰. Par cette loi, le législateur abroge notamment l'article 636 du Code de procédure pénale qui disposait que « *le pourvoi en cassation n'est pas ouvert au contumax* ». En réalité, il faut désormais distinguer entre la matière correctionnelle et la matière criminelle. En effet, il est certain aujourd'hui que le pourvoi peut être formé par le condamné en matière correctionnelle. Cela ressort de l'article 568 du Code de procédure pénale qui retarde le point de départ des délais pour former un pourvoi contre les jugements et arrêts rendus par défaut en matière correctionnelle. Cependant, cet article ne concerne que la matière correctionnelle, puisqu'il vise le prévenu⁴⁷¹, alors que les textes semblent silencieux sur la possibilité de former un pourvoi par le condamné par défaut en matière criminelle. Pourtant, on peut soutenir avec un auteur⁴⁷² que si les textes sont silencieux, c'est que le législateur n'a pas souhaité cette fois écarter expressément le condamné par défaut en matière criminelle du pourvoi comme c'était le cas auparavant en vertu de l'article 636 du Code de procédure pénale. La présence n'est donc plus désormais une condition d'accès au juge de cassation. Or, une disparition analogue s'observe s'agissant de l'opposition.

b) La disparition de la présence comme condition de l'opposition

115. Admission de l'opposition formée par un représentant – Une évolution similaire à celle relevée à l'égard du pourvoi en cassation a conduit à la suppression de la présence comme condition de formation de l'opposition. C'est en effet une fois encore de la Cour de Strasbourg que sont parvenues les premières critiques de cette condition, notamment dans l'arrêt *Maat* rendu en 2004 contre la France⁴⁷³. Dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'Homme affirme que la subordination de la recevabilité de l'opposition à l'obligation de se constituer prisonnier – et donc à la présence du condamné – est une entrave disproportionnée au droit d'accès à un tribunal. Par suite, la Cour de cassation a donc revu ses positions et s'est livrée à une nouvelle interprétation de l'article 489 du Code de procédure pénale, plus souple, qui s'est matérialisée dans un arrêt rendu par la Chambre criminelle le 11 septembre 2007⁴⁷⁴. Par un attendu de principe, mais sans viser l'article 6§1 de la Convention

⁴⁶⁹ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite loi Perben II.

⁴⁷⁰ Sur l'introduction de la procédure de défaut criminel, v. C. MAURO, « Le défaut criminel. Réflexions à propos du droit français et du droit comparé », *RSC* 2006, p. 35.

⁴⁷¹ En ce sens, v. C. MAURO, « Le défaut criminel. Réflexions à propos du droit français et du droit comparé », art. préc.

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ CEDH, 27 avr. 2004, *Maat c. France*, préc.

⁴⁷⁴ Cass. crim., 11 sept. 2007, n° 06-87.864 : *D.* 2007, p. 2912, obs. C. LACROIX ; *AJ Pénal*, 2008, p. 25, note C. GIRAULT ; *JCP G* 2007, II, 10200, note E. VERGES ; *Dr. pén.* 2008, comm. 15, note A. MARON.

européenne des droits de l'Homme, la Cour de cassation affirme qu'« *est recevable l'opposition formée par le prévenu par l'intermédiaire d'un mandataire muni d'un pouvoir spécial* ». Or, bien que la Cour européenne eût parallèlement validé, dans une autre affaire⁴⁷⁵, l'irrecevabilité d'une opposition formée par le conseil de la partie en fuite qui s'était dérobée à l'exécution d'un mandat d'arrêt décerné au stade de l'instruction, le doute que devait semer cette décision sur la validité de la présence comme condition de l'opposition dans certaines circonstances particulières, doit à notre sens être dissipé. En effet, la formulation employée par la Cour de cassation dans son arrêt du 11 septembre 2007 est d'une généralité limpide et ne distingue pas, à l'instar de la Cour européenne, selon l'origine du mandat d'arrêt, de sorte qu'il n'y aurait plus lieu de distinguer. Par ailleurs, bien que peu de décisions se soient, à notre connaissance, prononcées sur cette question depuis cette date, il semble que ce soit cette direction qu'empruntent les juridictions du fond qui ont eu à en connaître. Ainsi, un arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu le 30 juin 2010⁴⁷⁶ confirme la recevabilité d'une opposition formée par mandataire d'une personne qui s'était dérobée à un mandat d'arrêt décerné avant le jugement. Il est toutefois intéressant de relever que si la jurisprudence confirme la recevabilité d'une telle opposition, cet arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris a refusé la possibilité à cette personne de soulever les nullités de procédure au motif qu'étant en fuite, elle n'était pas partie à la procédure. Or, sur ce point, le condamné a formé un pourvoi en cassation, soulevant à l'occasion une question prioritaire de constitutionnalité que la Cour de cassation a refusé de transmettre⁴⁷⁷, de sorte qu'il convient de s'interroger sur le point de savoir si, à défaut d'être une condition d'accès au juge, la présence ne serait pas une condition du droit d'être entendu par le juge, c'est-à-dire du droit d'action en justice.

§2 : L'autonomie de la notion de présence à l'égard de l'action en justice

116. Définition de l'action – L'action est définie par l'article 30 du Code de procédure civile comme le « *droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal-fondée* ». Et de poursuivre « *pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention* ». Ainsi, si l'action suppose le droit d'obtenir une décision, elle suppose avant tout le droit d'être entendu sur le fond, c'est-à-dire de pouvoir présenter ses moyens de défense. Sous cet angle, l'action peut se définir comme la

⁴⁷⁵ CEDH, 16 mai 2002, *Karatas et Sari c. France*, préc.

⁴⁷⁶ CA Paris, 30 juin 2010, n° 09/12280, Jurisdata n° 2010-01696.

⁴⁷⁷ Cass. crim., 4 jan. 2012, n° 10-85692. Il n'est cependant pas certain que la solution soutenue par la Cour de cassation puisse perdurer, puisque la France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme dans une affaire similaire : CEDH, 11 octobre 2012, *Abdelali c. France*, req. n° 43353/07 : D. 2012. 2452 ; RSC 2013, p. 117, obs. J. DANET ; RSC 2013, p. 155, comm. D. ROETS.

faculté pour le justiciable de contraindre le juge à entendre ses arguments au fond et à trancher⁴⁷⁸ le litige en produisant une décision de justice⁴⁷⁹.

117. Justifications de l'autonomie de la notion de présence à l'égard de l'action –

Or, il semble *a priori* difficile, au sens propre, d'être *entendu* par un juge sans être en contact direct avec celui-ci, ce qui pourrait se traduire par la présence du justiciable lors de son procès. Il est en effet aisé de constater qu'il est plus facile d'être entendu si l'on est présent pour *faire entendre* sa voix, de telle sorte que la présence serait un des outils qui permettrait au droit d'action d'être effectivement mis en œuvre. C'est d'ailleurs en ce sens que le droit d'être entendu implique que soit mis en place un recours en faveur de la partie jugée *in absentia*⁴⁸⁰ ou encore que pourrait être interprétée la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme lorsqu'elle fonde sur le droit au juge le droit pour tout accusé de participer à son procès, « *ce qui ne se conçoit guère sans sa présence* »⁴⁸¹. La première réflexion pourrait donc amener à penser que la présence est une condition d'exercice du droit d'être entendu et donc de l'action et, partant, que la notion de présence pourrait se réduire à un simple élément du droit entendu. Pourtant, cette première idée cède à l'analyse dès lors qu'en réalité, l'exercice du droit d'être entendu n'est pas conditionné par la présence des parties (A). Ce constat, qui vient amorcer l'idée de l'autonomie de la notion de présence à l'égard du droit d'action est en outre renforcé par le fait que le droit d'être entendu est parfois totalement impuissant à justifier certaines des manifestations de la présence, l'organisation de la présence étant alors indépendante du droit d'agir (B).

A- Le droit d'être entendu non conditionné par la présence des parties

118. Données du problème – Faut-il être présent pour être entendu par le juge ? La réponse à cette question semble de prime abord double. En effet, il apparaît dans un premier temps assez naturel que les procédures ne faisant que peu de cas de la comparution personnelle des parties n'attribuent pas à celle-ci la qualité de condition du droit d'être entendu (1), alors que l'on pourrait imaginer que celles qui font la part belle à la comparution

⁴⁷⁸ Le droit d'être entendu correspond en effet au droit d'être entendu par un tribunal, lequel se définit comme une instance dotée d'une fonction juridictionnelle : sur cette question, v. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, 12^e éd., PUF, 2015, n° 379.

⁴⁷⁹ C'est en cela qu'il faut distinguer le droit d'accès au juge et le droit d'être entendu ou l'action telle que définie par l'article 30 du Code de procédure civile dans la mesure où le droit d'action se définit comme le droit d'obtenir une décision du juge sur le fond d'une prétention. En ce sens, v. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc. n° 78.

⁴⁸⁰ V. par exemple CEDH, 18 mai 2004, *Somogyi c. Italie*, req. n° 67972/01, spéc. § 66 et CEDH, 1^{er} mars 2006, *Sejdovic c. Italie*, req. n° 56581/00, spéc. § 82. Pour plus de développements sur cette question, v. *infra* n° 459 et s.

⁴⁸¹ CEDH, 5 oct. 2006, *Marcello Viola c. Italie*, req. n° 45106/04, § 52 : JCP G 2007, I, 106, n° 10, obs. F. SUDRE ; RTDH 2008, p. 223, note M. CHIAVARO, « La vidéoconférence comme moyen de participation aux audiences pénales ».

personnelle subordonnent le droit d'être entendu à celle-ci. Mais en réalité, même les procédures qui reposent en principe sur la présence des parties n'en font pas une véritable condition du droit d'agir (2).

1- L'exclusion classique de la présence des conditions du droit d'être entendu dans les procédures ne reposant pas sur la comparution personnelle des parties

119. Procédures écrites avec représentation obligatoire et droit d'être entendu – Certains types de procédures ne reposent pas sur la comparution personnelle des parties en raison de leurs caractéristiques propres. En effet, dès lors que l'on s'intéresse aux procédures écrites ou avec représentation obligatoire⁴⁸², il apparaît que la présence des parties ne subordonne pas l'effectivité de leur droit d'être entendu. La présence n'y apparaît nullement comme une condition nécessaire ni même utile du droit d'être entendu.

En effet, dans le cadre des procédures écrites, comme c'est notamment le cas dans la procédure civile de droit commun suivie devant le tribunal de grande instance ou encore devant la cour d'appel, ou encore devant les juridictions administratives, les seuls arguments véritablement entendus par le juge sont ceux qui figurent dans les conclusions des parties.

120. Exemple tiré de la procédure civile – Ainsi, devant le tribunal de grande instance, l'article 753 du Code de procédure civile dispose en son deuxième alinéa que « *les parties doivent reprendre dans leurs dernières conclusions les prétentions et moyens présentés ou invoqués dans leurs conclusions antérieures. A défaut, elles sont réputées les avoir abandonnés et le tribunal ne statue que sur les dernières conclusions déposées* ». Cette disposition figure d'ailleurs à l'identique à l'article 954 alinéa 3 du même code s'agissant de la procédure devant les cours d'appel. L'exigence de ces conclusions récapitulatives a pour conséquence que le juge ne peut se fonder que sur les conclusions écrites des parties et que leur présence à l'audience n'est pas un fait qui leur permettrait de développer de nouveaux arguments et ainsi d'être entendu sur d'autres prétentions que celles figurant dans leurs conclusions écrites. C'est en ce sens que conclut la Cour de cassation qui interdit aux juges du fond de fonder leur décision sur des moyens qui, bien que développés lors des débats, ne l'auraient pas été dans les conclusions écrites⁴⁸³. En outre, devant la Cour de cassation, les parties ne peuvent présenter d'observations orales qu'à condition d'y avoir été autorisées par

⁴⁸² Les deux caractéristiques allant la plupart du temps de pair.

⁴⁸³ Cass. civ. 2^e, 25 jan. 1989 : *Bull. civ.* II, n° 20 ; Cass. civ. 3^e, 4 mars 1998 : *Bull. civ.* III, n° 58 ; Cass. civ. 3^e, 3 oct. 2000 : *Gaz. Pal.* 14-15 déc. 2001, p. 18, note PERDRIAU. Pour des exemples plus récents : Cass. civ. 2^e, 9 juin 2009 : n° 07-15.054 ; Cass. civ. 3^e, 4 oct. 2011, n° 10-21.735 ; Cass. civ. 1^e, 23 oct. 2013, n° 12-26.149. Ils peuvent cependant se fonder sur des éléments développés à l'oral dès lors que ceux-ci viennent développer les moyens présentés à l'écrit et n'y sont pas contraires : v. Cass. civ. 1^e, 29 oct. 2014, n° 13-15.850.

le président⁴⁸⁴, ce qui démontre l'absence de corrélation entre la présence des parties et leur droit d'être entendues.

121. Exemple tiré du contentieux administratif – C'est exactement la même logique qui est à l'œuvre en contentieux administratif puisque devant les juridictions administratives, lorsque la procédure est écrite, les observations orales éventuellement formulées par les parties ou leurs conseils lors de l'audience ne peuvent que développer les moyens présentés dans les conclusions écrites⁴⁸⁵, le juge ne pouvant en aucun cas tenir compte de ces observations orales à moins que les parties ne les reprennent dans des conclusions écrites avant la mise en délibéré⁴⁸⁶. Par conséquent, il faut en déduire que ce qui permet aux parties d'être réellement entendues par le juge sur leurs prétentions, ce sont leurs écritures, et non les observations que leur présence leur permet de formuler à l'audience. Ce constat est d'ailleurs accentué par le fait que devant le Conseil d'Etat, les parties elles-mêmes ne sont pas autorisées à prendre la parole⁴⁸⁷, leur présence n'étant alors d'aucune utilité pour se faire entendre. Un auteur remarque d'ailleurs que pour cette raison, devant le Conseil d'Etat, « *les parties s'abstiennent dans la majorité des cas de se rendre à l'audience* »⁴⁸⁸.

Il en résulte qu'à l'égard de ces procédures, la présence n'est pas une condition du droit d'être entendu par le juge. On peut en outre aller plus loin dès lors que, même dans le cadre des procédures reposant en principe sur la comparution personnelle des parties, alors que la présence avait pu par le passé être considérée comme une condition du droit d'être entendu par ces juridictions, cette condition a disparu.

2- La disparition de la présence comme condition du droit d'être entendu dans les procédures privilégiant la comparution personnelle

122. Présence et droit d'être entendu dans les procédures civiles « orales » – A titre liminaire, il convient d'observer que dans les procédures civiles dites « orales »⁴⁸⁹, dans

⁴⁸⁴ Art. 1018 C. proc. civ.

⁴⁸⁵ Sur ce point, v. F. GAZIER, « Principes généraux de la procédure administrative contentieuse », *Rép. D. contentieux administratif*, 2012, n° 33.

⁴⁸⁶ CE, 5 jan. 1962, *Rietsch* : *Rec. Lebon* p. 11.

⁴⁸⁷ Art. R. 733-1 CJA. Cet article invite les représentants des parties à s'exprimer et ne vise pas les parties elles-mêmes.

⁴⁸⁸ F. GAZIER, « Principes généraux de la procédure administrative contentieuse », préc., n° 33.

⁴⁸⁹ L'emploi des guillemets est ici justifié par le fait que le visage de ces procédures a été complètement transformé de telle sorte que l'on peut s'interroger sur la pertinence de ce qualificatif à leur égard : v. *infra* n° 146.

lesquelles le principe est la comparution en personne⁴⁹⁰, la représentation n'est pas exclue⁴⁹¹ et satisfait tout autant que la présence au respect du droit d'être entendu.

123. Présence et droit d'être entendu dans les anciennes procédures par défaut – Ensuite et si, à l'instar du droit d'accès au juge, les anciennes procédures par défaut en matière pénale semblaient un temps subordonner le droit d'être entendu par le juge à la présence de la personne poursuivie, tel n'est plus le cas aujourd'hui. En effet, avant la modification des procédures par défaut, en l'absence de la personne poursuivie, son avocat ne pouvait être entendu par les juges. Si cette sanction de l'obligation de comparution s'analysait certes en une privation du droit d'être assisté par un avocat – et c'est ainsi que l'entendait la Cour européenne des droits de l'Homme⁴⁹² –, elle peut également être analysée comme une privation du droit d'être entendu. En effet, puisque le droit au juge se définit comme le droit d'être entendu sur le fond de ses prétentions, le refus d'entendre l'avocat présent à l'audience pour assurer la défense de son client emportait bien pour conséquence l'impossibilité pour la personne poursuivie de faire entendre ses prétentions par l'intermédiaire de son représentant. D'une certaine manière, la présence de la personne poursuivie à l'audience conditionnait bien l'exercice de son droit d'être entendu.

124. Suppression du lien entre présence et droit d'être entendu – Mais cette condition a disparu en même temps que s'est développée la jurisprudence européenne qui a condamné la France à de nombreuses reprises⁴⁹³ en jugeant cette sanction disproportionnée. Ces nombreuses condamnations ont conduit la jurisprudence et le législateur français à réagir successivement. La Cour de cassation la première a fait évoluer sa position par un arrêt rendu en assemblée plénière le 2 mars 2001⁴⁹⁴. Cet arrêt dit *Dentico* va reconnaître au prévenu non comparant et non excusé le droit d'être représenté par un avocat qui pourra désormais être entendu par la juridiction s'il est présent à l'audience. Cette solution devait cependant être précisée puisque dans cette affaire, le prévenu avait demandé à être jugé en son absence et

⁴⁹⁰ V. art. 827 C. proc. civ. s'agissant du tribunal d'instance ; art. 853 C. proc. civ. s'agissant du tribunal de commerce ; art. R. 1453-1 C. trav. s'agissant du conseil de prud'hommes.

⁴⁹¹ Le représentant n'étant d'ailleurs pas nécessairement un avocat : v. art. 828 C. proc. civ. s'agissant du tribunal d'instance ; art. 853 al. 2 C. proc. civ. s'agissant du tribunal de commerce ; art. R. 1453-2 C. trav. s'agissant du conseil de prud'hommes ; art. 884 C. proc. civ. s'agissant du tribunal paritaire des baux ruraux.

⁴⁹² V. ainsi CEDH, 23 mai 2000, *Van Pelt c. France*, req. n° 31070/96 : JCP G 2001, I, 291, obs. F. SUDRE : « le fait que l'accusé, bien que dûment assigné, ne comparaisse pas ne saurait – même à défaut d'excuse – justifier qu'il soit privé de l'assistance d'un défenseur que lui reconnaît l'article 6 paragraphe 3 de la Convention » (§ 66).

⁴⁹³ CEDH, 23 nov. 1993, *Poitrimol c. France*, préc. ; CEDH, 29 juil. 1998, *Omar et Guérin c. France*, préc. ; CEDH, 14 déc. 1999, *Khalfaoui c. France*, préc. ; CEDH, 23 mai 2000, *Van Pelt c. France*, préc. ; CEDH, 13 fév. 2001, *Krombach c. France*, préc. ; CEDH, 16 mai 2002, *Karatas et Sari c. France*, préc. ; CEDH, 27 avr. 2004, *Maat c. France*, préc.

⁴⁹⁴ Cass. ass. pl., 2 mars 2001, *Dentico*, n° 00-81.389 : D. 2001, p. 1899, note J. PRADEL ; *Proc.* 2001, comm. 134, J. BUISSON ; JCP G 2001, II 10611, comm. C. LIEVREMONT.

l'avocat disposait d'un mandat exprès. Plusieurs décisions de la Cour de cassation postérieures à l'arrêt *Dentico* sont donc venues clarifier les conditions dans lesquelles l'avocat pouvait représenter son client⁴⁹⁵. Par la suite, le législateur est venu entériner cette solution par la loi Perben II⁴⁹⁶ en introduisant à l'article 410 du Code de procédure pénale la mention selon laquelle « *si un avocat se présente pour assurer la défense du prévenu, il doit être entendu s'il en fait la demande* ». La Cour de cassation a ensuite eu l'occasion de préciser les conditions permettant cette intervention de l'avocat en affirmant que celui-ci devait être entendu y compris s'il ne disposait pas d'un mandat exprès du prévenu⁴⁹⁷. Par conséquent, la personne poursuivie, même absente, pourra toujours se faire entendre sur le fond de ses prétentions par l'intermédiaire de son représentant, de sorte que la présence de celle-ci ne peut plus, aujourd'hui, être analysée comme une condition d'exercice du droit d'être entendu. Il y a là un premier indice de l'autonomie de la présence à l'égard du droit d'action et cet indice est corroboré par le fait que la mise en œuvre du droit d'être entendu par d'autres moyens que la présence n'exclut pas l'organisation de la présence.

B- L'organisation de la présence indépendante du droit d'être entendu

125. Manifestations de l'impuissance de l'action à justifier la présence – L'action, définie comme le droit d'être entendu sur le fond de ses prétentions afin que le juge les dise bien ou mal fondées, est parfois totalement impuissante à expliquer l'organisation de la présence par le droit positif. Outre le fait que la présence est parfois organisée dans des situations qui ne correspondent pas à des manifestations du droit d'agir, comme lorsqu'elle est organisée dans le cadre des modes alternatifs de règlement des litiges, il est des cas dans lesquels présence et droit d'être entendu se superposent, c'est-à-dire qu'alors même que le droit d'être entendu se réalise par des moyens autres que la présence de la partie au procès, celle-ci conserve son importance. Ce constat tend à démontrer que la présence est, dans ces situations, organisée pour elle-même, et non pas en tant qu'élément du droit d'être entendu.

126. Persistance de l'importance de la présence face à la représentation – Ainsi, la présence n'est pas une condition du droit d'être entendu par le juge, puisque ce droit d'être entendu, ou plus précisément l'écoute que le plaideur doit obtenir de la part du juge, est compris au sens figuré. C'est dire que pour que le droit d'être entendu soit effectif, il suffit que le juge prenne connaissance des éléments que le plaideur souhaite lui soumettre. Or, la

⁴⁹⁵ Pour une présentation de ces différentes décisions, v. D. NOELLE COMMARET, « La défense du prévenu absent », *RSC* 2003, p. 809.

⁴⁹⁶ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite loi Perben II.

⁴⁹⁷ Cass. crim., 23 oct. 2007, n° 07-82313 : *Bull. crim.* n° 251 ; *D.* 2007, p. 2949, note S. LAVRIC ; *AJ Pénal* 2008, p. 39, obs. C. GIRAULT.

présence n'est qu'un moyen parmi d'autres de faire parvenir au juge les prétentions du plaideur. L'existence de procédures avec obligation de constituer avocat n'est ainsi pas incompatible avec le droit au juge⁴⁹⁸, comme le souligne la Cour européenne des droits de l'Homme⁴⁹⁹. Or, puisque le droit d'être entendu est une composante du droit au juge, l'absence d'incompatibilité entre droit au juge et procédures avec représentation obligatoire implique l'absence d'incompatibilité entre ces procédures et le droit d'action. L'admission de la représentation dans des procédures gouvernées par le principe de la comparution personnelle se fait d'ailleurs au nom de ce droit d'être entendu⁵⁰⁰. Toutefois, alors même que le droit d'être entendu est, dans ces situations, pleinement réalisé grâce à la représentation des parties, le droit positif ne délaisse pas pour autant la question de la présence de celles-ci. Ainsi, dans les procédures pénales précédemment évoquées, et alors même que la représentation est de plus en plus admise, le principe reste celui de la comparution personnelle de la personne poursuivie. C'est à tout le moins ce qui ressort des textes mêmes puisque l'article 410 du Code de procédure pénale, qui autorise l'avocat du prévenu absent à prendre la parole à l'audience, n'en rappelle pas moins *ab initio* que « *le prévenu régulièrement cité à personne doit comparaître* ». Et l'on remarquera d'ailleurs qu'alors même que l'avocat présent du prévenu permet à celui-ci d'être entendu sur le fond de ses prétentions par le juge, le tribunal correctionnel conserve la faculté, s'il estime nécessaire la comparution personnelle du prévenu, de renvoyer l'affaire à une audience ultérieure. Le même mécanisme est à l'œuvre en matière criminelle, puisque si l'avocat de l'accusé absent peut être entendu par la Cour d'assises⁵⁰¹, plusieurs possibilités sont offertes à la Cour d'assises pour tenter de faire comparaître malgré tout l'accusé⁵⁰². Il est à ce titre intéressant de relever que les décisions de condamnation de la Cour européenne des droits de l'Homme rappelaient néanmoins que la comparution du prévenu revêtait une importance capitale, mais que cet intérêt cédait devant le droit à une défense effective, et le droit au juge. Le fait que ces deux exigences portées par la procédure pénale soient placées sur un plan concurrentiel démontre ainsi que la raison de la comparution du prévenu ou de l'accusé ne réside pas – ou du moins pas seulement – dans son droit d'être entendu par le tribunal. La Cour européenne le précise d'ailleurs lorsqu'elle souligne que cette comparution du prévenu revêt une importance capitale en raison « *tant du*

⁴⁹⁸ V. sur cette question, S. GUINCHARD, « Petit à petit, l'effectivité du droit à un juge s'effrite », in *La création du droit jurisprudentiel*, Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, Dalloz, 2007, p. 275 et s., spéc. p. 276 où l'auteur écrit que « *la représentation obligatoire [est] un faux obstacle à l'accès à un juge* ». V. aussi F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, préc., n° 212-2.

⁴⁹⁹ V. par exemple CEDH, 24 nov. 1986, *Gillow c. Royaume-Uni*, req. n° 9063/80, § 69.

⁵⁰⁰ V. *infra* n° 382.

⁵⁰¹ Art. 379-3 C. proc. pén.

⁵⁰² Art. 379-2 C. proc. pén. ; art. 319 et 320 C. proc. pén.

droit de celui-ci à être entendu que de la nécessité de contrôler l'exactitude de ses affirmations et de les confronter avec les dires de la victime »⁵⁰³.

Plus encore, le droit positif organise parfois le cumul entre la représentation des parties qui leur permettra d'être entendues sur le fond de leurs prétentions et leur présence. Cette situation s'observe dans le cadre des procédures avec représentation obligatoire qui organisent néanmoins dans certaines circonstances la comparution personnelle des parties. Ainsi en matière civile, dans la procédure de droit commun suivie devant le tribunal de grande instance, le juge peut, au cours de l'instruction, exiger la comparution personnelle des parties⁵⁰⁴.

127. Persistance de l'importance de la présence face à la visioconférence – Un autre exemple peut permettre d'illustrer que la présence conserve une importance alors même que le droit d'être entendu est organisé par d'autres moyens. Ainsi, la limitation du recours à la visioconférence, qui ne peut en principe remplacer la présence physique des parties sans leur accord⁵⁰⁵, ne peut s'expliquer par le seul droit d'être entendu. En effet, le recours à la visioconférence au détriment de la présence des acteurs du procès n'influe en rien sur l'effectivité du droit d'action puisqu'elle n'empêche ni de présenter ses arguments au juge, ni d'obtenir une décision de sa part. Au contraire, la visioconférence peut parfois être considérée comme un outil en faveur de ce droit, puisqu'historiquement ce mode de comparution est apparu pour pallier les situations d'absence ou d'éloignement du personnel judiciaire⁵⁰⁶. Or, le législateur ne semble pas tenir pour équivalentes la présence et la visioconférence, puisque la présence est encore considérée comme étant le principe, et la visioconférence comme l'exception⁵⁰⁷. C'est dire que le droit d'agir est impuissant à expliquer la limitation du recours à la visioconférence au profit de la présence.

128. Bilan – L'organisation de la présence en droit processuel ne peut être entièrement justifiée par la théorie du droit au juge. L'absence d'absorption de la notion de présence par les concepts de droit d'accès au juge et de droit d'être entendu est ainsi un signe de l'autonomie de la notion. La notion de présence ne peut en effet être absorbée par le concept de droit d'accès au juge puisqu'elle n'en est plus aujourd'hui ni un mode d'accès ni une condition de ce droit. Il est apparu ensuite qu'elle est également distincte du droit d'action

⁵⁰³ V. par ex. CEDH, 23 nov. 1993, *Poitrimol c. France*, préc., § 35. Cette formulation est reprise dans l'exposé des précédents par la Cour dans ses décisions postérieures à l'arrêt *Poitrimol*.

⁵⁰⁴ Art. 184 C. proc. civ.

⁵⁰⁵ Le principe est en effet posé, pour les juridictions judiciaires, par l'article L. 111-12 du Code de l'organisation judiciaire qui dispose dans son premier alinéa que le consentement de l'ensemble des parties doit être recueilli.

⁵⁰⁶ Pour plus de développements sur l'introduction de la visioconférence en droit positif, v. *supra* n° 74 et s.

⁵⁰⁷ V. *infra* n° 427.

puisque, d'une part, la présence n'est pas une condition d'exercice du droit d'être entendu et, d'autre part, elle est parfois organisée pour elle-même alors que le droit d'agir est garanti par d'autres moyens que celle-ci. Dans ce cas de figure, on peut alors se demander si la présence n'est pas plutôt une modalité de l'organisation de l'instance, de telle sorte qu'il est nécessaire de s'intéresser aux rapports qu'entretiennent la présence et la théorie de l'instance.

Section 2 : Présence et théorie de l'instance

129. Proximité de principes directeurs de l'instance et de la notion de présence –

Deux principes directeurs de l'instance, que l'on retrouve à des degrés divers dans les différents contentieux, sont parfois mis en œuvre par le recours à la présence des acteurs du procès. Ainsi, la discussion des prétentions et moyens des parties exigée par le principe du contradictoire est rendue possible et peut être facilitée par la présence de ces parties. De la même façon, le « principe d'oralité »⁵⁰⁸ qui suppose *a priori* l'existence de débats oraux est facilité par la présence des parties ainsi que des témoins, qui peuvent alors échanger directement entre eux. La proximité de ces principes directeurs de l'instance avec la notion de présence invite alors à s'interroger sur les liens qui existent entre la présence et ces principes, pour s'assurer que la présence est une notion autonome et mérite d'être considérée pour elle-même. Pour cette raison, il est nécessaire de démontrer, dans un premier temps, l'autonomie de la notion de présence à l'égard du contradictoire (§1) avant de s'intéresser, dans un second temps, à son autonomie à l'égard de l'oralité (§2).

§1 : L'autonomie de la notion de présence à l'égard du contradictoire

130. Nécessité de la démonstration de l'autonomie des notions de présence et de contradictoire – La question de la distinction des notions de présence et de contradictoire se pose avec une acuité particulière. En effet, ces deux notions sont intimement liées puisque l'une intervient parfois dans la mise en œuvre de l'autre⁵⁰⁹, certains textes prévoyant que le caractère contradictoire d'une opération procédurale sera conditionné par le fait que les parties soient présentes ou appelées. Ainsi, par exemple, l'ordonnance de référé qui s'oppose à l'ordonnance sur requête par son caractère contradictoire, se distingue de cette dernière par le fait que les parties doivent être *présentes ou appelées*⁵¹⁰. Il est donc nécessaire de se demander si la notion de contradictoire peut être considérée comme absorbant celle de présence. Le principe du contradictoire s'inscrit plus largement dans la théorie de l'instance

⁵⁰⁸ L'emploi des guillemets est ici justifié par le fait que l'existence même d'un principe d'oralité peut être discutée : v. *infra* n° 137.

⁵⁰⁹ V. *infra* n° 196 et s.

⁵¹⁰ Art. 484 C. proc. civ.

lato sensu. La notion d'instance peut en effet être définie à la fois comme le lien juridique unissant les parties et le juge⁵¹¹ et comme « *une suite d'actes allant de la demande en justice au jugement ou autres formes d'extinction de l'instance* »⁵¹² intégrant à ce titre la théorie du jugement⁵¹³. Or, le principe du contradictoire a des implications à la fois dans la théorie de l'instance *stricto sensu* et dans la théorie du jugement. Le jugement contradictoire est ainsi défini par l'article 467 du Code de procédure civile comme celui rendu « *dès lors que les parties comparaissent en personne ou par mandataire selon les modalités propres de la juridiction devant laquelle la demande est portée* ». Dès lors, il sera possible d'affirmer l'autonomie de la notion de présence par rapport à celle de contradictoire si, au-delà des situations où les deux notions coexistent, on peut identifier des situations dans lesquelles l'une est étrangère aux manifestations de l'autre. Or en réalité, il apparaît assez rapidement que le respect du principe du contradictoire n'est pas toujours subordonné à la présence, et peut même lui être totalement indifférent. Ce constat est en particulier permis à la faveur de l'observation des classifications des jugements fondées sur la défaillance des parties pour en déduire le caractère contradictoire ou non desdits jugements rendus en pareille circonstance. En effet, et sans nier que la présence puisse parfois participer à la mise en œuvre du principe du contradictoire dans l'organisation de l'instance⁵¹⁴, le caractère limité de l'incidence de la présence sur ces classifications témoigne de l'absence d'absorption totale de la présence par la notion de contradictoire et, partant, de l'autonomie de la notion de présence. Afin de clarifier le propos, il paraît nécessaire de se permettre une digression sur ces classifications (A) pour pouvoir *in fine* démontrer l'incidence limitée de la présence sur la qualification des jugements au regard du principe du contradictoire (B).

⁵¹¹ A ce titre, des auteurs évoquent une « *situation juridique originale, un dialogue rituel à trois personnages* » : L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., LexisNexis, 2013, Coll. Manuel, n° 491. V. également E. JEULAND, « L'énigme du lien de droit », *RTD Civ.* 2003, p. 455 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « 2+1=la procédure », in *La justice : l'obligation impossible* (dir. M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANES), Autrement, 1994, p. 16 et s.

⁵¹² S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, préf. L. CADIET, Dalloz, 2002, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 10. Pour une étude approfondie de la notion d'instance, v. M.-P. VINH-DALMAIS, *La notion d'instance*, Atelier national de reproduction des thèses, 2001.

⁵¹³ Ainsi, certains ouvrages traitent des jugements dans une partie relative à l'instance : L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 705 et s. Les auteurs distinguent certes les éléments relatifs à la théorie de l'instance et ceux relatifs au cours de l'instance parmi lesquels ceux ayant trait au jugement. Cependant, les principes directeurs de l'instance, envisagés comme appartenant à la théorie de l'instance, ont des implications tant sur le cours de l'instance que sur le jugement à l'issue de celle-ci. Il est dès lors possible d'envisager une théorie de l'instance *lato sensu* définie comme l'ensemble des notions, principes et classifications qui s'appliquent à l'instance à la succession d'actes accomplis depuis l'introduction de l'instance à son extinction, ce qui permet d'y inclure la théorie du jugement.

⁵¹⁴ V. *infra* n° 196 et s.

A- La classification des jugements fondée sur la défaillance des parties

131. Classification des jugements propre à la matière civile – L'absence de subordination du contradictoire à la présence apparaît très clairement à l'observation des différentes catégories de jugements fondées sur la défaillance des parties, qui permet de déterminer le caractère contradictoire ou non contradictoire d'un jugement en matière civile. La notion de jugement par défaut peut revêtir plusieurs sens. *Lato sensu*, le jugement par défaut est celui qui est rendu au terme d'une instance au sein de laquelle l'une des parties n'a pas comparu ou n'a pas présenté ses moyens de défense⁵¹⁵. Cette définition large permet déjà d'apercevoir une première distinction entre les notions de défaut faute de comparaître et de défaut faute de conclure, cette dernière notion ayant disparu du droit judiciaire privé⁵¹⁶ mais persistant en contentieux administratif⁵¹⁷. *Stricto sensu*, le jugement par défaut est, en procédure civile, celui qui, sans être susceptible d'appel, est rendu au terme d'une instance au sein de laquelle le défendeur, qui n'a pas été cité à personne, n'a pas comparu⁵¹⁸. Cette définition stricte, posée par l'article 473 alinéa premier du Code de procédure civile, attire l'attention sur l'absence de *summa divisio* entre les jugements contradictoires et ceux qui ne le sont pas. En effet, il existe des catégories intermédiaires de jugements, qui ne sont ni totalement contradictoires, ni rendus par défaut. La classification des jugements fondée sur la défaillance des parties permet en effet d'identifier quatre sortes de jugements. Les jugements contradictoires d'abord, sont ceux qui sont rendus à l'issue d'une instance au cours de laquelle les parties ont toutes comparu et ont contradictoirement débattu des questions litigieuses⁵¹⁹. Ensuite, certains jugements sont *dits contradictoires*⁵²⁰, lorsqu'ils sont rendus à l'issue d'une instance au cours de laquelle le demandeur, après avoir cité son adversaire à comparaître, ne

⁵¹⁵ M.-E. BOURSIER, « Jugement par défaut ou réputé contradictoire », *Rép. D. proc. civ.*, 2014, n° 1.

⁵¹⁶ Pour un rappel de l'évolution historique de la notion de jugement par défaut, v. M.-E. BOURSIER, « Jugement par défaut ou réputé contradictoire », préc., n° 5 et s.

⁵¹⁷ Il n'y a pas lieu, dans la procédure administrative contentieuse, de distinguer entre défaut faute de comparaître et défaut faute de conclure, dès lors que les procédures sont totalement écrites. Par conséquent, seul le défaut faute de conclure existe : CE, 17 mai 1968, *Andréi, Rec.* p. 321. Sur le caractère « principalement écrit » de la procédure administrative contentieuse, v. CE, 29 avril 1964, *Poncin, Rec.* p. 266 ; CE, 1^{er} décembre 1993, *Commune de Saint-Cyprien, Rec.* p. 333.

⁵¹⁸ M.-E. BOURSIER, « Jugement par défaut ou réputé contradictoire », préc., n° 1 ; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., LexisNexis, 2013, Coll. Manuel, n° 85 et s. ; L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., PUF, 2013, Coll. Thémis Droit, n° 185 ; S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, PUF, 2014, Coll. Thémis Droit, n° 447 ; J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., Montchrestien, 2015, Coll. Domat droit privé, n° 1164 et s. ; N. FRICERO, P. JULIEN, *Procédure civile*, 5^e éd., LGDJ, 2014, Coll. Manuel, n° 730 et s. ; G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile*, 17^e éd., Dalloz, 2014, Coll. Sirey Université, n° 314 et s.

⁵¹⁹ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 83 ; S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, préc., n° 447 ; G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile*, préc., n° 313 ; J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 1164. Ce type de jugement est défini à l'article 467 du Code de procédure civile.

⁵²⁰ Selon la classification formulée par P. HEBRAUD : v. P. HEBRAUD, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *RTD Civ.* 1973, p. 379.

se présente pas lui-même, ni ne se fait représenter⁵²¹. Cette catégorie de jugement ne peut cependant exister que dans les procédures sans représentation obligatoire, puisque lorsque la représentation est obligatoire, l'assignation doit contenir, à peine de nullité, la constitution d'avocat, laquelle vaut comparution⁵²². A cela s'ajoutent les jugements *réputés contradictoires*, qui sont ceux rendus à l'issue d'une instance au cours de laquelle le défendeur n'a pas comparu alors qu'il avait été cité à personne, ou lorsque le jugement est susceptible d'appel⁵²³. La dernière catégorie est celle des jugements rendus par défaut, au sens strict.

132. Classification des jugements propre à la matière pénale – La procédure pénale fait apparaître une autre classification des jugements fondés sur la défaillance du prévenu en distinguant les jugements contradictoires, les jugements *contradictaires à signifier*, et les jugements par défaut⁵²⁴. Les premiers sont ceux rendus à l'issue d'une instance au cours de laquelle le mis en cause a comparu personnellement ou a été régulièrement représenté par son avocat⁵²⁵, à condition que le prévenu ait été cité à personne ou ait eu connaissance de la citation régulièrement délivrée⁵²⁶. La deuxième catégorie est constituée par les jugements rendus à l'issue d'une instance au cours de laquelle le prévenu n'a comparu ni en personne ni par représentant alors qu'il avait obtenu le droit d'être jugé en son absence⁵²⁷ ou lorsque le prévenu est représenté alors qu'il n'a pas été établi qu'il a eu connaissance de la citation à comparaître le concernant⁵²⁸, ou encore lorsque le prévenu cité à personne ou ayant eu connaissance d'une citation régulière ne comparaît pas ni n'est représenté⁵²⁹. Enfin, les jugements rendus par défaut sont ceux qui sont rendus à l'issue d'une instance au cours de laquelle le prévenu n'a pas été cité à personne ni n'a eu connaissance de la citation régulièrement délivrée le concernant, et qu'il n'a ni comparu personnellement ni été

⁵²¹ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 84 ; S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, préc., n° 447 ; J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 1164 ; G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile*, préc., n° 318.

⁵²² Pour la procédure devant le TGI, v. art. 752 C. proc. civ. ; pour la procédure devant la Cour d'appel, v. art. 901 C. proc. civ.

⁵²³ Art. 473 al. 2 C. proc. civ.

⁵²⁴ Sur cette classification, v. M. LENA, « Jugement par défaut », *Rép. D. proc. pén.*, 2014, n° 52 et s.

⁵²⁵ Et ce depuis la réforme du 9 mars 2004, qui a modifié l'article 411 du Code de procédure pénale, sous l'impulsion de la jurisprudence *Dentico* (Cass., ass. pl., 2 mars 2001 : *Proc.* 2001, comm. 134, J. BUISSON, « Le prévenu non comparant et non excusé peut être représenté par son avocat devant le tribunal correctionnel » ; *JCP G* 2001, II 10611, comm. C. LIEVREMONT, « L'abandon d'une jurisprudence fort discutable : les absents ont toujours tort »). Désormais, l'article 411 alinéa 4 du Code de procédure pénale prévoit que le jugement est rendu contradictoirement si le prévenu est représenté, et ce quand bien même le tribunal aurait considéré que la comparution en personne du prévenu était nécessaire.

⁵²⁶ Art. 410 al. 3 C. proc. pén.

⁵²⁷ Art. 411 al. 5 C. proc. pén.

⁵²⁸ Art. 412 al. 2 C. proc. pén.

⁵²⁹ Art. 410 al. 2 C. proc. pén.

représenté par avocat⁵³⁰. Or, au regard de ces différentes classifications, la présence n'apparaît pas comme étant un élément de qualification de ces différentes catégories de jugement.

B- L'incidence limitée de la présence sur la qualification des jugements

133. Caractère doublement limité de l'incidence de la présence sur la qualification des jugements – Le caractère limité de l'incidence de la présence sur la qualification des jugements traduit l'autonomie de la notion de présence à l'égard du contradictoire à un double niveau. D'abord, il ne saurait y avoir d'assimilation totale des notions de présence et de contradictoire dès lors que, négativement, l'absence n'est jamais un critère exclusif de la qualification des jugements non contradictoires. Ensuite, la présence est parfois un critère indifférent de la qualification des jugements contradictoires, signe que la notion de présence n'est pas totalement absorbée par celle de contradictoire et ne peut donc y être réduite.

134. L'absence, critère insuffisant de la qualification de jugement non contradictoire – En observant les différentes catégories de jugements énumérées, il apparaît d'abord que l'absence n'est pas un critère exclusif de la qualification du jugement au regard du principe du contradictoire. Ainsi, seuls les jugements appartenant à la catégorie des jugements par défaut, que ce soit en procédure pénale ou en procédure civile, sont juridiquement considérés comme des jugements non contradictoires⁵³¹, ce qui justifie d'ailleurs l'ouverture de la voie de l'opposition à leur seul égard⁵³². Or, force est de constater que dans les jugements par défaut, l'absence de la partie n'est jamais le seul critère permettant d'aboutir à une telle qualification. Ainsi, dans chacun des types de jugements réputés contradictoires, on peut observer que la partie est nécessairement absente ou non représentée, puisque le critère de qualification que l'on retrouve dans ces deux catégories de jugements est l'absence de comparution du défendeur. Pourtant, dans ces deux hypothèses, l'absence de la partie ne suffit pas à considérer que le jugement est non contradictoire. C'est dire que l'absence, si elle est prise en compte, n'est pas un critère exclusif de la qualification des jugements à l'égard du contradictoire. Ce constat est encore renforcé par l'observation de la catégorie des jugements *dits contradictoires*, qui épousent à la perfection le régime des jugements parfaitement contradictoires, alors même que le demandeur est absent. C'est encore la même conclusion que l'on peut tirer en contemplation des jugements contradictoires à signifier rendus en matière pénale, puisque là encore, le critère commun est celui de l'absence du prévenu.

⁵³⁰ Art. 487 C. proc. pén.

⁵³¹ Quoiqu'il en soit, cette exclusivité puisse être discutée à l'égard des jugements *réputés contradictoires* rendus en l'absence du défendeur alors que celui-ci n'a pas été cité à personne, puisqu'en cette hypothèse, il y a bien atteinte au principe du contradictoire.

⁵³² Art. 571 C. proc. civ. et art. 489 C. proc. pén.

135. La présence, critère parfois indifférent de la qualification de jugement non contradictoire – Ensuite et surtout, même dans l’hypothèse d’un jugement parfaitement contradictoire, la présence des parties n’a pas de valeur supérieure à leur représentation pour permettre une contradiction effective. La représentation des parties a le même effet que leur présence sur la qualification contradictoire du jugement, et ce y compris dans les procédures qui exigent en principe une présence personnelle des parties. Ainsi, la procédure mise en œuvre devant le tribunal correctionnel permet au juge de se prononcer par un jugement contradictoire si l’avocat du prévenu a été entendu en ses observations, alors même que le tribunal aurait estimé nécessaire sa comparution personnelle⁵³³. C’est ainsi que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a eu l’occasion de casser un arrêt de cour d’appel ayant qualifié le jugement de jugement par défaut alors que la partie, absente à l’audience, était cependant représentée par son conseil⁵³⁴. On remarquera cependant que la situation ne semble pas absolument identique dans les procédures civiles exigeant par exception la comparution personnelle des parties, puisque leur absence empêcherait la qualification du jugement de jugement contradictoire⁵³⁵.

Plus encore, la présence est parfois totalement impuissante à entraîner la qualification de jugement contradictoire. C’est notamment le cas dans les procédures écrites avec représentation obligatoire où, par définition, seule la représentation des parties permet d’assurer le caractère contradictoire du jugement, en application de l’article 467 du Code de procédure civile. En effet, cet article dispose que « *le jugement est contradictoire dès lors que les parties comparaissent en personne ou par mandataire, selon les modalités propres à la juridiction devant laquelle la demande est portée* ». Or, chaque fois que la représentation est obligatoire, comme c’est le principe devant le tribunal de grande instance⁵³⁶ ou devant les cours d’appel⁵³⁷, seule la constitution d’avocat vaudra comparution et permettra donc de qualifier le jugement de contradictoire. D’ailleurs, dans ces procédures écrites avec représentation obligatoire, la présence serait impuissante à organiser une contradiction effective, puisque la contradiction est en réalité organisée par l’échange des conclusions⁵³⁸ et pièces durant la phase de mise en état, l’audience des plaidoiries se résumant de plus en plus à un dépôt des dossiers de plaidoirie⁵³⁹. Ce recul de l’oralité des débats, qui n’affecte en rien le

⁵³³ Art. 411 al. 3 et 4 C. proc. pén.

⁵³⁴ Cass. crim., 7 avr. 2004, *Bull. crim.* n° 92.

⁵³⁵ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 83.

⁵³⁶ Art. 751 C. proc. civ.

⁵³⁷ Art. 899 C. proc. civ.

⁵³⁸ Lesquelles ne peuvent être rédigées que par des avocats.

⁵³⁹ C. ATIAS, « Les pièces du dossier de plaidoirie – Réponses règlementaires et judiciaires aux difficultés de la justice civile », *D.* 2010, p. 1028.

principe du contradictoire⁵⁴⁰ tend d'ailleurs à rapprocher les procédures écrites en matière civile de la procédure contentieuse administrative rendue sur mémoires écrits⁵⁴¹. Or, dans cette dernière, seul le défaut faute de conclure est admis⁵⁴², ce qui démontre à quel point le caractère contradictoire du jugement peut être indifférent à la présence des parties. Il faut alors se résoudre à admettre l'absence d'identification parfaite entre contradictoire et présence

136. Organisation de la présence pour elle-même – L'autonomie de la notion de présence à l'égard du contradictoire est d'autant plus remarquable qu'il est des situations où la présence est organisée pour elle-même alors même que le contradictoire est respecté grâce à d'autres moyens. Ainsi, lorsqu'en matière pénale les jugements sont rendus contradictoirement en présence de l'avocat, la présence de la personne poursuivie peut toujours être recherchée bien que n'étant pas nécessaire à la qualification de jugement contradictoire. En pareille hypothèse, l'alinéa 4 de l'article 411 du Code de procédure pénale offre une option au tribunal correctionnel qui peut décider de rendre un jugement contradictoire après avoir entendu l'avocat du prévenu qui se serait présenté à l'audience, ou de renvoyer l'affaire à une audience ultérieure en décernant un mandat d'arrêt ou d'amener à l'encontre du prévenu non comparant sur le fondement de l'article 410-1 du Code de procédure pénale. Or, la possibilité offerte au tribunal d'organiser, au besoin par la contrainte, la présence du prévenu à l'audience, alors même que la représentation par avocat suffit à qualifier le jugement de contradictoire, semble bien indiquer que la présence est organisée ici à d'autres fins que celles de permettre le respect du principe du contradictoire. C'est à la même conclusion que l'on peut parvenir lorsque l'on s'interroge sur les rapports entre le principe du contradictoire et la possibilité de principe pour les parties de refuser la visioconférence par faveur pour une comparution personnelle physique⁵⁴³. En effet, la mise en place de la visioconférence n'empêche pas les parties de participer effectivement à un débat contradictoire. Pour autant, le droit leur laisse, sauf exception, la possibilité de refuser cette audience par l'intermédiaire des moyens de télécommunication si elles préfèrent être présentes à l'audience. C'est dire que là encore, la présence est organisée à d'autres fins que

⁵⁴⁰ On peut en effet affirmer, avec certains auteurs, que l'oralité n'est pas une condition nécessaire du contradictoire. V. en ce sens M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, dir. J. FOYER, Thèse Paris 2, 1988, n° 180, p. 316 ; H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé, t. III*, Sirey, 1991, n° 239 ; G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile*, 17^e éd., Sirey, 2014, Coll. Sirey Université Droit privé, n° 269. *Contra* v. M. VOGLIOTTI, « De l'auteur au « rhapsode » ou le retour de l'oralité dans le droit contemporain », *Rev. Int. d'Et. Jur.* 2003/50, p. 81 ; E. JEULAND, « La recherche de pistes pour améliorer la procédure orale », in *Rencontres Université-Cour de cassation : la procédure civile*, *Bull. inf. C. Cass.* 2004, n° spécial, n° 3.

⁵⁴¹ Sur le caractère « principalement écrit » de la procédure administrative contentieuse, v. CE, 29 avril 1964, *Poncin*, *Rec.* p. 266 ; CE, 1^{er} décembre 1993, *Commune de Saint-Cyprien*, *Rec.* p. 333. V. également R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 8^e éd., Montchrestien, 2008, Coll. Domat Droit privé, n° 955 ; B. PACTEAU, *Manuel de contentieux administratif*, 3^e, PUF, 2013, Coll. Droit fondamental, n° 166 ; O. GOHIN, *Contentieux administratif*, LexisNexis, 2014, Coll. Manuel, n° 315.

⁵⁴² CE, 17 mai 1968, *Andréi*, *Rec.* p. 321.

⁵⁴³ Sur cette possibilité, v. *infra* n° 428.

celle d'assurer le respect du principe du contradictoire, car dans le cas contraire, le simple fait que ce principe soit respecté dans le cadre de la mise en place de la visioconférence suffirait à anéantir toute possibilité pour les parties de préférer être présentes physiquement à l'audience.

En définitive, la notion de présence doit être distinguée de celle de contradictoire puisqu'elle ne s'y laisse pas enfermer, dans la mesure où elle existe au-delà de toute considération pour le principe du contradictoire. Cependant, les derniers exemples évoqués au renfort de cette démonstration sont tous empruntés à la matière pénale qui se caractérise par son caractère oral. La présence se confondrait-elle alors avec la notion d'oralité ? C'est ce qu'il nous appartient de vérifier en nous interrogeant sur l'autonomie de la notion de présence à l'égard de l'oralité.

§2 : L'autonomie de la notion de présence à l'égard de l'oralité

137. Définition de l'oralité – Afin de pouvoir déterminer si la notion de présence peut être considérée comme autonome de la notion d'oralité, il importe de préciser au préalable ce qu'est le principe d'oralité. Il semble en effet que ce principe soit protéiforme et ne renvoie pas systématiquement aux mêmes éléments, selon que l'on vise un principe d'oralité des procédures ou un principe d'oralité des débats⁵⁴⁴. Sans doute, le point commun à ces deux facettes du principe d'oralité dont il faut partir repose sur la notion d'oralité. L'oralité vient du latin « *os, oris* », traduit littéralement par *bouche*, qui renvoie donc à tout ce qui se transmet par la parole. Ainsi, le *Vocabulaire juridique* définit l'adjectif oral comme « *ce qui s'énonce par la parole* »⁵⁴⁵. En réalité, l'oralité confrontée au droit processuel peut colorer les procédures de plusieurs manières. D'abord, l'oralité peut affecter l'ensemble de la procédure, et a alors un impact sur la qualification de cette procédure, en créant ainsi des procédures orales. Ces procédures orales se caractérisent par l'absence de conclusions écrites obligatoires d'une part et, d'autre part, l'absence d'assistance obligatoire d'un avocat⁵⁴⁶. La question se pose à ce propos de l'existence d'un principe d'oralité en procédure et un auteur a résumé la réponse qui pouvait lui être faite en droit français par la formule lapidaire « *procédure écrite par principe et procédure orale par exception* »⁵⁴⁷. Un autre y répond en remarquant que la référence à l'existence d'un principe de l'oralité par la Cour de cassation par un arrêt unique

⁵⁴⁴ B. JALUZOT, « Procédure écrite et procédure orale : quelques enseignements du droit comparé », in *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI^e siècle ?* actes du colloque organisé à Limoges le 7 mars 2008, PULIM, 2011, p. 45.

⁵⁴⁵ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Oral », in *Vocabulaire juridique* (dir. G. CORNU), 11^e éd., PUF, 2016, Coll. Quadriga, p. 716.

⁵⁴⁶ C. BARAILLER, *L'oralité en procédure civile*, dir. N. FRICERO, Thèse (dactyl.), Université de Nice, 2004, n° 2.

⁵⁴⁷ B. JALUZOT, « Procédure écrite et procédure orale : quelques enseignements du droit comparé », art. préc., p. 45 et s., spéc. p. 46.

de 1997⁵⁴⁸ ne saurait conférer à l'oralité la valeur supérieure d'un principe, puisque l'oralité n'est en réalité qu'une règle technique⁵⁴⁹.

Il faut constater que la procédure civile française réserve l'oralité de la procédure aux juridictions d'exception. Il en va ainsi des tribunaux d'instance (et des juridictions de proximité)⁵⁵⁰, des tribunaux de commerce⁵⁵¹ ou encore des conseils de prud'hommes⁵⁵². En définitive, l'oralité ne pourrait être considérée comme un principe qu'au sein de ces procédures devant les juridictions d'exception. La réforme des procédures orales introduite par un décret du 1^{er} octobre 2010⁵⁵³ est venue apporter une définition de l'oralité à l'article 446-1 du Code de procédure civile qui dispose désormais que « *les parties présentent oralement à l'audience leurs prétentions et les moyens à leur soutien* ». Cette définition permet d'affirmer avec un auteur que « *[en principe], l'oralité est une technique procédurale par laquelle un juge n'est saisi de prétentions et de moyens que si ceux-ci sont formulés oralement à l'audience, par les parties ou leur représentant habilité* »⁵⁵⁴, tout en précisant que l'oralité devient « *optionnelle* »⁵⁵⁵, les parties pouvant être autorisées à formuler leurs prétentions et moyens par écrit. Le visage des procédures orales a donc été transformé.

Il ne faut cependant pas cantonner l'oralité aux seules procédures dites orales, puisqu'en réalité, l'oralité trouve également une place dans les procédures écrites, sous la forme d'un principe de l'oralité des débats. La Cour de cassation a en effet affirmé le droit pour les plaideurs à un débat oral⁵⁵⁶, bien que ces derniers puissent déposer leurs conclusions, les parties ayant même la possibilité désormais de supprimer totalement l'audience des plaidoiries devant le tribunal de grande instance⁵⁵⁷.

138. Lien entre présence et oralité – Les hésitations sur la force du lien entre présence et oralité naissent sans doute de l'histoire de l'oralité processuelle qui s'est installée

⁵⁴⁸ Cass. soc., 17 juillet 1997 : *RJS* 1997, n° 1125.

⁵⁴⁹ R. BERNARD-MENORET, « Critique de l'oralité de la procédure prud'homale », *Travail et protection sociale* 2004, ét. 19, n° 6.

⁵⁵⁰ Art. 846 C. proc. civ.

⁵⁵¹ Art. 860-1 C. proc. civ.

⁵⁵² Art. R. 1453-3 C. trav.

⁵⁵³ Décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale.

⁵⁵⁴ N. FRICERO, « Le décret du 1^{er} octobre 2010 : une oralité sécurisée, une conciliation modernisée », consultable sur www.conciliateurs.fr/.../decret_1165_du_1er_octobre_2010_synthese_n_fricero.pdf.

⁵⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁵⁶ Cass. ass. pl., 24 nov. 1989 : *D.* 1990, p. 25, note J. CABANNES, et p. 429, note P. JULIEN ; *JCP G* 1990, II 21407, note L. CADIET ; *RTD Civ.* 1990, p. 145, obs. R. PERROT.

⁵⁵⁷ Art. 779 al. 3 C. proc. civ. Pour une application de cette règle, v. Cass. civ. 2^e, 10 fév. 2011 : *Procédures* 2011, p. 131, note R. PERROT.

pour préserver le contact direct entre le justiciable et le juge (A). Mais la réalité que recouvre le principe d'oralité aujourd'hui ne fait que démontrer la distension du lien entre les deux notions (B), permettant d'affirmer l'autonomie conceptuelle de la présence par rapport à l'oralité processuelle.

A- Le lien historique entre oralité et présence

139. L'oralité dans l'Antiquité⁵⁵⁸ – Sans doute faut-il remonter aux influences antiques gréco-romaines pour comprendre la place de l'oralité dans le procès et le lien qu'elle entretient avec la présence. La société de la Grèce Antique, qui repose toute entière sur une démocratie directe, fait la part belle à l'oralité, « *le débat [faisant] partie intégrante de la vie de la cité* »⁵⁵⁹. C'est donc naturellement que l'oralité s'installe au cœur du processus de justice, la procédure devant l'ensemble des tribunaux athéniens étant exclusivement orale, qu'il s'agisse de la saisine du tribunal, du déroulement des débats ou du prononcé de la sentence⁵⁶⁰. Par ailleurs, les mêmes caractéristiques de la procédure sont observables dans les procès de la Rome Antique, du moins jusqu'au Bas Empire⁵⁶¹. A l'époque ancienne de la royauté, la procédure est totalement orale et les parties doivent comparaître personnellement ; le procès est empreint d'un formalisme très important, correspondant à une suite de paroles, de formules consacrées⁵⁶², que les plaideurs doivent prononcer de façon sacramentelle, au risque de perdre le procès⁵⁶³. Ce n'est que plus tard, avec l'installation de la République, puis de l'Empire, que l'écrit vient petit à petit concurrencer l'oralité initiale⁵⁶⁴.

140. L'oralité au Moyen-Age – C'est au Moyen-Age que les procédures orales telles que nous les connaissons trouvent leurs origines⁵⁶⁵. La période franque est marquée par une mise en place des institutions barbares remplaçant les institutions romaines, qui privilégient des procédures orales, empreintes là encore d'un grand formalisme⁵⁶⁶. L'audience est orale,

⁵⁵⁸ Pour une étude complète des origines historiques de l'oralité, v. S. SOLEIL, « Oralités et écritures en procès. Regards croisés entre histoire du droit et philosophie du langage », in *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI^e siècle*, préc., p. 25 et s. ; C. BARAILLER, *L'oralité en procédure civile*, préc., n° 23 et s. ; F. REA-SABATIER, *L'oralité en matière prud'homale*, dir. C. ALBIGES, Thèse (dactyl.), Montpellier I, 2007, n° 31 et s.

⁵⁵⁹ B. TRAVIER, *Procédures orales*, Dalloz, 2002, Coll. Dalloz service, p. 2.

⁵⁶⁰ F. REA-SABATIER, *L'oralité en matière prud'homale*, préc., n° 40.

⁵⁶¹ C. BARAILLER, *L'oralité en procédure civile*, préc., n° 28.

⁵⁶² C. BARAILLER, *L'oralité en procédure civile*, préc., n° 29.

⁵⁶³ A. PIAZZON, *L'oralité judiciaire*, dir. B. BEIGNIER, Thèse (dactyl.), Toulouse I Capitole, 2013, n° 7. V. également J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, Coll. Précis Dalloz droit privé, n° 22 et s. ; M. VILLEY, *Le droit romain*, PUF, 2012, Coll. Quadriges, p. 14.

⁵⁶⁴ V. M. VILLEY, *Le droit romain*, préc., p. 29, à propos de la procédure formulaire.

⁵⁶⁵ C. BARAILLER, *L'oralité en procédure civile*, préc., n° 31.

⁵⁶⁶ C. BARAILLER, *L'oralité en procédure civile*, préc., n° 32.

les parties doivent comparaître en personne sans pouvoir se faire représenter⁵⁶⁷. On voit là l'affirmation du lien entre présence et oralité. Les moyens de preuve sont essentiellement oraux⁵⁶⁸, à tel point que si un écrit devait être produit au cours de l'instance⁵⁶⁹, il devait être confirmé par des témoins⁵⁷⁰. La période féodale, qui succède à la période franque, est également marquée par l'oralité de la procédure. C'est pourtant à cette période qu'apparaît en procédure civile l'avocat, dont la profession est réglementée par l'Ordonnance du 23 octobre 1274 de Philippe le Hardi, complétée par une ordonnance de Philippe Le Bel en 1291⁵⁷¹, ce qui entraînera une modification de la procédure en introduisant plus d'écrit⁵⁷², ouvrant ainsi la voie à la procédure écrite romano-canonique⁵⁷³.

141. L'oralité depuis les Temps modernes – C'est en réaction à cet ancrage de l'écrit que le projet Pussort, du nom de son promoteur, conseiller et oncle de Colbert, a entrepris de réformer la justice, en particulier en restaurant « *l'audience et l'oralité des débats dans leur dignité première* »⁵⁷⁴. Ce projet a abouti à l'adoption du Code Louis, qui privilégie l'oralité sur les écritures⁵⁷⁵. C'est donc en réaction à la complexification des procédures que l'ordonnance civile de 1667 est venue redorer la place de l'oralité dans le procès, qui a posé les bases de notre procédure civile contemporaine, tant le Code de procédure civile napoléonien de 1806 a été décrit comme « *une copie trop servile de l'Ordonnance de 1667* »⁵⁷⁶. C'est d'ailleurs toujours cette logique de simplicité, de simplification des procédures qui semble animer l'oralité des procédures en France. Il n'est en effet pas une étude consacrée à l'oralité qui ne rappelle cette fonction historique⁵⁷⁷, quitte à en critiquer l'efficacité aujourd'hui⁵⁷⁸. Les auteurs sont en effet nombreux à relever que la fonction première de l'oralité est de rapprocher le justiciable de son juge. Ainsi, un auteur relève qu'« *à travers la défense de l'oralité, [...], ce n'est ni plus ni moins que la nécessité d'un contact direct entre le justiciable et son juge qui*

⁵⁶⁷ F. REA-SABATIER, *L'oralité en matière prud'homale*, préc., n° 80.

⁵⁶⁸ Et reposent en particulier sur le serment ou l'ordalie. Sur ces modes de preuve, v. *infra* n° 181.

⁵⁶⁹ A l'exception des écrits du roi ou diplôme royal.

⁵⁷⁰ B. TRAVIER, *Procédures orales*, préc., p. 7 ; C. BARAILLER, *L'oralité en procédure civile*, préc., n° 32 ; F. REA-SABATIER, *L'oralité en matière prud'homale*, préc., n° 81.

⁵⁷¹ B. SUR, *Histoire des avocats en France des origines à nos jours*, Dalloz, 1998, p. 11.

⁵⁷² F. REA-SABATIER, *L'oralité en matière prud'homale*, préc., n° 88.

⁵⁷³ C. BARAILLER, *L'oralité en procédure civile*, préc., n° 39 et s.

⁵⁷⁴ S. SOLEIL, « Oralités et écritures en procès. Regards croisés entre histoire du droit et philosophie du langage », art. préc., p. 25.

⁵⁷⁵ *Ibid.*

⁵⁷⁶ E. GARSONNET, *Cours de procédure, organisation judiciaire, compétence et procédure en matière civile et commerciale*, Paris, 1883, Larose et Forcel, t. II, p. 80, cité par J.-L. HALPERIN, « Le code de procédure civile de 1806 : un code de praticiens ? », in *1806-1976-2006, De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France* (dir. L. CADIET, G. CANIVET), Litec, 2006, p. 23.

⁵⁷⁷ V. par ex. R. PERROT, *Institutions judiciaires*, 8^e éd., Montchrestien, 1998, Coll. Domat Droit privé, n° 557 ; G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 3^e éd., PUF, 1996, n° 140 et 183.

⁵⁷⁸ V. par exemple R. BERNARD-MENORET, « Critique de l'oralité de la procédure prud'homale », art. préc., n° 17 et s.

est vivement défendu car ce lien direct participe de la société démocratique »⁵⁷⁹, un autre que l'oralité répond à « *une exigence de simplicité* »⁵⁸⁰, un autre encore que la procédure orale est « *généralement présentée comme étant de nature à favoriser l'accès direct à la justice* »⁵⁸¹. En cela, l'oralité est encore perçue comme la possibilité offerte au justiciable de se présenter directement devant son juge, sans avoir à passer par l'intermédiaire d'un représentant. L'oralité entretient donc des liens étroits, historiquement, avec la notion de présence physique et personnelle.

Ce lien est également très fort dans le procès pénal, qui est le plus empreint du principe d'oralité des débats, en raison du principe de l'intime conviction qui en est le corollaire⁵⁸². Afin que le juge – et les jurés le cas échéant – puissent forger leur intime conviction, il est important que les éléments de preuve soient débattus devant eux, ce qui justifie, par exemple, le principe de la déposition orale du témoin, qui exige sa présence physique, principe affirmé par la Cour de cassation à de nombreuses reprises. Ainsi, sur le fondement d'un « *principe de la déposition orale du témoin* »⁵⁸³, le président de la cour d'assises ne peut lire la déposition du témoin alors que l'impossibilité de le faire citer n'a pas été démontrée⁵⁸⁴, ou même avant que le témoin présent n'ait achevé sa déposition⁵⁸⁵. Il importe donc que le témoin soit présent à l'audience pour pouvoir déposer. D'ailleurs, l'oralité en procédure pénale n'est pas sans lien avec la fonction cathartique de la justice à l'œuvre dans de telles procédures⁵⁸⁶, qui « *permet à chacun d'exprimer ses revendications, plus généralement de dire tout ce qu'il a sur le cœur* » depuis l'instauration des rituels judiciaires traditionnels⁵⁸⁷. Il s'agit donc de confronter les paroles en confrontant les individus, ce qui illustre l'existence du lien entre présence et oralité.

⁵⁷⁹ L. CADIET, « Observations conclusives », in *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI^e siècle*, préc., p. 202.

⁵⁸⁰ R. BERNARD-MENORET, « Critique de l'oralité de la procédure prud'homale », art. préc., n° 13.

⁵⁸¹ R. PERROT, *Institutions judiciaires*, préc., n° 557.

⁵⁸² L'oralité des débats permet en effet au juge, en procédure pénale, de se forger une conviction sur la culpabilité du mis en cause. En ce sens, v. par ex. M. GUERRIN, « Nullités de procédure », *Rép. D. proc. pén.*, 2005, n° 218 ; M. REDON, « Cour d'assises », *Rép. D. proc. pén.* 2012, n° 239 ; M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, préc., n° 606 ; B. BOULOC, *Procédure pénale*, préc., n° 1023.

⁵⁸³ M. GUERRIN, « Nullités de procédure », art. préc., n° 218. Plus largement, sur cette question, v. E. PORCARA, *Le témoignage oral dans la procédure pénale*, dir. D. THOMAS, Thèse (dactyl.), Université Montpellier I, 2010.

⁵⁸⁴ Cass. crim., 2 août 1872 : *Bull. crim.* n° 203 ; Cass. crim. 6 avr. 1894 : *Bull. crim.* n° 86.

⁵⁸⁵ Cass. crim., 20 nov. 1820 : *Bull. crim.* n° 137 ; Cass. crim., 14 avr. 1910 : *Bull. crim.* n° 190 ; Cass. crim., 10 déc. 1957, *Bull. crim.* n° 816 ; plus récemment Cass. crim., 27 juin 1990, n° 89-87.170 : *Bull. crim.* n° 265 ; Cass. crim., 26 févr. 1992, n° 91-83.165 : *Bull. crim.* n° 90 ; *Dr. pénal* 1992, comm. 161, note A. MARON.

⁵⁸⁶ V. A. GARAPON, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 1997, spéc. pps. 145 et 220.

⁵⁸⁷ S. SOLEIL, « Oralité et écritures en procès. Regards croisés entre histoire du droit et philosophie du langage », art. préc. p. 30.

Pourtant, il semble qu'en raison des métamorphoses récentes⁵⁸⁸ des procédures dites orales, l'oralité ne recouvre plus la même réalité dans notre droit positif, ce qui aboutit à une distension du lien qu'elle entretient avec la présence, et permet d'affirmer l'autonomie de l'une par rapport à l'autre.

B- La distension du lien entre présence et oralité

142. Accentuation de la dissociation entre présence et oralité – En réalité, si les liens entre présence et oralité se sont considérablement distendus du fait de la transformation des procédures orales sous l'impulsion des dernières réformes en la matière et notamment du décret du 1^{er} octobre 2010 en matière civile⁵⁸⁹ et de la loi dite Perben II en matière pénale⁵⁹⁰ (2), il faut admettre que même dans son sens primitif, l'oralité se distingue de la présence (1).

1- La distinction de l'oralité traditionnelle et de la présence

143. Présence active et présence passive – Si le lien entre présence et oralité tire ses origines de l'histoire des procédures orales, leur évolution a entraîné la distension de ce lien, qui permet aujourd'hui de distinguer la notion de présence de celle d'oralité. Plusieurs éléments accréditent cette thèse. D'abord, il faut remarquer que même lorsque l'oralité est appliquée en son sens premier, c'est-à-dire lorsqu'elle est le marqueur de procédures qui supposent l'absence de représentation et l'absence de conclusions écrites, les deux notions ne peuvent être tout à fait confondues. L'oralité implique en effet une prise de parole des parties face au juge, qui consacre une possibilité de « *participation active de l'individu concerné à l'audience* »⁵⁹¹. La présence ne saurait donc s'identifier à l'oralité que si l'on entend par présence une présence « active ». Or, la prise de parole n'est en rien intrinsèquement liée à la notion juridique de présence, qui ne se définit que par une présence passive, indépendamment de l'action de la personne présente qui peut en découler⁵⁹². D'ailleurs, la présence est parfois exigée sans que cela ne tienne à la possibilité offerte à la partie de prendre la parole. Ainsi, la

⁵⁸⁸ Et en particulier de la réforme introduite par le décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale ainsi que de la réforme des conseils de prud'hommes en cours : A l'issue du rapport Lacabarats rendu en juillet 2014 (A. LACABARATS, « L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXI^e siècle », Rapport remis à la Garde des Sceaux, consultable sur le site www.justice.gouv.fr/publication/rap_lacabarats_2014.pdf), la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron, a été adoptée et le décret d'application relatif aux modalités de comparution devant le conseil de prud'hommes est paru le 20 mai 2016 (décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail).

⁵⁸⁹ Décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale.

⁵⁹⁰ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

⁵⁹¹ M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, préc., n° 78, p. 313.

⁵⁹² *Contra* v. E. JEULAND, *Droit processuel général*, LGDJ, 2014, Coll. Domat droit privé, n° 227.

Cour européenne des droits de l'Homme a eu l'occasion de condamner la France dans un arrêt *Fretté contre France*⁵⁹³ pour n'avoir pas adressé de convocation au requérant qui avait choisi de se défendre seul devant le Conseil d'Etat. Cette décision de la Cour européenne, relative sur le fond à la procédure d'agrément en matière d'adoption, a fait couler beaucoup d'encre chez les spécialistes du droit de la famille⁵⁹⁴, alors que la Cour de Strasbourg conclut à la violation du seul article 6 de la Convention. Dans cette affaire, la Cour condamne l'Etat français au motif que le requérant, qui avait choisi de se défendre seul comme cela lui était autorisé, n'a pas été convoqué à l'audience et n'a donc pas pu être présent⁵⁹⁵. Or il est intéressant ici de constater que le Gouvernement français invitait à conclure à l'absence de violation de l'article 6 dès lors que même convoqué, le requérant n'aurait pas pu plus plaider lui-même⁵⁹⁶. Le fait que la Cour de Strasbourg ne suive pas ce raisonnement peut alors être interprété comme une démarcation de la présence à l'égard de la prise de parole. Et il n'est sans doute pas anodin que le droit français se soit mis en conformité avec cette solution des sages européens en prévoyant désormais que les parties non représentées par avocat sont également informées de la date de l'audience⁵⁹⁷ sans pour autant que le monopole de la prise de la parole des avocats au Conseil ne soit remis en question⁵⁹⁸. C'est donc que la présence peut avoir une autre fin que l'oralité traduisant une présence active. Il y a là un premier argument en faveur de la dissociation des notions d'oralité et de présence.

2- La distension du lien entre présence et oralité due à la transformation des procédures orales

144. Le double visage de la transformation des procédures orales – Sans doute deux mouvements parallèles qui ont modifié les règles à l'œuvre dans les procédures orales, transformant leur physionomie, peuvent expliquer l'accentuation de la distension du lien entre présence et oralité. En effet, alors que la présence implique une comparaison *physique* et en

⁵⁹³ CEDH, 26 fév. 2002, *Fretté c. France*, req. n° 36515/97.

⁵⁹⁴ Pour des commentaires de cette décision relatifs à la procédure d'agrément, v. par ex. F. GRANET, « Adoption par un homosexuel », *D.* 2002, p. 2024 ; J. HAUSER, « Agrément à l'adoption et mode de vie du demandeur », *RTD Civ.* 2002, p. 280 ; I. POIROT-MAZERES, « De la gay-pride...au Palais royal », *AJDA* 2002, p. 401 ; J.-P. MARGUENAUD, « Le droit des homosexuels de pouvoir adopter trouve sa limite caricaturale dans l'intérêt de l'enfant », *RTD Civ.* 2002, p. 389.

⁵⁹⁵ CEDH, 26 fév. 2002, *Fretté c. France*, préc., § 49.

⁵⁹⁶ CEDH, 26 fév. 2002, *Fretté c. France*, préc., § 46 *in fine*.

⁵⁹⁷ Art. R. 712-1 C. J. A.

⁵⁹⁸ Ce monopole a d'ailleurs été approuvé par un arrêt rendu en Grande chambre par la Cour européenne : CEDH, Grande chambre, 26 juillet 2002, *Meftah et autres c. France*, req. n°s 32911/96, 35237/97 et 34595/97 : N. FRICERO, « Respect des droits de la défense devant la Cour de cassation », *D.* 2003, p. 593 ; M. PUECHAVY, « L'accusé se défendant seul devant la Cour de cassation », *RTDH* 2003, n°56, p. 1335. Cette solution a d'ailleurs été étendue au Conseil d'Etat : CEDH, 8 avr. 2003, *Mocie c. France*, req. n° 46096/99.

personne, les procédures orales quant à elles font de plus en plus de place à la représentation d'une part et à l'écrit d'autre part.

145. Transformation des procédures orales par l'ouverture de la représentation –

D'abord, cette dissociation des notions d'oralité et de présence est considérablement accentuée par la transformation des procédures orales qui aboutit à un recul de la condition de présence des parties dans la qualification de l'oralité des procédures, chaque fois que la place de la représentation augmente. Alors que l'oralité a été conçue pour permettre et inciter à la présence en personne des parties à l'audience, il faut en effet constater que les procédures orales sont loin d'exclure la représentation à l'audience de leurs modes de comparution. Ainsi, s'agissant de la procédure suivie devant Tribunal de commerce, devant lequel « *la procédure est orale* »⁵⁹⁹, il n'est point mention dans les textes d'une obligation de comparution personnelle des parties, au contraire même, puisqu'il ressort de la lecture de l'article 853 du Code de procédure civile que « *les parties ont la faculté de se faire représenter* ». Il est donc loisible aux parties de se faire représenter devant les juridictions consulaires, sans que cela ne remette en cause le caractère oral de la procédure, alors même que le sujet de l'opération procédurale, c'est-à-dire la partie, est absent. Le même constat peut être fait devant les juridictions d'exception qui prévoient une procédure orale sans comparution personnelle obligatoire, à savoir – au moins durant les phases de jugement⁶⁰⁰ – les tribunaux d'instance⁶⁰¹, les tribunaux des affaires de sécurité sociale⁶⁰², ainsi que les tribunaux paritaires des baux ruraux⁶⁰³.

Plus encore, lorsque la comparution personnelle est exigée par principe, la représentation n'est pour autant pas totalement exclue, et d'ailleurs, admise de plus en plus largement. L'exemple de la procédure devant les conseils de prud'hommes est à ce titre très parlant. En effet, le principe posé par l'article R. 1453-1 du Code du travail jusqu'à récemment était la comparution personnelle des parties devant cette juridiction, censée selon un auteur, « *servir l'oralité du débat prud'homal* »⁶⁰⁴. Ce texte prévoyait néanmoins une

⁵⁹⁹ Art. 860-1 C. proc. civ.

⁶⁰⁰ Les phases de conciliation sont en effet assorties d'une obligation de principe de comparution personnelle : v. par ex. art. 832-1 et 834 C. proc. civ. (devant le tribunal d'instance, les parties peuvent seulement se faire assister pour la phase de conciliation) ; art. 883 al. 2 C. proc. civ. (tribunal paritaire des baux ruraux).

⁶⁰¹ Art. 846 C. proc. civ. pour la mention de l'oralité de la procédure et art. 827 pour la faculté pour les parties de se faire représenter ou assister.

⁶⁰² Art. R. 142-20-1 C. séc. soc. : « *la procédure est orale* ». Au surplus, l'article L. 144-3 du Code de la sécurité sociale, après avoir affirmé que les parties se défendent seules, prévoit immédiatement la possibilité de se faire représenter à l'audience.

⁶⁰³ L'article 882 du Code de procédure civile relatif à la procédure devant le tribunal paritaire des baux ruraux renvoie en effet à la procédure suivie devant le tribunal d'instance, le tribunal paritaire des baux ruraux en étant une émanation. D'ailleurs, l'article 883 précise que les parties ont la faculté de se faire assister ou représenter.

⁶⁰⁴ F. REA-SABATIER, *L'oralité en matière prud'homale*, préc., n° 176.

exception, pour admettre la représentation en cas de motif légitime. Le motif légitime n'étant pas défini par les textes, son appréciation relevait du pouvoir souverain des juges du fond⁶⁰⁵. Les juges ont pu être très exigeants par le passé quant à l'appréciation de la légitimité du motif – bien que n'imposant pas toutefois que le motif d'absence soit un cas de force majeure⁶⁰⁶ –, en raison de la rigueur imposée par l'obligation de motivation de la décision⁶⁰⁷ qui doit préciser la vérification et la constatation du motif allégué comme excuse légitime. Il est vrai que l'appréciation de la légitimité du motif est sujette à fluctuation puisque variable d'une juridiction à l'autre⁶⁰⁸. On constate cependant un affaiblissement marqué des exigences en la matière. D'abord, la Cour de cassation précise désormais qu'en acceptant la représentation par avocat, le conseil de prud'hommes avait admis *de facto* l'existence d'un motif légitime⁶⁰⁹. Ensuite des motifs extrêmement variés sont acceptés aujourd'hui, tels que la maladie, l'empêchement professionnel ou l'éloignement. Plus encore, certaines juridictions du fond commencent à ne plus attacher de sanction à l'absence de motif légitime. Ainsi, la Cour d'appel de Bordeaux a dans un arrêt du 14 février 2012, considéré que le Conseil de prud'hommes, qui avait refusé d'entendre l'avocat mandaté par une partie alors qu'aucun motif d'absence légitime n'avait été avancé, avait commis un excès de pouvoir justifiant l'annulation de sa décision contraire au droit à un procès équitable⁶¹⁰. La représentation s'est donc considérablement immiscée dans la procédure prud'homale. Cela est d'autant plus évident aujourd'hui dans la mesure où le législateur, réformant la procédure prud'homale⁶¹¹, a suivi les recommandations du rapport Lacabarats⁶¹², qui préconisait un alignement des conditions de représentation et d'assistance sur celle du tribunal d'instance, ce qui n'affecte toutefois pas le caractère oral de la procédure.

La même analyse peut être faite en matière pénale, puisque malgré le caractère oral de la procédure, la représentation est permise dans certains cas. Les autorisations à la

⁶⁰⁵ Cass. soc., 12 nov. 1987, n° 84-45.583 : *Bull. civ. V*, n° 638.

⁶⁰⁶ *Contra* v. Cass. soc. 11 oct. 1972, n° 71-40.352 : *Bull. civ. V*, n° 539, p. 491. Cet arrêt est toutefois resté isolé.

⁶⁰⁷ Cass. soc. 10 oct. 1940 : *DH* 1940, p. 211 ; Cass. soc. 15 jan. 1959 : *JCP G* 1959, II 11055.

⁶⁰⁸ R. PAUTRAT, « Conseil de prud'hommes (Procédures) », *Rép. D. dr. trav.* 1994 (màj 2014), n° 67.

⁶⁰⁹ Cass. soc. 26 juin 1986 : *Bull. civ. V*, n° 342 ; *JCP G* 1986, IV, n° 261 ; Cass. soc. 17 déc. 1987, n° 85-41.833.

⁶¹⁰ CA Bordeaux, Ch. Soc., 14 fév. 2012, n° Jurisdata 2012-004731.

⁶¹¹ Par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron, spéc. art. 258 et son décret d'application de la loi Macron relatif à l'assistance et la représentation des parties devant le Conseil de prud'hommes paru le 20 mai 2016 (Décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail). L'article 9 du décret réécrit l'article R. 1453-1 du Code du travail, désormais rédigé comme suit : « *Les parties se défendent elles-mêmes. Elles ont la faculté de se faire assister ou représenter* », ce qui unifie les modalités de comparution des parties devant l'ensemble des juridictions devant lesquelles la procédure suivie est orale.

⁶¹² A. LACABARATS, « L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXI^e siècle », Rapport remis à la Garde des Sceaux, préc., p. 67 et s. Sur ce rapport, v. notamment S. THOURET, « Représentation et conciliation en matière prud'homale », *JCP G* 2014, 1130 ; F. GUIOMAR, M. GREVY, « Réforme de la juridiction prud'homale : du rapport Lacabarats au projet de loi Macron », *Rev. dr. trav.* 2015, p. 58.

représentation, accordées en vertu de l'article 411 du Code de procédure pénale, ont déjà été abordées sous l'angle du principe du contradictoire⁶¹³ ainsi que du droit d'être entendu⁶¹⁴. Il est cependant intéressant de constater ici que l'absence de présence physique du prévenu devant le tribunal correctionnel, combinée à sa représentation par avocat, n'empêche en rien la procédure d'être dotée d'un caractère oral prononcé, tant les preuves seront quoi qu'il en soit débattues lors de l'instruction définitive qui a lieu durant l'audience de jugement⁶¹⁵.

En définitive, si l'oralité de la procédure se satisfait de la représentation des parties, c'est donc que la notion d'oralité se distingue de celle de présence.

146. Transformation des procédures orales par le renforcement de la place de l'écrit – Ce constat est encore accentué par la possibilité désormais offerte aux parties de demander une dispense de présentation devant certaines juridictions devant lesquelles la procédure est pourtant orale par principe. Ainsi, le décret du 1^{er} octobre 2010⁶¹⁶ a innové en rendant l'oralité « optionnelle »⁶¹⁷, puisque l'article 446-1 du Code de procédure civile prévoit désormais que *« lorsqu'une disposition particulière le prévoit, les parties peuvent être autorisées à formuler leurs prétentions et leurs moyens par écrit sans se présenter à l'audience »*. Or plusieurs dispositions particulières existent, qui sont relatives tantôt au tribunal de commerce⁶¹⁸, tantôt au tribunal d'instance⁶¹⁹, et qui prévoient que le juge peut dispenser une partie de se présenter à une audience ultérieure. Il est vrai qu'il ne s'agit pas d'une dispense totale de se déplacer, puisque les textes visent une dispense de présentation et non de comparution, dans la mesure où la dispense concerne une audience « ultérieure », ce qui signifie qu'il faille, pour solliciter cette dispense, se présenter lors d'une audience initiale⁶²⁰. Néanmoins, il s'opère par cette dispense de présentation dans les procédures orales une dissociation de la présence et de l'oralité. Il est cependant possible de s'interroger alors sur la pertinence de la qualification de procédure orale à l'égard de ce type de procédures, mais le législateur n'a semble-t-il pas souhaité faire disparaître ce qualificatif, puisque le même texte réaffirme le caractère oral de principe de ces procédures. Peut-être cette distinction perdure-t-elle dans la mesure où l'oralité reste néanmoins la règle de principe en la

⁶¹³ V. *supra* n° 136.

⁶¹⁴ V. *supra* n° 126.

⁶¹⁵ Le principe de l'oralité des débats, quoi que non consacré par un texte particulier, s'impose en procédure pénale : v. s'agissant du tribunal correctionnel, M. REDON, « Tribunal correctionnel », préc., n° 251.

⁶¹⁶ Décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale.

⁶¹⁷ N. FRICERO, « Le décret du 1^{er} octobre 2010 : une oralité sécurisée, une conciliation modernisée », préc.

⁶¹⁸ Art. 861-1 C. proc. civ.

⁶¹⁹ Art. 847-1 C. proc. civ.

⁶²⁰ C. BLERY, « La dispense de présentation devant le tribunal de commerce. - De l'oral à l'écrit électronique... », *JCP G* 2013, 1390, n° 4. En ce sens, v. not. Cass. civ. 3^e, 14 janv. 2016, n° 14-18.698 : *Procédures* 2016, comm. 86, obs. Y. STRICKLER ; Cass. civ. 2^e, 18 févr. 2016, n° 14-29.242 : *Procédures* 2016, comm. 122, obs. Y. STRICKLER.

matière et où cette distinction conserve un intérêt pédagogique, à l'instar de la distinction théorique entre procédures accusatoires et procédures inquisitoires⁶²¹.

147. Bilan – En définitive, il résulte de cette étude que la notion de présence ne saurait se fondre totalement dans aucune des deux notions objets de principes gouvernant l'instance qui lui sont proches. Ainsi, le contradictoire comme l'oralité sont impuissants à expliquer toutes les manifestations de la présence puisque, d'une part, les principes d'oralité et de contradictoire peuvent être organisés par d'autres moyens que par la présence des différents acteurs de la procédure et, d'autre part, si la présence est parfois une modalité de leur mise en œuvre, elle ne s'y résume pas. Partant, puisque la présence ne peut être réduite à une manifestation de l'un ou l'autre de ces concepts, la notion de présence affirme son autonomie à l'égard du contradictoire comme à l'égard de l'oralité, ce qui lui permet d'asseoir, plus généralement, son autonomie dans la théorie de l'instance.

⁶²¹ Pour une critique de cette distinction, v. C. AMBROISE-CASTEROT, *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire*, dir. Ph. CONTE, Thèse (dactyl.), Université Montesquieu Bordeaux IV, 2000.

Conclusion du chapitre 2

148. Autonomie de la notion de présence – Le droit processuel est un droit complexe qui, puisqu’il se nourrit d’un idéal unique, celui du procès équitable, est inévitablement composé de règles qui se recoupent et s’enchevêtrent sans pour autant se confondre. La démonstration de l’autonomie de la notion passait donc nécessairement par une interrogation relative à sa place au sein de cet arsenal juridique dense. L’autonomie de la notion de présence est alors apparue en ce que celle-ci, bien que dévoilant des interactions avec des notions procédurales qui lui sont proches, ne saurait se confondre avec aucune de ces notions, qu’elles relèvent de la théorie du droit au juge ou de celle de l’instance.

149. Autonomie de la présence dans la théorie du droit au juge – Dans un premier temps, les rapports de la notion de présence et des composantes du droit au juge que sont le droit d’accès au juge et le droit d’être entendu par le juge ont été étudiés. Cette analyse, rendue nécessaire par le fait que la présence a pu sembler être une modalité d’accès au juge ou être érigée par le passé en condition du droit d’accès au juge comme du droit d’être entendu par celui-ci, a permis de démontrer que ce lien n’est plus. Aujourd’hui, et sous l’influence des normes européennes, la présence n’est plus une condition permettant d’exercer ces deux droits. Plus encore, les concepts de droit d’accès au juge et de droit d’être entendu sont parfois impuissants à expliquer les manifestations de la présence, lorsque celle-ci est organisée alors même que le droit d’être entendu pourrait être exercé par le recours à la représentation, à la visioconférence voire à l’utilisation de l’écrit. L’autonomie de la notion de présence dans ses rapports avec les composantes du droit au juge peut donc être affirmée.

150. Autonomie de la présence dans la théorie de l’instance – La distinction de la présence et des notions de droit d’accès et droit d’être entendu par le juge ne suffit cependant pas à asseoir l’autonomie de la notion de la présence en droit processuel. Cette notion en effet, parce qu’elle est un mode de comparution, participe de l’organisation de l’instance, de sorte qu’il était également nécessaire, dans un second temps, de la confronter à deux principes gouvernant l’instance, dont la présence facilite la mise en œuvre, à savoir le principe du contradictoire et le principe d’oralité. Confrontée à chacun de ces deux principes, la présence doit pourtant en être distinguée puisque la notion de présence n’est pas totalement soluble dans les concepts de contradictoire ou d’oralité. L’impossible absorption totale de la notion de présence par les principes de contradictoire d’une part et d’oralité d’autre part est d’autant plus flagrante que la présence est parfois organisée sans considération de ces principes : alors que le contradictoire ou l’oralité peuvent être garantis par des moyens autres que la présence – et notamment l’utilisation de la visioconférence et de la représentation –, l’exigence de présence ne disparaît pas pour autant.

En définitive, l'autonomie de la notion de présence se manifeste dans la mesure où cette notion n'est pas totalement soluble dans les concepts de droit processuel déjà reconnus. Ce constat met en lumière l'intérêt de considérer la présence comme une notion juridique autonome, contribuant ainsi à sa légitimité en tant qu'élément du droit processuel.

Conclusion du titre 1

151. Processus d'identification appliqué à la notion de présence – Pour mieux cerner la réalité de la présence et ce que recouvre cette notion, il nous revenait de l'identifier. Or il est apparu très rapidement que ce processus d'identification de la présence en droit processuel se déclinait en deux étapes. Il fallait d'abord déterminer l'identité intrinsèque de la présence en droit processuel, c'est-à-dire la notion elle-même avec les caractères qui lui sont propres, avant de s'intéresser ensuite à son identité extrinsèque, c'est-à-dire à ses rapports avec des notions voisines pour déterminer si la notion de présence jouit d'une autonomie en droit processuel.

152. La définition positive de la présence : un lien processuel – Dans son sens commun, la présence est une notion qui a une réalité matérielle, une réalité physique : elle implique l'existence d'un lien entre un sujet – la personne présente – et une situation. Si la présence définit ce lien, deux éléments devaient être précisés : le référentiel du lien de présence, qui permet de répondre à la question « à quoi est-on présent ? » et la nature du lien de présence qui permet de savoir « comment l'on est présent ». Il est d'abord apparu que si les référentiels du lien de présence présentent une diversité importante en ce qu'ils se manifestent dans des cadres processuels – déterminés par la nature des procédures observées – et temporels – déterminés par la phase de la procédure observée – variés, toutes ces situations procédurales se rejoignent dans la qualification unique d'opération procédurale définie comme un processus de réalisation d'une action de nature procédurale. Le référentiel du lien de présence a donc une nature matérielle, ce qui conduit à rejeter la notion de coprésence, insuffisamment précise. A cette identification du référentiel du lien de présence devait ensuite s'ajouter la détermination de la nature de ce lien, dans laquelle réside la singularité de la notion de présence. Le lien de présence s'entend, en droit processuel, d'un lien répondant à un critère d'unité spatio-temporelle entre la personne qui est présente et l'opération procédurale à laquelle cette personne est présente. *In fine*, la présence en droit processuel peut donc se définir comme le fait pour un acteur de la procédure de se trouver personnellement et physiquement dans le lieu où se déroule l'opération procédurale envisagée. Cette définition offre à la notion de présence une spécificité certaine qui participe de sa légitimité à être considérée pour elle-même, en tant que notion juridique de droit processuel.

153. Autonomie de la notion de présence – Il n'est cependant pas possible, en identifiant une notion de droit processuel, d'occulter les concepts juridiques existants et reconnus puisque la notion de présence ne naît pas *ex nihilo* et s'imbrique déjà dans d'autres notions. Il y a nécessairement des points d'achoppement entre la notion de présence et les autres concepts autour desquels la présence gravite. Ce constat nous a donc conduit à porter notre attention sur l'autonomie de la notion de présence, afin de déterminer ce qui fait que

cette dernière *ne peut être* confondue avec d'autres notions pourtant voisines. A cet égard, la présence s'est révélée être une notion autonome dans ses rapports avec les différentes composantes du droit au juge, puisqu'aujourd'hui, elle ne peut être soluble dans les concepts de droit d'accès comme de droit d'être entendu dont elle n'est ni une modalité ni une condition, ces deux droits fondamentaux étant par ailleurs impuissants, dans certaines circonstances, à expliquer l'importance que conserve la présence en droit positif. Autonome à l'égard du droit au juge, la présence l'est aussi dans la théorie de l'instance. Si des doutes existaient sur ce point en raison du fait qu'elle est parfois présentée comme une modalité de mise en œuvre de deux principes qui gouvernent l'instance, à savoir le principe du contradictoire et le principe d'oralité, la présence ne peut toutefois y être réduite. Elle ne peut en effet se résumer à un simple moyen de mettre en œuvre ces deux principes puisqu'ils sont, là encore, parfois impuissants à expliquer l'exigence de présence posée par le législateur. Malgré les rapports existants entre ces différentes notions, la notion de présence n'est jamais entièrement réductible à l'expression d'un concept juridique reconnu en droit processuel. Là réside tout l'intérêt de considérer la présence en elle-même, comme une notion juridique autonome.

154. Être et raisons d'être – Présentant des caractères spécifiques et d'une autonomie parmi les notions de droit processuel, la présence dispose donc d'une identité en la matière qui lui est propre, permettant ainsi d'avancer sur le chemin de la découverte de sa légitimité. Son existence en tant que notion juridique autonome de droit processuel invite en effet à la considérer pour elle-même, en tant que véritable élément juridique de droit processuel, et non pas seulement comme une donnée factuelle. Pour asseoir sa place en tant que mode d'organisation des rapports processuels, il est cependant nécessaire de s'interroger également sur l'utilité sociale de ce mode d'organisation des rapports processuels. C'est à ce prix que la légitimité de la présence en tant qu'élément du droit processuel pourra être pleinement démontrée. Pour éviter la complexification d'un système juridique déjà consolidé, il faut être vigilant à ne pas multiplier la reconnaissance de notions inusitées car inutiles pour ne retenir que celles qui sont véritablement utiles. Il est en effet vain de promouvoir une reconnaissance de la présence en tant que notion juridique autonome si la présence elle-même, en tant que mode d'organisation des rapports processuels, n'apporte rien au droit processuel. En définitive, pour parfaire l'étude de la légitimité de la présence en droit processuel, il convient donc désormais de soulever la question de ses enjeux.

TITRE 2 :

LES ENJEUX DE LA PRESENCE EN DROIT PROCESSUEL

155. Utilité de la présence en droit processuel – L'étude des enjeux de la présence en droit processuel implique de s'intéresser à l'utilité sociale de l'organisation de la présence des différents participants à la procédure, afin d'éprouver sa légitimité dans l'ordre juridique processuel. L'intérêt d'organiser la présence des différents participants n'existe qu'autant qu'il est démontré que celle-ci a une utilité particulière, en d'autres termes, qu'elle tire sa valeur non pas en elle-même mais comme moyen d'une fin⁶²². Appliquée à la présence définie comme un mode de participation à la procédure, cette remarque conduit donc en premier lieu à s'interroger sur l'utilité de celle-ci, c'est-à-dire ce à quoi elle sert.

156. Utilité du droit processuel – Or, une première étape dans le cadre de cette recherche consiste à s'interroger sur les finalités du droit processuel lui-même, au sein duquel est organisée la présence. Selon un auteur, l'utilité du droit processuel « *s'entend de la faculté à réaliser les règles assurant le caractère juste ou équitable de la procédure* »⁶²³. C'est dire que le droit processuel a pour fonction d'organiser le procès en garantissant l'effectivité des règles assurant le caractère juste ou équitable de la procédure. Pourtant, le droit processuel s'inscrit aujourd'hui dans un double mouvement de fondamentalisation, d'une part, et de rationalisation, d'autre part⁶²⁴. Il est donc nécessaire de s'interroger sur la façon dont la présence s'inscrit dans ce double mouvement du droit processuel afin de questionner sa légitimité à l'aune de ces deux tendances de la matière.

157. Finalités de la présence – D'abord, le mouvement de fondamentalisation du droit processuel se cristallise autour de la notion de procès équitable⁶²⁵, qui semble correspondre aujourd'hui à l'idéal de justice de nos sociétés démocratiques. Puisque la justice consiste d'abord à redonner à chacun le sien⁶²⁶, elle doit en effet être un modèle d'équilibre, tant dans

⁶²² A. LALANDE, « Utile », in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e éd., PUF, 2010, Coll. Quadrige, p. 1175. V. aussi A. COMTE-SPONVILLE, « Utile », in *Dictionnaire philosophique*, nouvelle éd., PUF, 2013, Coll. Quadrige, p. 1029.

⁶²³ M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, préf. S. GUINCHARD, Dalloz, 2003, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 518.

⁶²⁴ En ce sens, v. E. JEULAND, *Droit processuel général*, 3^e éd., LGDJ, 2014, Coll. Domat Droit privé, n° 2, spéc. p. 20 et *supra* n° 13.

⁶²⁵ V. ainsi l'ouvrage de S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS *et alii*, *Droit processuel - Droits fondamentaux du procès*, 8^e édition, Dalloz, 2015, Coll. Précis droit privé, tout entier tourné vers le modèle du procès équitable.

⁶²⁶ C'est en effet le sens premier de la justice distributive telle que la décrivait Aristote. Sur ce point, v. J.-L. EUVRARD, « Aristote », in *Dictionnaire de la Justice* (dir. L. CADIET), PUF, 2004, p. 72. C'est également le sens de l'adage du droit romain « *Suum cuique tribuere* ». P. RICOEUR, quant à lui écrivait que juger c'est « *séparer, tirer une ligne entre « le tien » et « le mien »* » : P. RICOEUR, *Le Juste*, Editions Esprit, 1995, p. 190.

la solution que dans la procédure suivie, ce que le modèle du procès équitable cherche à traduire. Il faut donc se demander ce que la présence peut apporter au procès équitable, en d'autres termes ce à quoi sert la présence sur le plan juridique. Ainsi, le premier temps de la réflexion sera consacré à l'étude des finalités de la présence.

158. Analyse économique de la présence – Ensuite, le mouvement de rationalisation du droit processuel, sous-tendu par l'idée que cette discipline, peut-être plus que d'autres disciplines juridiques, doit être pragmatique parce qu'elle engage avec elle le fonctionnement d'une institution, voire d'une administration, incite à éprouver la légitimité de la présence à la lueur de l'analyse économique du droit. En effet, la tendance est à la restriction budgétaire ou, à tout le moins, à la rationalisation du fonctionnement des administrations, en particulier depuis l'introduction de la loi organique de lois de finances de 2001⁶²⁷ qui organise désormais les budgets des différentes administrations en fonction d'objectifs à atteindre⁶²⁸. Il ne serait donc pas pertinent d'envisager les enjeux de la présence sous le seul angle de ses enjeux juridiques. Doivent également être pris en compte ses rapports à l'efficacité procédurale, et plus largement, les enjeux économiques de l'organisation de la présence en droit processuel.

159. Efficacité *versus* équité ?⁶²⁹ – Ainsi, puisque les règles de procédure du droit positif témoignent d'« un arbitrage permanent entre un principe d'efficacité économique et un principe d'équité procédurale »⁶³⁰, il convient pour mieux appréhender l'opportunité d'organiser la présence des différents acteurs du procès, d'étudier successivement les enjeux juridiques de la présence, c'est-à-dire ses finalités (Chapitre 1) puis, grâce à l'analyse économique du procès, ses enjeux économiques (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les finalités de la présence en droit processuel

Chapitre 2 : Les enjeux économiques de la présence en droit processuel.

⁶²⁷ Loi org. n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances. Sur l'impact de cette loi sur la justice, v. E. VAILLANT, « La LOLF : principes directeurs et mise en œuvre dans l'institution judiciaire », *AJ Pénal* 2006, p. 481 ; D. MARSHALL, « Justice, LOLF et RGPP : des rendez-vous manqués ? », *Rech dr. et justice* 2011, n° 36, p. 8.

⁶²⁸ V. *infra* n° 231.

⁶²⁹ Selon le titre d'un article écrit par L. CADIET, « Efficacité *versus* équité ? », in *Mélanges Jacques van Comperolle*, Bruylant, 2004, p. 25.

⁶³⁰ L. CADIET, E. JEULAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., PUF, 2013, Coll. Thémis Droit, n° 255.

Chapitre 1 : Les finalités de la présence en droit processuel

160. Utilité de la présence dans le cadre d'une procédure juste et équitable – L'étude des finalités de la présence invite à s'interroger sur les objectifs qu'elle poursuit, sur les fonctions qu'elle remplit, sur ce à quoi elle sert. Or, puisque le droit processuel doit être mis au service de la justice et donc de l'idéal de justice, il s'agit ici de voir si la présence s'inscrit dans la poursuite de cet idéal. La justice renvoie en premier lieu au critère de la solution adoptée à l'issue du processus de règlement du litige, ce qui implique de s'intéresser à titre principal à la qualité de la solution. Néanmoins, il ne faudrait pas occulter que la notion de justice embrasse une double acception, qui peut être comprise à la fois comme désignant la finalité de la solution, qui est de rendre la justice⁶³¹, mais également comme désignant la mission de juger, le processus au terme duquel une décision sera rendue. Il s'agit là d'envisager le caractère juste, non plus de la solution, mais de la procédure elle-même, renvoyant ici à une conception procédurale de la justice, qui n'a pas manqué d'interroger les plus grands philosophes⁶³². On peut alors en déduire que la justice ne peut être rendue que si elle permet d'aboutir à une solution juste en elle-même au terme d'une procédure elle-même juste, traduisant ainsi la complémentarité entre les conceptions procédurale et substantielle de la justice. Il est donc nécessaire de s'interroger sur la participation de la présence à la recherche de cet idéal de justice à double visage, et plus particulièrement sur son rôle à l'égard du caractère juste d'une solution adoptée au terme d'une procédure juste.

161. Décision de qualité et procédure de qualité – Partant, et bien que cette distinction ne doive pas être considérée comme parfaitement étanche, il est opportun d'étudier l'apport de la présence à la recherche d'une solution de qualité ainsi que d'une procédure de qualité. La recherche d'une solution de qualité pouvant être considérée comme l'objectif ultime et donc principal de la justice, la contribution de la présence à la qualité de la solution sera étudiée en premier lieu (Section 1) avant d'envisager en second lieu l'utilité de la présence dans la recherche d'une procédure de qualité (Section 2).

⁶³¹ G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, préf. L. CADIET, LGDJ, 2004, Coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, n° 238 et s.

⁶³² V. sur cette question G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, préc., n° 239.

Section 1 : La contribution de la présence à la qualité de la solution

162. Décision de qualité – Si la décision de justice met fin au conflit opposant les différentes parties, « *ce qui importe, [...c'est] de terminer au mieux le conflit* »⁶³³. Or, terminer au mieux le conflit implique de parvenir à une solution juste, qui sera perçue comme telle par les parties, et se verra ainsi dotée d'une légitimité qui la rendra de ce fait acceptable⁶³⁴. C'est d'ailleurs ce que fait valoir un auteur lorsqu'il rappelle que « *la justice remplit d'autant mieux sa fonction sociale que le jugement reçoit l'assentiment des parties* »⁶³⁵. C'est qu'en effet, comme l'écrivait Carbonnier « *faire régner la paix entre les hommes est la fin suprême du droit* »⁶³⁶, faisant ainsi écho à la fonction sociale de la justice dégagée par Paul Ricoeur⁶³⁷. Il semble en la matière qu'il n'y ait pas qu'un seul fondement qui puisse justifier qu'une solution reçoive l'assentiment des parties. La première idée qui vient à l'esprit est celle d'une solution juste car fondée sur la vérité. En effet, la recherche de la vérité est un des facteurs du dire juste et elle est ainsi primordiale en procédure pénale. Bien que n'ayant pas été explicitement érigée en principe directeur par le législateur, il s'agit toutefois d'un objectif de premier plan⁶³⁸, qui transparaît à la lecture de nombreuses dispositions du Code de procédure pénale. Ainsi, le juge d'instruction procède à tous les actes « *utiles à la manifestation de la vérité* »⁶³⁹, le Président de la Cour d'assises peut « *prendre toutes mesures qu'il croit utiles pour découvrir la vérité* »⁶⁴⁰, le tribunal correctionnel peut « *ordonner tous transports utiles en vue de la manifestation de la vérité* »⁶⁴¹. En matière civile, il est prescrit à chacun l'obligation d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité⁶⁴², faisant là encore de la vérité une des conditions du dire juste. Il faut cependant

⁶³³ G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, préc., n° 237.

⁶³⁴ V. en ce sens X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1994, Coll. Bibliothèque de droit privé, n° 4.

⁶³⁵ L. CADIET, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Justice et droits fondamentaux : Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 71, spéc. n° 20.

⁶³⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil*, PUF, 2004, vol. 1 : Introduction, p. 32, cité par L. CADIET, H. PAULIAT, « Finalités du jugement », in *Mieux administrer pour mieux juger* (dir. L. CADIET, J.-P. JEAN et H. PAULIAT), IRJS Editions, 2014, Coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, p. 107 et s., spéc. p. 114.

⁶³⁷ V. P. RICOEUR, *Le Juste*, Editions Esprit, 1995, spéc. p. 185 et s. : l'auteur y distingue à propos de l'acte de juger une « une finalité courte, en vertu de laquelle juger signifie trancher, en vue de mettre fin à l'incertitude ; [...] et une finalité longue, plus dissimulée sans doute, à savoir la contribution du jugement à la paix publique ». Pour une présentation de sa pensée sur la justice, v. L. CADIET, H. PAULIAT, « Finalités du jugement », art. préc., spéc. p. 114.

⁶³⁸ G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, préc., n° 252 ; v. aussi S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, préc., n° 4, qui considère que la finalité de la procédure pénale est la fiabilité du procès pénal afin d'éviter les erreurs judiciaires, ce qui revient à ériger la vérité en condition du juste ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, préc., n° 375 et s., qui mentionne le « *principe de la recherche de la vérité* » ; M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, préc., n° 226 et s.

⁶³⁹ Art 81 al. 1 C. proc pén.

⁶⁴⁰ Art. 310 al. 1 C. proc. pén.

⁶⁴¹ Art. 456 al. 1 C. proc. pén.

⁶⁴² Art. 10 C. civ.

admettre avec certains auteurs que ce qui rend une décision de justice légitime, c'est sa faculté à être acceptée par les parties⁶⁴³. Or la vérité n'est pas le seul critère d'une décision juste, et la multiplication des procédures négociées vient renforcer l'idée selon laquelle pour prendre une décision juste, il est parfois utile de s'écarter de la vérité objective⁶⁴⁴, pour dire non plus ce qui est seulement vrai, mais également ce qui est équitable, parce que ne heurtant ni la conscience du juge, ni la conscience collective⁶⁴⁵, ni même les intérêts des parties, qui consentent à la solution⁶⁴⁶. Ainsi, un auteur dira que « *ce qui importe, aujourd'hui, au juge ce n'est plus tant de rendre une décision conforme à la vérité que d'amener les parties à s'entendre sur une solution commune* »⁶⁴⁷, mettant ainsi en lumière un mouvement vers une justice participative⁶⁴⁸. Sans nier l'intérêt d'une solution fondée sur la vérité, il semble donc qu'une solution de qualité puisse être une solution qui concilie les parties en « *satisfaisant les revendications respectives par des concessions réciproques, [ce qui] tarit le sentiment d'injustice* »⁶⁴⁹. Ces deux fondements à la solution juste que sont le fondement véridatif d'une part et le fondement consensuel d'autre part, ne se confondent pas et sont en cela alternatifs⁶⁵⁰. Or, quel que soit le fondement retenu, la présence a un rôle important à jouer, puisqu'elle possède à la fois une fonction conciliatrice (§1) et une fonction heuristique (§2).

§1 : La fonction conciliatrice de la présence

163. Domaine étendu de la fonction conciliatrice – Le fait d'être présentes va permettre aux parties d'augmenter leurs chances de mener à bien les processus de règlement amiable des litiges, entendues comme ceux permettant d'aboutir à une solution au litige résultant de l'accord des parties elles-mêmes. Ces procédures, qualifiées de « modes amiables de résolution des litiges », sont de plus en plus nombreuses, de mieux en mieux intégrées au

⁶⁴³ V. ainsi X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, préc., n° 4 ; et du même auteur, « Finalités et principes du droit de la preuve. Ce qui change », *JCP G* 2005, I. 133.

⁶⁴⁴ G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, préc., n° 255 et s.

⁶⁴⁵ G. CANIVET, « La méthode jurisprudentielle à l'épreuve du juste et de l'injuste », in *De l'injuste au juste* (dir. M.-A. FRISON-ROCHE, W. BARANES), Dalloz, 1996, p. 102.

⁶⁴⁶ Sur cette question, v. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2^e édition, PUF, 2013, n° 56.

⁶⁴⁷ G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, préc., n° 249.

⁶⁴⁸ Sur la question, v. F. G'SELL-MACREZ, « Vers la justice participative ? Pour une négociation « à l'ombre du droit », *D.* 2010, p. 2450. Ce mouvement s'est encore récemment renforcé depuis le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends.

⁶⁴⁹ G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, préc., n° 249.

⁶⁵⁰ V. A. FABBRI, C. GUERY, « La vérité dans le procès pénal ou l'air du catalogue », *RSC* 2009, p. 343, qui affirment à propos du *plea bargaining* que « le marchandage entre les deux parties est sans relation avec la vérité ».

droit positif⁶⁵¹ et font l'objet de dénominations variables, au premier rang desquelles la conciliation et la médiation. Si la distinction entre médiation et conciliation est parfois encore proposée au regard du degré d'implication du tiers dans le processus de résolution du litige⁶⁵², elle paraît en réalité tenir davantage au statut du tiers⁶⁵³. Ainsi, l'article 1530 du Code de procédure civile⁶⁵⁴ propose une définition des modes amiables de règlement des litiges conventionnels, commune à la médiation et à la conciliation conventionnelle, en les définissant comme « *tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence* ». Ce n'est que dans un second temps que le Code de procédure distingue les deux processus dans deux subdivisions différentes, la différence tenant au fait que la conciliation extrajudiciaire est menée par un conciliateur de justice⁶⁵⁵ dont le statut est régi par le décret du 20 mars 1978⁶⁵⁶. Au surplus, la jurisprudence a pu définir la médiation comme une modalité d'application de l'article 21 du Code de procédure civile⁶⁵⁷, lequel vise pourtant la mission de conciliation du juge. S'il n'y a dès lors pas lieu de distinguer médiation et conciliation au regard du processus même de règlement amiable, il peut être en revanche plus intéressant de distinguer selon la nature de ces processus de conciliation, qui peuvent être soit judiciaires soit extrajudiciaires. Ces procédures sont dites judiciaires lorsqu'elles se déroulent dans le cadre d'un procès et sur l'initiative du juge, et extrajudiciaires lorsqu'elles se déroulent en dehors de toute instance judiciaire⁶⁵⁸ à l'initiative des parties⁶⁵⁹. Sont à ce titre des modes extrajudiciaires de règlement amiable des litiges la conciliation extrajudiciaire⁶⁶⁰, la médiation conventionnelle⁶⁶¹ et la procédure participative⁶⁶²,

⁶⁵¹ En ce sens, v. N. FRICERO (dir.), *Le guide des modes amiables de résolution des différends*, 2^e éd., Guide Dalloz, 2016-2017, Dalloz, 2015, n° 0.21.

⁶⁵² V. ainsi, L. CADIET, « Construire ensemble une médiation utile », *Gaz. Pal.* 2015, n° 199, p. 10. V. également le rapport de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice de l'année 2014 : CEPEJ, *Systèmes judiciaires européens – Efficacité et qualité de la justice*, Rapp. 2014, spéc. p. 153. V. également l'étude du Conseil d'Etat, *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, 29 juil. 2010.

⁶⁵³ En ce sens, v. S. AMRANI-MEKKI, « Résolution amiable des différends », *Gaz. Pal.* 26 mai 2012, p. 5 ; N. FRICERO (dir.), *Le guide des modes amiables de règlement des différends*, préc., n° 0.21 *in fine*.

⁶⁵⁴ Introduit par le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends. Sur ce décret, v. S. AMRANI-MEKKI, « Résolution amiable des différends », art. préc.

⁶⁵⁵ Le processus peut également être mené par le juge dans le cadre d'une conciliation judiciaire : art. 21 C. proc. civ.

⁶⁵⁶ Décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice.

⁶⁵⁷ Cass. civ. 2^e, 16 juin 1993, n° 91-15.332 : *JCP G* 1993 I. 3723, obs. L. CADIET.

⁶⁵⁸ Ce critère découle de l'article 1529 du Code de procédure civile qui décrit la médiation et la conciliation conventionnelles comme des processus accomplis « *en dehors de toute procédure judiciaire* ».

⁶⁵⁹ L'article 1528 du Code de procédure civile vise ainsi le critère de l'initiative des parties. Il faut admettre en effet que dans l'hypothèse d'un désistement du rôle initié par les parties pour procéder à une médiation de leur propre chef, il s'agit là d'une médiation conventionnelle.

⁶⁶⁰ Art. 1536 C. proc. civ.

⁶⁶¹ Art. 1532 C. proc. civ.

auxquels il faut ajouter la médiation pénale⁶⁶³ et les modes amiables de règlement des conflits en ligne⁶⁶⁴. Or, qu'il s'agisse des modes judiciaires ou extrajudiciaires de règlement des litiges, la présence des parties est précisément organisée dans ces procédures en vue de faciliter le dialogue nécessaire à une solution en tout ou en partie conciliée. Cette fonction conciliatrice de la présence est largement suggérée par la fréquence avec laquelle elle est organisée dans les processus de règlement amiable, qu'ils soient ou non intégrés à un procès. C'est dire que la fonction conciliatrice de la présence s'exprime dans les processus de règlement amiable des litiges tant extrajudiciaires (A) que judiciaires (B).

A- La fonction conciliatrice de la présence dans les processus extrajudiciaires de règlement amiable des litiges

164. Place naturelle de la présence dans les processus de règlement amiable –

L'organisation de la présence dans les processus extrajudiciaires de règlement amiable des litiges découle en réalité de la place naturelle de la présence dans les processus de règlement amiable. Il est vrai que lorsque l'on s'intéresse à l'organisation de ces processus, on imagine aisément la mise en place de réunions mettant en relation directe les différents protagonistes, afin que, par une suite d'ajustements successifs et progressifs dans les prétentions de chacune des parties, permis par l'entente et la compréhension des arguments de l'autre, elles parviennent à un accord. Ainsi, les guides de pratique de la médiation mettent l'accent sur l'organisation de ces réunions, sur l'accueil des parties sur les lieux de la médiation⁶⁶⁵. Les parties sont ainsi « *toujours reconnaissantes d'être ainsi, d'emblée, reconnues* », et cet accueil des parties permet d'établir « *un premier contact physique* »⁶⁶⁶. Les médiateurs interrogés n'hésitent d'ailleurs pas à affirmer que ce contact physique permis par la présence des parties est une condition *sine qua non* de la réalisation du processus de conciliation. L'un d'eux affirme à ce titre qu'« *on ne démarre pas une médiation ou on ne l'appelle pas médiation, si les [parties] ne sont pas toutes présentes* »⁶⁶⁷. Plus encore, certaines études ont montré le pouvoir de la communication non verbale dans le processus d'acceptation d'une solution, la plus efficace de ces communications non verbales étant le toucher⁶⁶⁸, qui ne peut

⁶⁶² Art. 1542 C. proc. civ.

⁶⁶³ Art. 41-1 C. proc. pén.

⁶⁶⁴ Sur lesquels v. déjà *supra* n° 34.

⁶⁶⁵ V. ainsi M. BOURRY D'ANTIN, G. PLUYETTE, S. BENSIMON, *Art et techniques de la médiation*, Litec, 2004, Coll. Pratique professionnelle, p. 36 et s. ; A. PEKAR LEMPEREUR, J. SALZER, A. COLSON, *Méthode de médiation – Au cœur de la conciliation*, Dunod, 2008, p. 123 et s.

⁶⁶⁶ A. PEKAR LEMPEREUR, J. SALZER, A. COLSON, *Méthode de médiation – Au cœur de la conciliation*, préc., p. 123 et s.

⁶⁶⁷ M.-C. PIEL, « La médiation, c'est renouer le lien », in *La médiation efficace* (dir. J. FISCHER-LOKOU et P. LARRIEU), L'Harmattan, 2013, p. 219.

⁶⁶⁸ V. J. FISCHER-LOKOU, N. GUEGUEN, L. LAMY, « L'effet du toucher comme facteur de prédisposition à atteindre un accord », in *La médiation efficace*, préc., p. 159 et s.

se concevoir sans la présence. C'est dire que la fonction conciliatrice de la présence est inhérente à ces processus de règlement amiable des différends.

165. Illustration dans le cadre de la médiation pénale – C'est d'ailleurs ce qui est observé en particulier à l'égard de la médiation pénale⁶⁶⁹, dans le cadre de laquelle l'objectif est de permettre à deux personnes en conflit de se retrouver face à des médiateurs chargés de les aider à parler de ce qui les oppose⁶⁷⁰, afin qu'elles parviennent à un accord susceptible de mettre un terme à leur conflit. Il s'agit donc bien de mettre en œuvre une discussion entre les parties, destinée à créer un climat de négociation entre elles. Ainsi, la médiation pénale consiste « à mettre en présence deux personnes en conflit »⁶⁷¹ afin de tenter d'apaiser le conflit entre elles et d'aboutir à un accord. Or ce processus est parfois défini comme le « *travail progressif des émotions vers les valeurs des médiateurs pour que ces derniers essaient d'adopter une attitude plus sereine et plus constructive dans le conflit avec parfois la conclusion d'un accord* »⁶⁷². C'est donc le dialogue, favorisé par la présence qui, en permettant une plus grande spontanéité des échanges, est l'ingrédient primordial d'une médiation réussie.

166. Interrogations quant à la fonction de la présence dans les processus conventionnels de règlement des litiges – Cependant, la question de la fonction conciliatrice de la présence dans ces processus de règlement amiable des litiges mérite tout de même d'être posée dans la mesure où le développement de ces procédures semble parfois s'accompagner d'un recul de la présence en leur sein.

167. Interrogations soulevées par les processus de résolution des litiges en ligne – D'abord, le règlement conventionnel des litiges semble parfois devoir faire disparaître l'exigence de mise en présence des acteurs du litige lorsqu'il s'engage vers un processus de résolution amiable des litiges en ligne, désignés parfois sous l'acronyme ODR (pour *Online Dispute Resolution*) ou MERL (pour modes électroniques de règlement des litiges)⁶⁷³. Le développement de ces nouvelles techniques de résolution des litiges pourrait en effet permettre à terme de parvenir à une solution adoptée à l'issue d'un processus totalement dématérialisé, lequel s'opérerait par l'intermédiaire d'un logiciel, qui permettrait à chacune des parties de formuler une proposition. Lorsque les propositions des parties se situent dans une fourchette commune fixée à l'avance, la transaction se finaliserait sur la somme moyenne

⁶⁶⁹ Prévue par l'article 41-1 du Code de procédure pénale.

⁶⁷⁰ F. GROU-RADENEZ, *La médiation pénale, une source d'humanisation de la justice*, Buenos Books International, 2010, p. 59.

⁶⁷¹ *Ibid.*

⁶⁷² *Ibid.*

⁶⁷³ O. CACHARD, « Les modes électroniques de règlement des litiges (MERL) », CCE 2003, chron. 30.

déduite des deux propositions⁶⁷⁴. De façon plus générale, il est aujourd'hui impossible de nier le développement de l'intérêt des pouvoirs publics pour ces modes électroniques de résolution des litiges. Ainsi, le centre de médiation et d'arbitrage de Paris mettait en place au début des années 2000 un site consacré à la médiation en ligne⁶⁷⁵. Plus récemment, le Parlement européen et le Conseil ont voté un règlement sur le règlement en ligne des litiges de consommation (RLLC)⁶⁷⁶. Ce règlement prévoyait la création d'une plateforme de règlement en ligne des litiges, développée par la Commission européenne⁶⁷⁷ qui permettra de résoudre les différends issus de contrats de vente de biens et de services conclus en ligne entre un consommateur résidant dans l'Union et un professionnel établi dans l'Union⁶⁷⁸. Prévoyant expressément en son article 10 que l'entité qui a accepté de traiter le litige « *n'exige pas la présence physique des parties ou de leurs représentants, à moins que ses règles de procédure prévoient cette possibilité et que les parties en conviennent* », ce règlement a abouti au lancement d'une plateforme européenne de règlement des litiges en ligne le 15 février 2016⁶⁷⁹. Ces nouveaux modes de résolution des litiges pourraient alors participer de la démonstration qu'il est possible de concilier les parties sans leur présence, pour aboutir à une solution consentie par chacune d'elles.

168. Persistance de l'intérêt de la présence – Toutefois, l'engouement pour ces nouvelles techniques de résolution des litiges⁶⁸⁰, qui résulte de la volonté des pouvoirs publics, tant nationaux qu'internationaux, de développer les techniques de médiation en s'appuyant sur le développement de l'outil internet⁶⁸¹ est encore loin de rendre obsolète la fonction conciliatrice de la présence des parties. L'existence de telles procédures ne saurait dénier à la présence toute utilité dans les processus de conciliation des parties. En effet, dans le cadre du

⁶⁷⁴ O. CACHARD, « Les modes électroniques de règlement des litiges », art. préc.

⁶⁷⁵ T. MASSART, « La médiation au service d'Internet », *LPA* 2002, n° 170, p. 31.

⁶⁷⁶ Règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (règlement relatif au RLLC).

⁶⁷⁷ S. BERNHEIM-DESVAUX, « Litiges de consommation.- Règlement extrajudiciaire et règlement en ligne », *CCC* 2013, ét. 12, n° 15 et s.

⁶⁷⁸ Il est à noter que ce règlement n'est pas exclusivement réservé à des modes amiables de résolution puisque l'article 10 du règlement dispose que l'organe désigné devra régler le litige, ce qui sous-entend que l'issue peut également être, à défaut d'accord, une solution non consentie par les parties.

⁶⁷⁹ E. AUTIER, « Consommation : nouvelle plateforme européenne de règlement en ligne des litiges », *D. actu* 29 févr. 2016. La plateforme est accessible à l'adresse suivante :

<https://webgate.ec.europa.eu/odr/main/index.cfm?event=main.home.show&lng=FR>

⁶⁸⁰ Qui ne manquent cependant pas de soulever quelques réticences, et notamment v. B. FAGES, « Justice en ligne, justice de demain ? », *Droit et patrimoine* 2002, 103.

⁶⁸¹ L'engouement pour les modes électroniques de règlement des litiges ne se limite d'ailleurs pas aux modes amiables et concerne également l'arbitrage : sur cette question, v. J. HUET et S. VALMACHINO, « Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international », *Gaz. Pal.* 2000, n° 11, p. 6 ; P.-A. GELINAS, « Les activités arbitrales en ligne de l'ICC », *Droit et patrimoine* 2002, 103 ; P.-Y. GAUTIER, « Arbitrage et internet », *Droit et patrimoine* 2002, 105.

règlement en ligne des litiges de consommation permis par la plateforme mise en place par la Commission européenne, le consommateur s'estimant lésé introduira une requête en ligne qui sera transmise au professionnel⁶⁸². A la suite de cette information, professionnel et consommateur s'accorderont sur l'organe de règlement des litiges chargé de régler le conflit. Or, d'après l'article 3 de la directive, ces entités s'entendent comme des tierces personnes qui proposent une solution ou qui réunissent les parties afin de les aider à trouver une solution. *In fine*, le règlement du litige passera donc dans la grande majorité des cas par une procédure de médiation classique mettant en jeu une rencontre physique des parties, la dématérialisation n'étant qu'une étape préalable de signalement du litige destinée à accélérer le règlement de celui-ci. Au surplus, même en admettant l'existence de procédures totalement dématérialisées, leur domaine est par nature restreint aux litiges portant sur un objet d'ordre patrimonial. En effet, dans la perspective d'un processus de conciliation, qui peut prendre différentes formes – négociation assistée, conciliation ou médiation en ligne – et qui repose sur l'intervention plus ou moins active d'un tiers, on peut avancer l'idée que, s'il est possible de parvenir à un accord sur un plan patrimonial par la formulation de propositions et de contrepropositions qui tendent à se rapprocher les unes des autres, l'efficacité d'une telle recherche d'une solution conciliée est moins évidente s'agissant de litiges d'ordre personnel, ne touchant plus seulement au patrimoine des parties. La probabilité d'aboutir à une solution acceptée par les différentes parties dans le cadre de tels litiges repose en effet largement sur l'instauration d'un climat permettant à chaque partie de se sentir entendue par l'autre, climat qu'il est sans doute difficile de mettre en place lorsque des intermédiaires technologiques viennent faire écran entre les différentes parties. En définitive, tant au regard d'un droit positif qui ne fait une place à ces modes électroniques de règlement des litiges qu'à l'égard des litiges de consommation, qu'au regard d'un droit prospectif qui manquerait d'efficacité à vouloir dématérialiser des processus de règlement des litiges d'ordre personnel, la présence ne saurait être totalement remplacée dans les processus visant à concilier les parties. Ce constat s'impose avec d'autant plus de force qu'en réalité, les conflits personnels et en particulier familiaux forment le domaine de prédilection des modes amiables de règlement des litiges. Un auteur affirme ainsi que « *si les avantages du recours à un mode amiable de résolution du différend sont bien connus, c'est certainement dans le contentieux familial qu'ils sont les plus caractérisés* »⁶⁸³, de telle sorte que le champ d'application, voire d'efficacité de ces modes électroniques de règlement des litiges excluant toute présence ne saurait être étendu outre mesure. Appréciée globalement, la présence devrait donc conserver une large place dans les processus extrajudiciaires de règlement amiable, puisqu'ils ne font et ne peuvent faire l'objet d'une dématérialisation complète.

⁶⁸² Art. 9 du règlement (UE) n° 524/2013.

⁶⁸³ N. FRICERO, « Le décret du 20 janvier 2012 : vers une résolution thérapeutique des contentieux familiaux par la procédure participative assistée par avocat », *AJ Famille* 2012 p. 66.

169. Interrogations soulevées par la place de l'avocat dans ces processus –

Ensuite, les interrogations sur la fonction conciliatrice de la présence, qui naissent également du fait de l'accroissement de la place de l'avocat au sein des procédures de règlement extrajudiciaire des litiges⁶⁸⁴, doivent être levées. L'exemple le plus significatif en est certainement la procédure participative assistée par avocat⁶⁸⁵. Cette procédure, introduite en droit français par la loi du 22 décembre 2010⁶⁸⁶, complétée par le décret du 20 janvier 2012⁶⁸⁷ et encore élargie par la loi du 6 août 2015⁶⁸⁸, est inspirée du droit collaboratif anglo-saxon⁶⁸⁹, et fait la part belle aux avocats puisque « *le droit collaboratif repose sur l'implication d'un conseil pour chacune des parties* »⁶⁹⁰. Il est vrai qu'il ne s'agit pas d'une transposition à l'identique du droit collaboratif anglo-saxon, puisque dans ce dernier, l'avocat se désiste du dossier en cas d'échec de la procédure de conciliation alors qu'en droit français, l'avocat qui assiste son client dans la procédure participative ne supporte pas cette obligation⁶⁹¹ et est donc un « *avocat contentieux en puissance* »⁶⁹². Pour autant, les avocats sont bien au cœur du

⁶⁸⁴ Sur la question de la place de l'avocat dans le cadre de la médiation, v. not. P. ROBERT-SANCHEZ, « L'avocat et la médiation », in *La médiation efficace*, préc., p. 95. Et plus généralement, sur le rôle de l'avocat dans les processus de règlement amiable des différends, v. S. AMRANI-MEKKI, « L'avocat du 21^e siècle.- Projet J21, procédure participative et acte de procédure d'avocats », *JCP G* 2015, 1052.

⁶⁸⁵ Sur cette procédure, v. N. FRICERO, « Procédure participative assistée par avocat », *Rép. D. proc. civ.*, 2013 ; S. AMRANI-MEKKI, « La convention de procédure participative », *D.* 2011, p. 3007 ; E. BOCCARA, « Un nouveau-né chez les MARL », *Gaz. Pal.* 2011 n° 18, p. 3 ; E. BONNET, « La convention de procédure participative », *Procédures* 2011, alerte 11 ; T. CLAY, « Chronique de droit judiciaire privé », *JCP G* 2011, 666, spéc. n° 8 ; M. DOUCHY-LOUDOT, « Convention de procédure participative », *Procédures*, 2011, comm. 99 ; H. POIVEY-LECLERCQ, « Autre mode de règlement alternatif des litiges : la procédure participative », *AJ Famille*, 2010, 257 ; F. G'SELL, « Vers la justice participative ? Pour une négociation "à l'ombre du droit" », *D.* 2010, p. 2450 ; N. FRICERO, « Le décret du 20 janvier 2012 : vers une résolution thérapeutique des contentieux familiaux par la procédure participative assistée par avocat », *AJ Famille* 2012, p. 66 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale ? », art. préc.

⁶⁸⁶ Loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, qui a créé la convention de procédure participative qui figure aux articles 2062 et s. du Code civil.

⁶⁸⁷ Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends, qui a inséré la procédure participative aux articles 1542 et s. du Code de procédure civile.

⁶⁸⁸ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron. Cette loi a modifié l'article 2064 du Code civil et permet désormais le recours à une procédure participative assistée par avocat en matière de contrat de travail.

⁶⁸⁹ V. N. FRICERO, « Un nouveau venu au sein des MARC : la convention participative », *RLDC* 2011, p. 67. Pour des précisions sur le droit collaboratif, v. entre autres, C. BUTRUILLE-CARDEW, « La place du droit collaboratif dans les MARC », *RLDC* 2011, p. 88 ; S. RIVIERE-MARIETTE, C. MOLLARD-COURTAU, « Le droit collaboratif : une alternative efficace à l'intervention d'un tiers impartial dans le règlement amiable d'un litige ? », *Gaz. Pal.* 9 juillet 2013, p. 15.

⁶⁹⁰ C. BUTRUILLE-CARDEW, « La place du droit collaboratif dans les MARC », art. préc.

⁶⁹¹ S. RIVIERE-MARIETTE, C. MOLLARD-COURTAU, « Le droit collaboratif : une alternative efficace à l'intervention d'un tiers impartial dans le règlement amiable d'un litige ? », art. préc.

⁶⁹² S. AMRANI-MEKKI, « La convention de procédure participative », *D.* 2011, p. 3007, n° 3.

processus de règlement amiable⁶⁹³, à tel point que l'on pourrait s'interroger sur la réelle utilité de la présence des intéressés dans le cadre de ce processus, d'autant que les textes ne prévoient pas cette mise en présence des parties impliquées, mais prévoient seulement l'échange et la communication des pièces⁶⁹⁴, qui conformément à la nature de « *mise en état conventionnelle* »⁶⁹⁵ de cette procédure peuvent naturellement se faire hors la présence des parties et être dématérialisés. Toutefois, cette place de l'avocat ne saurait occulter que la procédure participative ne peut se passer de la présence des parties. Elle repose en effet non seulement sur l'avocat mais aussi et surtout sur des « réunions de règlement »⁶⁹⁶, qui permettent de discuter tous les aspects du différend en présence des parties et dans l'écoute de leurs priorités et de leurs intérêts⁶⁹⁷. En témoignent ainsi les exemples de conventions de procédure participative, qui font état de réunions communes organisées pour permettre la discussion entre les parties⁶⁹⁸. La présence de l'avocat⁶⁹⁹ dans le cadre de cette procédure ne vient donc pas remplacer celle des parties, qui reste toujours autant essentielle au succès du processus de règlement amiable. Le rôle central des parties ne laisse ainsi pas de place à la représentation des parties par avocat – mais seulement à leur assistance⁷⁰⁰ –, qui viendrait témoigner d'une faible implication de la partie dans la négociation⁷⁰¹. Or, cette implication est le terreau indispensable à un dialogue fertile puisque le processus de règlement amiable implique bien souvent, dans l'optique de parvenir à un accord, que chaque partie fasse des concessions réciproques. Or, si les parties sont présentes lors du processus, elles peuvent constamment et en temps réel adapter leurs exigences et leur degré d'acceptation des propositions adverses en fonction des circonstances, ce que ne permet pas, par exemple, la conciliation par l'intermédiaire d'un mandataire.

⁶⁹³ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale ? » (À propos de la médiation obligatoire et de la convention de procédure participative) », *Rev. Dr. fam.* 2012, ét. 12, n° 20 et s.

⁶⁹⁴ Art. 1545 C. proc. civ.

⁶⁹⁵ N. FRICERO, « La convention de procédure participative : un cadre juridique adapté aux différends familiaux », *AJ Famille* 2013, p. 540. Le rôle de la procédure participative dans la mise en état du litige a d'ailleurs vocation à être renforcé, le projet Justice 21 prévoyant, dans sa version telle qu'adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture le 24 mai 2016, de réécrire l'article 2063 du Code civil qui disposerait alors que la convention de procédure participative est contenue dans un écrit qui précise « *les pièces et informations nécessaires à la résolution du différend ou à sa mise en état [...]* » (art. 5 du projet de loi).

⁶⁹⁶ C. BUTRUILLE-CARDEW, « La place du droit collaboratif dans les MARC », art. préc.

⁶⁹⁷ *Ibid.*

⁶⁹⁸ V. L. JUNOD-FANGET, « Cas pratique : le parcours d'une convention de procédure participative en cas de séparation », *AJ Famille* 2013, p. 559 ; L. JUNOD-FANGET, « Convention de procédure participative », *AJ Famille* 2013, p. 562.

⁶⁹⁹ Qui a été exclue du champ de l'étude : v. *supra* n° 8.

⁷⁰⁰ Les articles régissant la procédure participative visent systématiquement la « présence de l'avocat » : v. par ex. art. 1544 C. proc. civ.

⁷⁰¹ Sur cette question, v. notamment J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, préc., n° 417.

D'ailleurs, cette question de la présence de l'avocat dans le cadre des processus de règlement amiable se pose également lorsqu'il s'agit d'étudier ces processus dans un cadre judiciaire⁷⁰². Dans ce cadre également, la présence a une véritable fonction conciliatrice. En effet, si la place de l'avocat dans ces procédures a tant posé question, c'est bien qu'elle ne relève pas *a priori* de l'essence même de ladite procédure parce que « *dans l'imagerie courante, l'avocat est l'homme du procès, du conflit judiciaire, du combat* »⁷⁰³, et qu'on le soupçonne de ce fait d'œuvrer exclusivement dans l'intérêt de son client et d'empêcher ainsi les concessions. C'est ainsi pour cette raison que l'absence des intéressés lors des phases de négociation prévues dans les procédures judiciaires est largement interprétée comme un signal négatif de l'implication de la partie concernée dans la conciliation⁷⁰⁴. La présence est donc au cœur des processus judiciaires de règlement amiable des litiges.

B- La fonction conciliatrice de la présence dans les processus judiciaires de règlement amiable des litiges

170. Domaine étendu de la fonction conciliatrice dans les processus judiciaires –

Ce mode de règlement des conflits a d'abord émergé au sein des contentieux civils, plus enclins par nature à faire une place à ce type de règlement du litige que les contentieux pénal et administratif en raison des intérêts mis en jeu, le contentieux civil mettant principalement en jeu des intérêts privés (1). Il faut cependant constater que la négociation s'est exportée dans les procédures pénales et administratives (2).

1- La fonction conciliatrice de la présence en matière civile

171. Importance de la présence dans les procédures négociées – Le droit positif accorde une importance significative à la présence des parties au sein des procédures négociées en matière civile, ce qui tend à accréditer la thèse selon laquelle la présence a une fonction spécifique à jouer en matière de négociation et de conciliation, y compris dans les processus judiciaires de règlement amiable. Ces processus de conciliation tendent aujourd'hui à se développer sous la forme de la conciliation et de la médiation judiciaires⁷⁰⁵, prévues aux

⁷⁰² V. par exemple P. CLEMENT-CUZIN, « La médiation judiciaire : quelle place pour l'avocat ? », in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice* (dir. P. CHEVALIER, Y. DESDEVISES, et P. MILBURN), préf. P. CATALA et G. FLECHEUX, La Documentation française, 2003, p. 183.

⁷⁰³ P. CLEMENT-CUZIN, « La médiation judiciaire : quelle place pour l'avocat ? », préc.

⁷⁰⁴ V. T. GRUMBACH, E. SERVERIN, P. BOUAZIZ, « Le mandat de concilier devant le bureau de conciliation du conseil des prud'hommes : les effets pratiques du décret n° 2008-715 du 18 juillet 2008 », art. préc., à propos du signal négatif que donne la nouvelle « *définition de la comparution de l'employeur* », permettant à celui-ci de « *se dérober au face à face avec son salarié* ».

⁷⁰⁵ La distinction entre conciliation et médiation est une spécificité du droit français et ne se retrouve pas notamment dans la directive européenne 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. Cette distinction repose, en droit interne, sur une différence de statut du tiers

articles 127 et suivants du Code de procédure civile. La conciliation et la médiation judiciaires peuvent ainsi se définir comme tout processus de règlement amiable des litiges intervenant dans le cadre d'une instance judiciaire et sous l'égide du juge, par lequel les parties avec l'aide du juge ou d'un tiers désigné par lui⁷⁰⁶, tentent de rapprocher leur point de vue et de parvenir à un accord. De façon générale, il entre dans la mission de juge de tenter de concilier les parties selon l'article 21 du Code de procédure civile, mais cette tentative de conciliation opérée par le juge à l'audience et qui peut intervenir à tout moment de l'instance est rarement fructueuse. De façon plus spécifique, des tentatives de conciliation sont parfois rendues obligatoires préalablement à l'instance contentieuse, comme c'est le cas devant le tribunal d'instance⁷⁰⁷, le tribunal paritaire des baux ruraux⁷⁰⁸, le conseil de prud'hommes ou encore s'agissant des requêtes en divorce contentieuses⁷⁰⁹. Or, dans tous ces processus de conciliation, la présence des parties est organisée systématiquement, témoignant de ce fait de sa vertu conciliatrice à la faveur d'un réel dialogue.

172. Présence lors du règlement des litiges en matière familiale – Il arrive d'abord que les textes exigent explicitement la présence des parties lors de la phase de conciliation préalable au règlement contentieux des litiges. Il en va ainsi des procédures de divorce⁷¹⁰. En la matière, depuis une loi du 26 mai 2004⁷¹¹, le juge peut proposer ou enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur familial⁷¹². En outre, une première audience de conciliation⁷¹³ est obligatoire avant d'entrer dans la phase de jugement proprement dite. Cette audience de conciliation orchestrée par le juge est régie par le Code civil et le Code de procédure civile qui prévoient expressément la présence des parties. Ainsi, l'article 252-1 du Code civil dispose que « *lorsque le juge cherche à concilier les époux, il doit s'entretenir personnellement avec chacun d'eux avant de les réunir en sa présence* ». Or, l'entretien personnel du juge avec les époux et la réunion de ces derniers impliquent nécessairement leur présence, à l'exclusion de leur représentation⁷¹⁴, d'autant que la participation des avocats à cette audience de conciliation

intervenant, le conciliateur étant un auxiliaire de justice effectuant une conciliation bénévole, tandis que le médiateur est un acteur privé, rémunéré par les parties.

⁷⁰⁶ Le juge peut en effet déléguer sa mission de conciliation à un conciliateur de justice (art. 129-2 C. proc. civ.) ou désigner un médiateur (art. 131-1 C. proc. civ.).

⁷⁰⁷ Art. 830 et s. C. proc. civ.

⁷⁰⁸ Art. 882 C. proc. civ. : cet article renvoie à la procédure suivie devant le tribunal d'instance.

⁷⁰⁹ Art. 1107 C. proc. civ. Une tentative de conciliation s'agissant d'un divorce par consentement mutuel n'aurait en effet pas grand sens dans la mesure où cette procédure, qui relève de la matière gracieuse, suppose un accord préalable des époux.

⁷¹⁰ A l'exception des divorces par consentement mutuel pour lesquels, par définition, la négociation a déjà abouti en dehors du cadre processuel.

⁷¹¹ Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

⁷¹² Art. 255 C. civ.

⁷¹³ Art. 252 C. civ.

⁷¹⁴ En effet, la présence de l'avocat ne suffit pas à la validité de l'audience de conciliation : CA Douai, 23 janvier 1987, Juris-Data n° 040807. La représentation est cependant admise s'il s'agit uniquement pour l'avocat de

n'est envisagée que dans un second temps, et seulement en termes d'assistance⁷¹⁵. Le Code de procédure civile le précise d'ailleurs en des termes non équivoques puisque l'article 1108 dispose que « *la convocation adressée à l'époux qui n'a pas présenté la requête l'informe qu'il doit se présenter en personne* »⁷¹⁶. Si cette disposition ne vise pas l'époux qui a présenté la requête, il reste que le parallélisme des formes justifie que la même exigence de présence vaille à son égard, d'autant que l'article 1110 du Code de procédure civile prévoit le cas dans lequel l'un des époux se trouve dans l'impossibilité de se rendre sur le lieu de la conciliation, sans distinguer selon qu'il s'agisse de l'époux demandeur ou défendeur. La présence des époux lors de l'audience de conciliation s'inscrit dans la logique des procédures négociées qui est d'encourager à la pacification des conflits par la voie du dialogue. Il convient d'amener les parties à s'entendre sur une solution commune et à aboutir à un discours commun⁷¹⁷. Or, cette pacification du conflit ne peut avoir lieu qu'à la faveur d'un réel dialogue entre les parties, qui n'est que plus efficace lorsque les parties sont placées l'une face à l'autre. En effet, entre ici en jeu un facteur psychologique, puisque l'organisation d'un face à face entre les parties permet de libérer la parole, élément essentiel pour parvenir à un dialogue efficace. Les parties apprécient en effet la « *possibilité d'exprimer oralement et directement sans intermédiaire [leur] point de vue, [leur] souffrance, [leurs] rancœurs, ou [leur] amertume* »⁷¹⁸. Cette logique est extrêmement prégnante lors de l'audience de conciliation obligatoire en matière de procédure de divorce. Le conflit à résoudre étant par nature très personnel, le processus de pacification entrepris par le biais de la conciliation doit faire une place importante aux parties, et donc organiser leur présence lors de cette audience. Ainsi, un auteur relevait que lors de cette audience, « *les parties sont désireuses d'exprimer leur souffrance* »⁷¹⁹ et faisait remarquer que l'audience de conciliation revêt un aspect « non juridique », en ce qu'il s'agit « *d'un moment essentiel sur le plan émotionnel* »⁷²⁰, puisque les parties veulent à ce moment-là « *raconter comme elles ont été trompées, maltraitées par l'autre, [...] faire part de leur détresse, de leur inquiétude sur l'avenir* »⁷²¹. C'est à ce prix qu'il sera possible pour le juge qui dirige cette audience d'essayer de concilier les parties sur le divorce et ses conséquences. En définitive, on touche ici à la fonction cathartique de la justice⁷²², et cette catharsis est sans

contester la compétence du juge ou de lui indiquer l'impossibilité pour son client de se présenter : Cass. civ. 1^e, 20 mars 1989 : *JCP* 1990. II. 21494, note BLAISSE.

⁷¹⁵ Art. 252-1 al. 1 C. civ. : « *Les avocats sont ensuite appelés à assister et à participer à l'entretien* ».

⁷¹⁶ Art. 1108 C. proc. civ.

⁷¹⁷ V. G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, préc., n° 249.

⁷¹⁸ Y. DESDEVISES, « Les recherches sur les MARL : aspects juridiques », in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice* (dir. P. CHEVALIER, Y. DESDEVISES, et P. MILBURN), préf. P. CATALA et G. FLECHEUX, La Documentation française, 2003, p. 55 et spéc. p. 57.

⁷¹⁹ N. CHOUBRAC, « L'audience de non-conciliation », *AJ Famille*, 2007, p. 342.

⁷²⁰ *Ibid.*

⁷²¹ *Ibid.*

⁷²² Sur cette question et en particulier sur la fonction cathartique de la justice pénale, v. A. GARAPON, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 1997, spéc. pps. 145 et 220.

aucun doute nécessaire pour augmenter les chances de faire aboutir le processus de conciliation, puisque de l'apaisement du dialogue viendra l'apaisement du conflit. L'importance de la présence à cet égard apparaît d'ailleurs dans la mesure où le juge a la faculté, en cas d'absence d'un époux, de renvoyer à une nouvelle audience pour tenter à nouveau de concilier les parties, voire en cas d'absence justifiée d'un des époux, de « *se transporter, même en dehors de son ressort, pour entendre sur place le conjoint empêché* »⁷²³. Ainsi, « *la tendance du législateur est [...] de tout faire pour permettre la tenue effective d'une audience de conciliation, aux fins de provoquer la rencontre effective des deux époux et de favoriser la reprise du dialogue entre eux* »⁷²⁴.

La même logique est à l'œuvre en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien de l'enfant, puisque le recours à la médiation en la matière a été renforcé par les récentes réformes relatives au contentieux familial⁷²⁵. Depuis une loi du 4 mars 2002⁷²⁶, le juge peut proposer une mesure de médiation et même enjoindre aux parents de rencontrer un médiateur familial aux fins d'information sur l'objet et le déroulement d'une médiation. En outre, une forme de « médiation obligatoire »⁷²⁷ a été introduite, par la loi du 13 décembre 2011 sur la répartition des contentieux et l'allègement des procédures juridictionnelles⁷²⁸, dont l'article 15 déroge, à titre expérimental⁷²⁹, à l'article 373-2-13 du Code civil en disposant que s'agissant des demandes tendant à modifier les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale ou à la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, ainsi qu'aux dispositions contenues dans les conventions homologuées, « *la saisine du juge par le ou les parents doit être précédée d'une tentative de médiation* », sauf cas particuliers. Dans cette hypothèse également, la présence des parties, rendue obligatoire par le recours à la médiation, est envisagée comme renforçant la possibilité pour celles-ci de trouver un accord, par un dialogue qui se veut apaisant. C'est en effet ce qui ressort du bilan de cette expérimentation, lequel relève notamment que, s'agissant de l'entretien préalable réalisé dans le cadre de la double convocation, comme de celui réalisé dans le cadre de la tentative de médiation préalable obligatoire, « *lorsque les parties ont pu se rencontrer préalablement à l'audience dans le*

⁷²³ Art. 1110 al. 2 C. proc. civ.

⁷²⁴ J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, préf. S. GUINCHARD, PUAM, 2003, Coll. Institut de droit des affaires, n° 427.

⁷²⁵ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale ? » (A propos de la médiation obligatoire et de la convention de procédure participative), *Rev. Dr. famille*, 2012, ét. 12. V. aussi N. FRICERO, « Quoi de neuf en procédure civile ? », *Procédures* 2014, ét. 2, spéc. n° 10.

⁷²⁶ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

⁷²⁷ Le caractère obligatoire de la médiation a pu être critiqué par certains auteurs du fait de la nécessité de vouloir trouver un accord pour y parvenir : v. en ce sens J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaire*, préc., n° 194.

⁷²⁸ Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles.

⁷²⁹ Les tribunaux de grande instance de Bordeaux et d'Arras ont été désignés comme juridictions pilotes par un arrêté du 16 mai 2013 : A. 16 mai 2013 : J.O. 31 Mai 2013 ; *Rev. Dr. famille* 2013, alerte 42.

cadre de l'entretien d'information, celle-ci se déroulait dans un climat plus serein, et que des accords intervenaient dans la phase se déroulant entre cet entretien et la date de l'audience, le dialogue ayant été restauré »⁷³⁰.

173. Présence à l'audience de conciliation préalable devant le conseil de prud'hommes – Le même constat peut être fait en observant la procédure mise en œuvre devant le conseil de prud'hommes. Devant cette juridiction, toute demande conduit systématiquement à la convocation du demandeur⁷³¹ et du défendeur⁷³² à la séance du bureau de conciliation et d'orientation à laquelle leur affaire sera appelée. Or, jusqu'à récemment⁷³³, ces convocations étaient assorties de la reproduction des dispositions qui rappelaient aux parties que leur présence en personne était exigée. Ainsi, le demandeur se voyait délivrer par le greffe de la juridiction un récépissé qui reproduisait, entre autres dispositions, l'article R. 1453-1 du Code du travail⁷³⁴, lequel disposait que « *les parties comparaissent en personne, sauf à se faire représenter en cas de motif légitime* ». Cette même disposition était reproduite dans la convocation envoyée par le greffe au défendeur⁷³⁵. S'il est vrai que la présence des parties au procès prud'homal n'était pas réservée à la seule phase de conciliation, il reste que c'est cette phase qui semblait justifier pleinement l'exigence de présence des parties. C'est d'ailleurs en ce sens que la jurisprudence analysait l'importance de la présence des parties, puisque la Cour de cassation a pu rappeler qu' « *en raison du caractère essentiel de la mission de conciliation du conseil de prud'hommes, les parties doivent comparaître personnellement* »⁷³⁶. Il apparaît donc que c'est bien ici la fonction conciliatrice de la présence qui était prise en compte pour imposer aux parties le principe de leur présence. Ici, comme en matière de divorce, la nature du conflit est éminemment personnelle⁷³⁷ et l'on remarquera que

⁷³⁰ Y. DETRAIGNE, Rapport n° 121 sur le projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, 2015, p. 32. V. également Inspection générale des services judiciaires, Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends, Avril 2015, spéc. p. 44.

⁷³¹ Art. R. 1452-3 C. trav.

⁷³² Art. R. 1452-4 C. trav.

⁷³³ La procédure a en effet été modifiée par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron et son décret d'application de la loi Macron relatif à l'assistance et la représentation des parties devant le Conseil de prud'hommes paru le 20 mai 2016 (Décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail). L'article 9 du décret réécrit l'article R. 1453-1 du Code du travail, désormais rédigé comme suit : « *Les parties se défendent elles-mêmes. Elles ont la faculté de se faire assister ou représenter* », ce qui unifie les modalités de comparution des parties devant l'ensemble des juridictions devant lesquelles la procédure suivie est orale. De plus, le bureau de conciliation est désormais devenu « *bureau de conciliation et d'orientation* ».

⁷³⁴ Art. R. 1452-2 al. 3 C. trav.

⁷³⁵ Art. R. 1452-4 dernier alinéa C. trav.

⁷³⁶ Cass. soc., 6 juillet 1978 : *Bull. civ. V*, n° 577 ; *D.* 1979, obs. LANGLOIS.

⁷³⁷ Dans nos sociétés actuelles, le travail constitue l'un des critères déterminants de notre identité, en témoignent les nombreuses études associant l'identité à la sphère professionnelle. V. par exemple A. SUPLOT, « L'identité professionnelle », in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Ecrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier, PUF 1992, p. 409-426 : « *La profession est l'un de ces éléments constitutifs de l'identité* ».

*« les salariés sont, dans leur immense majorité, présents à l'audience de conciliation, parce qu'ils ne veulent pas déléguer leur parole à un avocat »*⁷³⁸.

Il est vrai que la représentation n'était pas totalement exclue en la matière. Mais en réalité, dans le cadre des tentatives de conciliation judiciaire devant les conseils de prud'hommes, le recours à la représentation est une cause prépondérante d'échec de ces tentatives. C'est en effet ce qu'affirmait le rapport Lacabarats, relatif au contentieux prud'homal, qui relève que *« lors des diverses auditions les conseillers prud'hommes ont souligné que le défaut de comparution personnelle des parties lors de la phase de conciliation constituait l'une des principales raisons de l'échec de celles-ci »*⁷³⁹. Ce constat s'explique par le fait que si chaque partie donne mandat à son avocat pour la conciliation mais qu'elle lui demande de ne céder sur rien, *« la situation devient inextricable »*⁷⁴⁰ dans la mesure où les mandataires ne peuvent aller au-delà de leur mandat. Il est alors illusoire d'espérer pouvoir aboutir à un résultat effectif sans la présence des personnes à concilier et c'est la raison pour laquelle la présence est en théorie le principe dans les processus de règlement amiable *« afin d'en favoriser l'aboutissement »*⁷⁴¹. Certes, le rapport Lacabarats préconisait, malgré ce constat, d'assouplir les conditions dans lesquelles la comparution par représentation est possible, et ces préconisations ont été suivies par le législateur⁷⁴². Gageons toutefois que cette proposition n'est pas sous-tendue par la volonté d'améliorer le processus de conciliation mais bien plus simplement dans un souci de rationalisation et d'amélioration de l'efficacité et de la rapidité de la procédure judiciaire⁷⁴³. Partant, il s'agit là en réalité moins d'une reconnaissance de l'inutilité de la présence dans le processus de conciliation que d'un arbitrage d'opportunité entre la voie de la conciliation, qui peut parfois faire perdre du temps en cas d'échec⁷⁴⁴, et

⁷³⁸ T. GRUMBACH, E. SERVERIN, P. BOUAZIZ, « Le mandat de concilier devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes : les effets pratiques du décret n° 2008-715 du 18 juillet 2008 », *Rev. Dr. trav.*, 2008, p. 615.

⁷³⁹ A. LACABARATS, « L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXI^e siècle », Rapport remis à la Garde des Sceaux, préc., p. 68.

⁷⁴⁰ T. GRUMBACH, E. SERVERIN, P. BOUAZIZ, « Le mandat de concilier devant le bureau de conciliation du conseil des prud'hommes : les effets pratiques du décret n° 2008-715 du 18 juillet 2008 », art. préc.

⁷⁴¹ R. PAUTRAT, « Conseil de Prud'hommes (Procédure) », *Rép. D. dr. trav.*, 1994, n° 55.

⁷⁴² Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron. Le décret d'application de la loi Macron relatif à l'assistance et la représentation des parties devant le Conseil de prud'hommes est paru le 20 mai 2016 (Décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail). L'article 9 du décret réécrit l'article R. 1453-1 du Code du travail, désormais rédigé comme suit : *« Les parties se défendent elles-mêmes. Elles ont la faculté de se faire assister ou représenter »*. De même, l'article 14 du décret modifie l'article R. 1454-14 du Code du travail en remplaçant le défaut de « présentation » du défendeur par un défaut de « comparution », ce qui vient confirmer la suppression de l'obligation de comparution en personne. Sur cette question et pour des réflexions menées à propos du projet de décret, v. F. MEHREZ, « Prud'hommes : la représentation devient obligatoire en appel », *D. actu.* 9 oct. 2015.

⁷⁴³ Sur ces questions, v. *infra* n° 250 et s.

⁷⁴⁴ Et en matière prud'homale, le taux d'échec de la phase de conciliation est très important. En 2010, devant les conseils de prud'hommes, sur les 217 661 affaires soumises aux bureaux de conciliation, on dénombre seulement 12 258 conciliations : v. L. CADIET, E. JEULAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., n° 57, p. 241.

celle de la rapidité des procédures, qui ne permet pas toujours de donner le temps à la parole de s'exprimer dans une tentative de conciliation.

174. Présence lors de la phase de conciliation devant le Tribunal paritaire des baux ruraux – C'est encore cette même logique de conciliation par la présence qui prédomine devant le Tribunal paritaire des baux ruraux. Toute demande devant ce tribunal aboutit à une tentative de conciliation, laquelle est nécessairement préalable à l'audience de jugement. Or, le Code de procédure civile prévoit que si les parties ont la faculté de se faire assister ou représenter, elles sont toutefois « *tenues de comparaître en personne* » lors de la tentative préalable de conciliation, « *sauf à se faire représenter en cas de motif légitime* »⁷⁴⁵. On trouve donc également dans cette procédure une corrélation entre l'objectif de conciliation des parties et leur présence, qui se traduit par l'organisation d'une comparution en personne lors de cette phase.

Il faut maintenant observer que l'exportation des procédures négociées aux contentieux non civils permet de faire le même constat d'une corrélation entre l'organisation de la présence et la conciliation dans les procédures administratives et pénales.

2- L'existence de la fonction conciliatrice de la présence dans les autres contentieux

175. Extension de la négociation aux contentieux administratif et pénal – L'idée de conciliation est apparue plus tardivement dans les contentieux administratif et pénal, dans la mesure où ces deux types de contentieux mettent en jeu la puissance publique et n'ont donc pas vocation *a priori* à faire une place à la négociation ou à la conciliation. Pourtant, la tendance au règlement des conflits par des voies alternatives aux voies classiques leur a été étendue, y introduisant une part de négociation. Il est vrai que dans les procédures pénales dites classiques, c'est-à-dire les procédures à visée purement répressive, la présence du mis en cause est par principe toujours exigée et ce dans le but de faciliter la manifestation de la vérité⁷⁴⁶ et la protection de la personne mis en cause⁷⁴⁷. Or, les procédures pénales alternatives exigent également la présence des parties, mais il semble alors que dans ces hypothèses, ce soit la fonction conciliatrice de la présence qui soit recherchée.

176. Existence de la fonction conciliatrice de la présence en procédure pénale – Ainsi, en matière pénale, la pratique des parquets a fait germer l'idée de l'insuffisance de

⁷⁴⁵ Art. 883 al. 2 C. proc. civ.

⁷⁴⁶ V. *infra* n° 179 et s.

⁷⁴⁷ V. *infra* n° 194 et s.

l'alternative exclusive entre les poursuites dites classiques et le classement sans suite sec, alors que d'autres solutions pour résorber le trouble à l'ordre public étaient envisageables⁷⁴⁸. Ainsi sont nées les « procédures alternatives aux poursuites », afin de créer une troisième voie qui permette d'apporter des réponses pénales différentes des poursuites classiques parfois trop lourdes, trop coûteuses et surtout trop chronophages⁷⁴⁹. Ces nouvelles procédures introduisent une part de consensus dans le contentieux pénal, qui se noue autour d'une discussion pouvant impliquer l'autorité de poursuite, l'auteur de l'infraction, et la victime. Parmi ces procédures dites alternatives aux poursuites, on retrouve ainsi la médiation pénale⁷⁵⁰, processus extrajudiciaire⁷⁵¹ et la composition pénale⁷⁵². Surtout, sans être une procédure alternative aux poursuites⁷⁵³, la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité s'inscrit également dans le cadre de l'expression d'une fonction conciliatrice de la présence en matière pénale. Ainsi, cette procédure fait apparaître un élément de justice consensuelle et la présence du justiciable, bien que non prévue expressément par les textes, semble essentielle et faire partie du processus de négociation. Cette procédure ayant vocation à s'appliquer à « toute personne convoquée à cette fin ou déférée devant [le Procureur de la République] »⁷⁵⁴, il s'agit donc de personnes qui comparaissent physiquement et personnellement devant l'autorité de poursuite, cette présence leur permettant de dialoguer avec l'autorité de poursuite afin d'envisager « en échange » de la reconnaissance de l'infraction, une peine sans doute moindre que celle qui aurait été prononcée à l'issue d'une procédure longue⁷⁵⁵. La présence des intéressés n'est d'ailleurs pas seulement requise lors du processus de négociation, mais également lors de l'homologation⁷⁵⁶, s'agissant du moins du mis en cause⁷⁵⁷. Il apparaît ainsi que les procédures pénales mettant en jeu une part de justice consensuelle sont organisées en présence des intéressés, confortant l'idée d'une corrélation entre présence et procédures négociées. Cette corrélation apparaît d'autant plus importante que la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est désormais applicable à la grande majorité des

⁷⁴⁸ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, 10^e édition, LexisNexis, 2014, n° 1450 ; B. BOULOC, *Procédure pénale*, 25^e éd., Dalloz, 2016, Coll. Précis droit privé, n° 707.

⁷⁴⁹ Ph. CONTE, « La nature juridique des procédures « alternatives aux poursuites » : de l'action publique à l'action à fin publique ? », in *Mélanges offerts à Raymond Gassin : sciences pénales et sciences criminelles*, PUAM, 2007, p. 189, n° 1.

⁷⁵⁰ Art. 41-1 C. proc. pén.

⁷⁵¹ V. *supra* n° 164.

⁷⁵² Art. 41-2 C. proc. pén.

⁷⁵³ Sur cette question, v. S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, préc. n° 1574.

⁷⁵⁴ Art. 495-7 C. proc. pén.

⁷⁵⁵ L'article 495-8 C. proc. pén. dispose en effet dans son alinéa 2 que lorsqu'une peine d'emprisonnement est proposée, sa durée ne peut excéder un an ni la moitié de la peine encourue.

⁷⁵⁶ Cette présence n'est cependant pas requise s'agissant de la composition pénale, le juge pouvant valider la mesure sans entendre l'auteur des faits, cette audition n'étant d'ailleurs plus de droit depuis la loi du 9 septembre 2002 (loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, modifiant l'article 41-2 du Code de procédure pénale).

⁷⁵⁷ Art. 495-9 C. proc. pén. Quant à la présence de l'autorité de poursuite à l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, cette question a évolué : v. *infra* n° 400.

délits⁷⁵⁸. Or, devant les juridictions de jugement chargées de juger ces mêmes infractions, les possibilités de déroger à l'obligation de comparution personnelle classiquement posée en procédure pénale sont importantes. En effet, devant les tribunaux correctionnels⁷⁵⁹, le prévenu peut demander à se faire représenter. Il est donc notable qu'à l'égard de ces infractions, la présence de la personne mise en cause apparaisse peut-être plus importante aux yeux du législateur lorsqu'il s'agit d'aboutir à une solution conciliée plutôt qu'à une solution imposée.

177. Existence de la fonction conciliatrice de la présence dans le contentieux administratif – Il est de prime abord moins aisé d'identifier la place de la présence au sein des phases de conciliation existant en contentieux administratif et ce pour plusieurs raisons. D'abord, bien qu'héritée de la tradition juridique séculaire du recours administratif⁷⁶⁰ et pratiquée parfois à titre informel par les tribunaux administratifs⁷⁶¹, la conciliation n'a trouvé officiellement sa place devant les juridictions administratives que depuis la loi du 6 janvier 1986⁷⁶² dans son article 22 repris aujourd'hui à l'article L. 211-4 du Code de justice administrative qui dispose que « *les tribunaux administratifs exercent également une mission de conciliation* ». Cette mission de conciliation ne bénéficie d'aucun cadre procédural particulier, puisque le Conseil d'Etat a considéré que cette disposition se suffisait à elle-même et ne nécessitait pas l'adoption d'un décret en précisant les modalités⁷⁶³. En l'absence de règles procédurales précises, il est donc impossible de trouver trace d'une quelconque organisation de la présence lors de ces phases. Point d'études non plus sur l'importance de la présence des parties lors des tentatives de conciliation. Cette absence de réflexion sur la présence au sein des procédures de conciliation ou de médiation en matière administrative ne saurait pourtant signifier que la présence n'est pas nécessaire. En effet, sans y consacrer de longs développements, les praticiens font toutefois remarquer au détour de considérations relatives à la difficulté de mettre en œuvre une conciliation qu'il est parfois malaisé de « *convaincre les principaux acteurs de se mettre autour d'une table* »⁷⁶⁴, ou encore « *qu'à l'issue de la conciliation, les parties se serrent la main* »⁷⁶⁵ ; d'autres encore évoquent

⁷⁵⁸ Seules quelques exceptions sont prévues par l'article 496-7 du Code de procédure pénale.

⁷⁵⁹ Art. 411 C. proc. pén.

⁷⁶⁰ E. COSTA, « La conciliation devant le juge administratif », *AJDA* 2012, p. 1834.

⁷⁶¹ J.-M. LE GARS, « La conciliation par le juge administratif », *AJDA* 2008, p. 1468.

⁷⁶² Loi n° 86-14 du 6 janvier 1986 relative à la succession des règles garantissant l'indépendance des membres les tribunaux administratifs.

⁷⁶³ CE, Ass., 23 juin 1989, Vériter, *Lebon* 146.

⁷⁶⁴ J.-M. LE GARS, « La conciliation par le juge administratif », art. préc.

⁷⁶⁵ D. CHABANOL, intervention à l'occasion du colloque sur *Les modes alternatifs de règlement des litiges dans les collectivités territoriales*, « Table ronde n° 3 : Les recours administratifs et la conciliation », *Revue Lamy Collectivités territoriales*, 2008, n° 32.

l'organisation de « *réunions de personnes qui discutent d'un problème* »⁷⁶⁶, autant d'expressions qui suggèrent largement la présence physique des parties lors de ces entretiens. C'est encore par le prisme des questionnements relatifs à la place de l'avocat dans ces processus qu'apparaît en filigrane la présence des parties elles-mêmes, qui vise à instaurer un dialogue entre elles. L'on s'interroge en effet sur le message qu'envoie la présence de l'avocat lors d'une réunion de personnes discutant d'un problème, qui pourrait être « *mal perçue* »⁷⁶⁷, dans la mesure où l'avocat aurait « *une connotation agressive, associée au contentieux* »⁷⁶⁸. Or, s'interroger sur cette présence superflue voire néfaste de l'avocat assistant les parties, c'est partir du présupposé que les parties doivent elles-mêmes être présentes à ces réunions. Il n'y a donc pas de conciliation sans présence car celle-ci par l'implication des parties dont elle témoigne et le dialogue apaisé voire apaisant qu'elle permet possède une véritable vertu conciliatrice.

178. Limites de la conciliation – Toutefois, dans la mesure où il n'est pas possible de parvenir systématiquement à un accord de conciliation, une autre voie doit être empruntée pour trouver une solution au litige. Il ne s'agit plus alors d'adopter une solution juste car satisfaisant les parties, mais une solution juste car exprimant une vérité. Or, là encore, la présence va trouver sa place en s'illustrant par sa fonction heuristique.

§2 : La fonction heuristique de la présence en droit processuel

179. Présence et vérités – La présence des participants à l'opération procédurale est parfois organisée aux fins de découvrir la vérité qui servira de fondement à la décision juste. En cela, la présence se révèle avoir une fonction heuristique, puisqu'elle « *sert à la découverte* »⁷⁶⁹. L'heuristique se définissant comme une « *partie de la science qui a pour objet la découverte des faits* »⁷⁷⁰, dire que la présence a une fonction heuristique revient en effet à dire qu'elle permet la découverte de la vérité. Mais dire que la présence facilite la manifestation de la vérité suppose au préalable d'avoir identifié de quelle vérité la manifestation est souhaitée. En effet, Domat écrivait qu'« *on appelle preuve ce qui persuade l'esprit d'une vérité* »⁷⁷¹, ce qui conduit à affirmer qu'il n'existe pas une seule vérité, mais

⁷⁶⁶ D. GARREAU, intervention à l'occasion du colloque sur Les modes alternatifs de règlement des litiges dans les collectivités territoriales, « Table ronde n° 1 : La médiation », Revue Lamy Collectivités territoriales, 2008, n° 32.

⁷⁶⁷ D. GARREAU, L. ASSOULINE, interventions à l'occasion du colloque sur Les modes alternatifs de règlement des litiges dans les collectivités territoriales, « Table ronde n° 1 : La médiation », préc.

⁷⁶⁸ Ibid.

⁷⁶⁹ A. REY (dir.), J. REY-DEBOVE (dir.), P. ROBERT (dir.), « Heuristique », in *Le Petit Robert de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, 2014, p. 1234.

⁷⁷⁰ Ibid.

⁷⁷¹ J. DOMAT, *Œuvres complètes de J. Domat*, par J. REMY, T.2, Firmin-Didot père et fils, 1829, p. 137.

bien « *des vérités de diverses sortes* »⁷⁷² pour reprendre l'expression du jurisconsulte. Paul Ricoeur ajoutait d'ailleurs que « *l'esprit de vérité est de respecter la complexité des ordres de vérité ; c'est l'aveu du pluriel* »⁷⁷³. Il est donc nécessaire, avant de démontrer que la présence peut participer au processus de révélation de la vérité (B), de s'interroger sur la vérité recherchée au cours du procès (A).

A- Identification de la vérité recherchée

180. « D'une vérité l'autre »⁷⁷⁴ – La mission du juge est, quel que soit le contentieux, de rendre une décision, nommée dans le langage de la cour d'assises le « verdict ». Issu du latin médiéval « veredictum », littéralement « la vérité ayant été dite », le terme de verdict fait apparaître le lien étroit qui existe entre la décision de jugement et la vérité. Néanmoins, la vérité à laquelle le verdict renvoie n'est autre que la vérité qui est affirmée par le juge, en d'autres termes la vérité judiciaire. Or, l'adjectif judiciaire accolé à la notion de vérité ne saurait masquer que cette vérité n'est pas *la* vérité, loin s'en faut, certains allant même jusqu'à souligner que cet adjectif n'a en réalité « *pas pour effet de qualifier la vérité mais a plutôt tendance à la faire disparaître* »⁷⁷⁵. Ces auteurs expliquent cette disqualification de la vérité par le fait que « *l'adjonction du terme « judiciaire » a l'apparence de l'excuse : le but était de trouver la vérité, mais voilà où on a abouti, et sous toutes réserves...* »⁷⁷⁶. C'est dire que la vérité judiciaire, qui fait office de vérité officielle insusceptible de remise en cause une fois la décision irrévocable⁷⁷⁷, n'est pas celle qui était initialement recherchée. Il faut cependant aller encore plus loin et observer que deux sortes de vérités peuvent être recherchées : la vérité objective, ou vérité absolue ou substantielle, et la vérité subjective, telle qu'appréhendée et énoncée par les parties et plus largement par les acteurs du procès. Il est de coutume d'avancer que le choix de la vérité qui est recherchée dans les systèmes judiciaires est différent selon la culture juridique du système, l'opposition traditionnelle mettant en confrontation les systèmes de *Civil Law*, ou de droit romano-germanique d'une part, qui privilégient la vérité objective, et les systèmes de *Common Law* d'autre part, qui privilégient la vérité subjective⁷⁷⁸. Il semble pourtant qu'un rapprochement des deux systèmes s'opère, par

⁷⁷² *Ibid.*

⁷⁷³ P. RICOEUR, *Histoire et vérité*, Seuil, 1955, p. 175. V. également M. VAN DE KERCHOVE, « Vérité judiciaire et para-judiciaire en matière pénale : quelle vérité ? », *Droit et société* 2013/2, p. 250.

⁷⁷⁴ Titre d'un article de X. LAGARDE, « D'une vérité l'autre », *Gaz. Pal.* 22 juil. 2010, p. 6.

⁷⁷⁵ A. FABBRI, C. GUERY, « La vérité dans le procès pénal ou l'air du catalogue », *RSC* 2009, p. 343. V. également A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, préf. J.-C. SAINT-PAU, LGDJ, 2010, Coll. Bibliothèque de droit privé, n° 2.

⁷⁷⁶ FABBRI, C. GUERY, « La vérité dans le procès pénal ou l'air du catalogue », art. préc.

⁷⁷⁷ A quelques exceptions près, lorsqu'une demande de révision intervient : art. 622 C. proc. pén., art. 593 C. proc. civ., art. R. 834-1 C. just. adm.

⁷⁷⁸ Pour une comparaison des différents systèmes à cet égard, v. X. LAGARDE, « Finalités et principes du droit de la preuve. Ce qui change », *JCP G* 2005, I. 133 ; et du même auteur, « D'une vérité l'autre », art. préc.

le biais d'une « américanisation »⁷⁷⁹ ou d'une « anglicisation » de la Civil Law. Constatant l'impossibilité de parvenir à la vérité objective (1), les deux systèmes s'orientent, de façon plus ou moins affirmée et reconnue, vers la recherche d'une vérité subjective (2).

1- Le constat de l'impossible recherche de la vérité objective

181. L'impossible accès à la vérité objective – Il faut remonter aux premières manifestations du droit de la preuve pour comprendre que la quête de la vérité objective est sans doute vaine. L'ordalie ou jugement de Dieu consistait à soumettre le plaideur à une épreuve physique dont l'issue apporterait la réponse de son innocence ou de sa culpabilité, ou plus largement des réponses sur le bien-fondé de ses prétentions. N'attendant la vérité que du seul jugement divin, ce mode probatoire ancestral vient témoigner de l'impuissance des hommes à parvenir à la vérité objective, s'en remettant alors humblement au jugement de Dieu. Ainsi, l'ordalie peut s'analyser comme « *un procès-verbal de carence signifiant l'impuissance du jugement humain* »⁷⁸⁰. Si le jugement humain est impuissant, c'est qu'il ne peut atteindre la vérité, il ne peut que s'en approcher, par le truchement du jugement de Dieu⁷⁸¹. Cette analyse est également applicable au serment probatoire, autre « preuve religieuse »⁷⁸², par laquelle le plaideur affirme sa vérité sous le contrôle du divin, qui est seul à détenir la vérité. Ces deux modes de preuve illustrent alors que si « *les preuves sont à l'homme ; la vérité est à Dieu* »⁷⁸³. Même en dissociant la vérité objective de l'ordre du divin, elle reste d'ailleurs du domaine de l'inaccessible pour l'humain, en ce qu'elle est conçue comme « ce qui est », alors que l'humain ne peut connaître que ce qu'il voit, ce qu'il entend, ce qu'il ressent, autrement dit ce qui passe par le filtre de ses sens, lesquels peuvent être trompeurs, ou a minima, influencer sa perception du vrai. En définitive, « ce qui est perçu » étant distinct de « ce qui est », l'homme ne peut prétendre accéder à la vérité substantielle.

182. Idéal de vérité objective – Si la vérité objective n'est pas accessible à l'homme, elle peut cependant rester un objectif à atteindre, ou plus précisément un but vers lequel tendre. C'est cette vision de la vérité qui semble *a priori* guider les systèmes juridiques de tradition romano-germanique. Ainsi, opposant ces systèmes à ceux de Common Law, certains

⁷⁷⁹ E. ZOLLER, « Américanisation », in *Dictionnaire de la Justice* (dir. L. CADIET), PUF, 2004, p. 30.

⁷⁸⁰ Selon l'expression de Poirier, cité par J.-P. LEVY, « L'évolution de la preuve des origines à nos jours », *Rec. Société Jean Bodin*, T. XVII, Bruxelles, 1965, p. 13.

⁷⁸¹ *Contra* A. FABBRI, C. GUERY, « La vérité dans le procès pénal ou l'air du catalogue », art. préc., qui considèrent que « *dans le jugement de Dieu, dans les ordalies, ce n'est pas la vérité qui émerge, mais la désignation d'un vainqueur* ». Dans le même sens, v. M. FOUCAULT, « La vérité et les formes juridiques », *Dits et écrits*, tome I, Gallimard, 2001, p. 1424. Il reste que cette analyse ne contredit pas la thèse selon laquelle ces jugements divins traduisent l'impossibilité pour l'homme de parvenir à la vérité substantielle.

⁷⁸² J.-P. LEVY, « L'évolution de la preuve des origines à nos jours », art. préc., p. 19.

⁷⁸³ X. LAGARDE, « Finalités et principe du droit de la preuve. – Ce qui change », art. préc., n° 2.

auteurs avancent l'idée que les juristes des pays de Civil Law ont de la vérité une conception exigeante, qui se rapproche de la vérité objective, substantielle, c'est-à-dire de ce qui est⁷⁸⁴. Cette conception explique la méfiance du juriste français face à la parole du plaideur, méfiance qui témoigne de l'idée que la vérité ne peut se manifester qu'« *au prix d'une absolue neutralité* »⁷⁸⁵. Mais s'il est entendu que le juge ne pourra pas, quelle que soit sa bonne volonté, atteindre la vérité de « ce qui est », c'est nécessairement une autre vérité qu'il recherche, une vérité qu'il peut atteindre et qui se rapprochera le plus possible de la vérité substantielle. Sans abandonner pleinement l'idéal de vérité substantielle, ces systèmes aboutissent donc à disqualifier la vérité recherchée, en ayant recours à une vérité moins absolue, en se contentant de rechercher le degré le plus élevé de vraisemblance. Si la vraisemblance est, dans ce système, utilisée seulement comme un outil pour parvenir au plus près de la vérité substantielle, il faut néanmoins admettre qu'une décision de justice fondée sur la vérité n'est pas fondée sur la vérité substantielle. Quel que soit le système judiciaire, la vérité sur laquelle se fonde la décision de justice est donc une vérité plus subjective, empreinte de vraisemblance.

2- La recherche de la vérité subjective la plus vraisemblable

183. Common Law et Civil Law – Tantôt clairement érigée en objectif par les systèmes de Common Law (a), tantôt simplement utilisée comme outil dans les systèmes de Civil Law (b), la vérité subjective la plus vraisemblable trouve une place dans les différents procès.

a- Tradition juridique de Common Law et vérité subjective

184. Common Law et vérité subjective – Les systèmes de Common Law ne se cachent pas d'ériger la vérité subjective en objectif à atteindre au cours du procès. Faisant montre d'un pragmatisme certain, la tradition juridique des pays de Common Law « *ne voit dans la vérité qu'une qualité de ce qui se dit* »⁷⁸⁶. Il ne s'agit donc pas de déterminer la vérité des faits mais de se prononcer sur le caractère vrai des propositions des parties. C'est ce qui explique le caractère accusatoire dominant de ces procédures, confrontant plusieurs versions

⁷⁸⁴ V. par exemple X. LAGARDE, qui considère que « là où les jurisconsultes français croient à la vérité mais ne prennent pas la preuve au sérieux, les lawyers de Common Law ne croient pas à la vérité mais prennent la preuve au sérieux » (« D'une vérité l'autre », art. préc.). V. aussi A. GARAPON, I. PAPADOPOULOS, qui affirment que « là où la culture juridique romaniste cherche la substance de la vérité en tentant d'établir un récit officiel au moyen du prononcé d'un jugement par un magistrat, la culture juridique de la common law, au contraire, organise la confrontation de deux versions pour faire triompher publiquement le récit le plus vraisemblable » (*Juger en Amérique et en France*, Odile Jacob, 2003, p. 123).

⁷⁸⁵ X. LAGARDE, « D'une vérité l'autre », art. préc.

⁷⁸⁶ X. LAGARDE, « Finalités et principes du droit de la preuve.- Ce qui change », art. préc., n° 3.

opposées parmi lesquelles il conviendra de choisir celle qui est la plus vraisemblable. Le droit de la preuve est alors orienté vers une mise à l'épreuve de la crédibilité des déclarations émises par les parties ou les témoins. Puisque les vérités proposées par chacune des parties sont nécessairement opposées – sans quoi il n'y aurait pas de litige –, l'instruction consiste donc à identifier quelle est la proposition vraie et quelle est celle qui est fausse. A cette fin, les juristes de Common Law ont recours à la notion de vraisemblance⁷⁸⁷, en recherchant quelle déclaration est la plus vraisemblable pour l'ériger en vérité judiciaire.

b- Tradition juridique de Civil Law et vérité subjective

185. Civil Law et vérité subjective – C'est sur la question du recours à la notion de vraisemblance que l'on peut déceler un rapprochement entre les deux systèmes quant à la vérité qui est recherchée au cours du procès. Si les systèmes de Common Law admettent que seule la parole des parties permet d'accéder à la vérité et se contentent de rechercher si les déclarations des parties sont vraies, les systèmes de Civil Law, sans abandonner ouvertement l'idéal d'un dévoilement de la vérité substantielle, n'ont d'autre choix que de se satisfaire de vérités moins absolues.

186. Procédure civile et vérité subjective – En matière civile, la quête de vérité absolue n'est pas au centre du procès. Dans leur grande majorité, les litiges civils n'intéressent pas la société, mais seulement les parties qu'ils opposent. Pour cette raison, « *la demande de vérité provient seulement des parties au litige et, éventuellement de leurs ayants-droits* »⁷⁸⁸. Toutefois, quand bien même les parties seraient en demande de vérité, elles souhaitent avant tout la reconnaissance de *leur* vérité, contenue dans leurs propos. Ainsi, un auteur relevait que « *bien évidemment, les parties du procès, si elles acceptent d'une certaine manière de s'en remettre en fin de compte à la sentence du juge, ne renoncent pas pour autant, en présence de celui-ci, à la conviction qui est la leur* »⁷⁸⁹. Or, les différentes versions proposées par les parties au cours du procès sont contradictoires les unes avec les autres, et il reviendra donc au juge civil de déterminer quelle est la version la plus vraisemblable. Cet artifice pour parvenir à une vérité judiciaire acceptable implique que le juge renvoie les parties à leur responsabilité en leur demandant de démontrer que, de toutes les versions proposées, la leur est la plus vraisemblable et mérite d'être élevée au rang de vérité judiciaire.

⁷⁸⁷ A. GARAPON, I. PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France*, préc., p. 123 et s.

⁷⁸⁸ X. LAGARDE, « Finalités et principes du droit de la preuve.- Ce qui change », art. préc., n° 7.

⁷⁸⁹ J.-L. GARDIES, « De la spécificité du dialogue à l'intérieur du droit », *APD, Dialogue, dialectique en philosophie et en droit*, t. 29, Sirey, 1984, p.171 et s.

Le passage du vraisemblable à la vérité judiciaire évite⁷⁹⁰ donc l'obstacle de la vérité substantielle et fait une large place à la vérité des parties qui est nécessairement subjective.

187. Procédure pénale et vérité subjective – La place de la vérité subjective est *a priori* moins évidente en procédure pénale dans les systèmes de Civil Law. En la matière, ces systèmes sont dominés par l'idée que le procès pénal oppose la société à la personne mise en cause, et que pour cette raison, l'issue du procès intéresse la société, qui entre alors en demande de vérité. Par conséquent, le juge répressif a pour mission de mettre au jour une vérité unique pour l'ensemble de la société, ce qui le pousse à se tourner vers la recherche de la vérité substantielle, ne pouvant plus se satisfaire des seules versions proposées par les parties. De prime abord, le procès pénal ne fait donc que peu de place à la vérité subjective apportée par les hommes. Néanmoins, il ne faudrait pas considérer que la vérité subjective est exclue de tout procès pénal dans les systèmes de Civil Law. S'il est vrai que la méfiance semble de mise à l'égard de la parole, qu'elle émane des parties ou de tiers, il faut cependant admettre que le droit pénal ne peut se passer de la parole de ces derniers. D'abord, dans certains contentieux, aucune preuve matérielle ne peut permettre de faire émerger la vérité, seule la parole des uns et des autres permettra de jouer ce rôle. C'est le cas bien souvent des affaires de mœurs, qui opposent fréquemment le mis en cause et la victime « parole contre parole », et ce d'autant plus quand les faits remontent à plusieurs années, les preuves matérielles ayant disparu. Ensuite, le procès pénal n'envisage pas la seule question de la vérité des faits constituant ou non l'infraction reprochée. Dans le respect du principe d'individualisation de la peine, le procès pénal est également l'occasion de s'intéresser au contexte de l'affaire, qu'il s'agisse d'envisager le contexte dans lequel l'infraction a été commise ou la personnalité du mis en cause. Or, ces éléments ne peuvent être apportés par des preuves matérielles, scientifiques, incontestables, si bien que les hommes sont les seuls vecteurs de ces vérités contextuelles. Il en résulte que la vérité subjective n'est pas totalement mise à l'écart du procès pénal et trouve sa place, *a minima* lorsqu'il s'agit de discourir de ces éléments⁷⁹¹.

Il est même possible d'aller plus loin en constatant que la vérité subjective n'est en réalité pas cantonnée à ces éléments et ne reste pas totalement étrangère aux questions relatives aux faits. L'évolution de la procédure pénale au cours des vingt dernières années a ainsi ouvert discrètement une brèche dans laquelle la vérité subjective s'est engouffrée. En

⁷⁹⁰ Il est parfois évoqué l'idée de « stratégies d'évitement » pour désigner l'évitement de la recherche de la vérité substantielle : X. LAGARDE, « D'une vérité l'autre », art. préc.

⁷⁹¹ Contra A. FABBRI, C. GUERY, « La vérité dans le procès pénal ou l'air du catalogue », art. préc., pour qui « ces éléments [...] ne sauraient entrer dans le champ du terme « vérité ». ».

introduisant une technique similaire à la *cross examination* anglo-saxonne⁷⁹², la loi du 15 juin 2000⁷⁹³ semble redonner une place importante à la vérité subjective au sein du procès pénal⁷⁹⁴. Désormais, devant les tribunaux correctionnels, les articles 442-1 et 454 du Code de procédure pénale permettent aux avocats et au Parquet d'interroger directement le prévenu, la partie civile, les témoins ou toute personne appelée directement à la barre. Des dispositions équivalentes sont prévues devant la cour d'assises⁷⁹⁵. Ce mécanisme vient renforcer le test de crédibilité auquel sont soumis les différents intervenants, afin de les mettre à l'épreuve de la contradiction. Ce faisant, le législateur semble ouvrir la porte à une plus grande prise en compte des vérités subjectives, puisque sans qu'il soit question de croire sur parole les différents acteurs du procès, leurs propos pourront être tenus pour vrais dès lors qu'ils passeront l'épreuve de la contradiction. Se rapprochant par là-même de l'*adversarial process*⁷⁹⁶, la procédure pénale s'inscrit désormais dans une dynamique de recherche d'une vérité plus subjective, en privilégiant la plus grande vraisemblance. Et dans cette quête d'une vérité subjective, la présence semble être dotée d'une efficacité certaine.

B- Efficacité de la présence comme révélateur de vérité

188. L'efficacité de la présence comme révélateur de vérité à la faveur de l'immédiateté – Forte du constat selon lequel la vérité que le juge recherche est une vérité subjective et qu'il retiendra la plus vraisemblable des versions qui lui sont proposées, la fonction heuristique de la présence prend alors tout son sens. C'est grâce à l'immédiateté qui constitue l'essence de la présence que celle-ci contribue à la recherche de la vérité.

189. Vertus heuristiques du dialogue – L'absence d'intermédiaire favorise d'abord une certaine spontanéité dans les échanges qui renforce les vertus heuristiques du dialogue. Ces vertus du dialogue dans la recherche de la vérité ont été reconnues au fil des siècles par nombre de philosophes. Les premières démonstrations de cette vertu nous viennent des philosophes grecs, à l'instar de Platon qui, mettant en scène les dialogues de Socrate,

⁷⁹² C. AYELA, D. DASSA-LE DEIST, « Le développement de la cross examination dans le procès pénal français.- Une approche éthique », *JCP G* 2006, I 186.

⁷⁹³ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

⁷⁹⁴ Sur cette question, v. C. AYELA, J. MESTRE, V. PERONNET, et al., *Vérités croisées : cross examination, une petite révolution procédurale*, Litec, 2005.

⁷⁹⁵ Art. 312 C. proc. pén.

⁷⁹⁶ La dynamique d'« américanisation » du procès pénal a pu être mise en lumière par X. LAGARDE, « Finalités et principes du droit de la preuve.- Ce qui change », art. préc., qui se demande si le droit interne, « à la faveur d'une certaine " américanisation " de la Civil Law, ne se laisse pas (très) progressivement gagner par une autre culture de la preuve ». V. également X. PIN, qui remarque qu'à l'égard des parties, « le procès pénal est un peu plus leur procès, ce qui le rapproche du modèle anglo-saxon », « La privatisation du procès pénal », *RSC* 2002, p. 245.

démontrait que le dialogue a pour objet de parvenir à la vérité⁷⁹⁷. Ainsi faisait-il de la dialectique la science de la recherche de la vérité. Cette « maïeutique » n'est par la suite pas restée étrangère aux méthodes d'enseignement des philosophes du Moyen-Âge, au premier rang desquels Saint-Thomas d'Aquin, qui pratiquait la *quaestio disputata* avec ses étudiants⁷⁹⁸. Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que chez l'un comme l'autre de ces philosophes, la dialectique ne pouvait avoir pour résultat de parvenir à la vérité substantielle, mais seulement de s'en approcher. Ainsi, chez Platon, « *le bon usage de la dialectique [...] permet d'arriver non au principe premier qui fonde toute vérité, mais à l'espérance de le connaître, et au moins, [...], à montrer la fausseté de ce qui était pris pour vrai* »⁷⁹⁹, tandis que dans la philosophie thomiste, la science se distingue de la dialectique pour ce que la première « *atteint au but* »⁸⁰⁰ de la vérité, alors que la seconde « *n'engendre qu'une croyance qu'on « incline » à suivre, sans être sûr d'avoir raison* »⁸⁰¹. Et de considérer qu'« *il est peu de choses que nous sachions. [...]. Dans notre vie humaine la science ainsi proprement entendue forme bien plutôt un idéal à poursuivre, qu'une réalité* »⁸⁰². Les vertus du dialogue n'ont pas manqué non plus d'être mises en lumière par la doctrine contemporaine, le plus souvent à l'occasion de l'étude du principe du contradictoire⁸⁰³.

190. Présence, dialogue et vérité – Ces différentes études du lien qui existe entre dialogue et vérité mettent en lumière l'idée selon laquelle la découverte de la vérité détenue par les hommes naît d'une confrontation entre des dialogues contradictoires⁸⁰⁴. Or, la forme primitive du dialogue est sans doute indissociable de la présence effective des interlocuteurs, raison pour laquelle Platon dans le *Phèdre*, fait l'éloge du dialogue dans sa forme orale en dépréciant l'écrit⁸⁰⁵. C'est que la présence, sans se confondre totalement dans le concept

⁷⁹⁷ V. J. CHANTEUR, « Dialogue et dialectique chez Platon », *APD, Dialogue, dialectique en philosophie et en droit*, t. 29, Sirey, 1984, p. 43 et s.

⁷⁹⁸ M. VILLEY, « L'art du dialogue dans la Somme théologique », *APD, Dialogue, dialectique en philosophie et en droit*, préc., p. 55 et s.

⁷⁹⁹ J. CHANTEUR, « Dialogue et dialectique chez Platon », art. préc., p. 48.

⁸⁰⁰ M. VILLEY, « L'art du dialogue dans la Somme théologique », art. préc. p. 57.

⁸⁰¹ *Ibid.*

⁸⁰² M. VILLEY, « L'art du dialogue dans la Somme théologique », art. préc., p. 58.

⁸⁰³ V. notamment M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire (droit processuel)*, Thèse dactyl., Paris II, 1988, spéc. n° 95 et s., p. 179 et s. ; R. MARTIN, « De la contradiction à la vérité judiciaire », *Gaz. Pal.* 1981, p. 209 et s. ; L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, préf. B. BEIGNER, LGDJ, 2008, n° 37 et s. ; L. ASCENSI, *Du principe de la contradiction*, préf. L. CADIET, LGDJ, 2006, Coll. Bibliothèque de droit privé, n° 343 et s. V. aussi C. AYELA, D. DASSA-LE DEIST, « Le développement de la cross examination dans le procès pénal français.- Une approche éthique », art. préc. : « *C'est de la discussion à l'audience que surgit la vérité* », n° 11.

⁸⁰⁴ V. par exemple, J. CHANTEUR, « Dialogue et dialectique chez Platon », art. préc., p. 45, qui affirme que « L'un par l'autre, dans le dialogue, l'interrogation sur ce que l'on veut définir se précise, on se contredit, on se corrige, on s'entraide, on tombe d'accord ».

⁸⁰⁵ J. CHANTEUR, « Dialogue et dialectique chez Platon », art. préc., p. 54.

d'oralité⁸⁰⁶, facilite le dialogue et engendre la spontanéité des échanges. C'est en ce sens que le droit de l'enquête, dans quelque matière que ce soit, organise la présence des acteurs du procès qui doivent fournir des réponses. C'est ce qui explique l'attrait particulier des techniques de *cross examination*, qui s'est exercé jusque dans notre pays de *Civil Law*. Il ne s'agit alors plus d'un dialogue apaisé mais bien d'éprouver chaque récit en mettant au jour les contradictions afin qu'il ne reste plus que la substance du propos, c'est-à-dire la part du récit la plus proche de la vérité substantielle. La technique de *cross examination* encourage en effet cette confrontation des différentes versions à l'audience, en mettant en mesure chaque partie d'interroger l'autre, par le truchement de son avocat, puisque le système de *Common Law* voit se succéder l'*examination in chief*, faite par l'avocat de la partie qui a cité le témoin et la *cross examination* effectuée par la partie adverse. De cette manière, « *la vérité n'éclate pas : elle est ce qui subsiste une fois que les parties auront, au sens propre du terme, épuisé toutes les hypothèses, fermé toutes les portes* »⁸⁰⁷.

Il ne faudrait cependant pas limiter l'intérêt de la présence à cet égard aux procédures accusatoires qui seraient les seules à pouvoir mettre en confrontation directe les parties et leurs versions divergentes. La présence des personnes susceptibles de détenir des éléments utiles est tout aussi essentielle lorsque l'interlocuteur n'est pas une personne défendant une version différente mais le juge. En témoigne le fait que le droit positif organise la présence des personnes lors du dépôt des informations dont elles disposent. Ainsi la procédure pénale permet au juge d'instruction d'interroger le mis en cause en le faisant comparaître devant lui⁸⁰⁸, de même qu'il peut le faire pour les autres parties⁸⁰⁹ ou pour les témoins⁸¹⁰. Il en va de même pour le juge civil qui peut par la mise en œuvre d'une mesure de comparution personnelle interroger les parties⁸¹¹ ou par voie d'enquête procéder à l'audition d'un témoin⁸¹². Bien qu'il ne s'agisse plus alors de confronter deux versions apportées par des personnes différentes, la fonction de la présence est pour autant analogue. Le rôle du juge dans le cadre de ces auditions et interrogatoires peut éventuellement s'analyser comme un processus destiné à mettre au jour non plus les contradictions entre plusieurs versions, mais les contradictions internes du discours, afin que restent seuls, *in fine* et comme dans la *cross examination*, les éléments qui auront passé l'épreuve de ce test de vraisemblance.

⁸⁰⁶ V. *supra* n° 137 et s.

⁸⁰⁷ A. GARAPON, I. PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France*, préc. p. 95.

⁸⁰⁸ Art. 116 C. proc. pén. pour l'interrogatoire de première comparution ; art. 114 C. proc. pén. pour les interrogatoires ultérieurs.

⁸⁰⁹ Art. 114 C. proc. pén.

⁸¹⁰ Art. 101 C. proc. pén.

⁸¹¹ Art. 184 C. proc. civ.

⁸¹² Art. 203 C. proc. civ.

191. Présence passive et vérité – Pour autant, la fonction heuristique de la présence ne s'exprime pas seulement lorsque cette dernière est active, c'est-à-dire lorsque de la présence découle une action du sujet, à savoir la prise de parole au sein d'un dialogue. Ces vertus heuristiques se manifestent également lorsqu'elle se limite à une simple présence passive⁸¹³, prise dans ce qu'elle a d'essentiel, c'est-à-dire une présence physique immédiate. L'immédiateté permet en effet une meilleure appréciation des informations qui peuvent être données à travers le comportement du sujet de la présence. Les réflexions menées sur l'influence de la visioconférence sur celui qui entend⁸¹⁴ accréditent l'idée qu'un comportement est mieux apprécié lorsqu'il ne s'embarrasse pas d'un intermédiaire. Cette conclusion ne peut alors qu'être étendue à la situation d'une absence totale, qui ne permet aucune appréciation de l'attitude de la personne absente. *A contrario*, il est alors possible d'affirmer que la présence, même passive, est utile à la manifestation de la vérité car par l'échange des regards et l'appréciation du comportement, elle apporte des éléments renforçant ou affaiblissant la crédibilité des personnes présentes, et permet ainsi de mieux se déterminer sur la version la plus vraisemblable.

192. Bilan – La présence participe donc au processus de légitimation de la décision : partant de l'idée qu'une décision *juste* est une décision acceptée, et que la conciliation comme la vérité peuvent, en tant que fondements de la décision de justice, faciliter l'acceptation de celle-ci, la présence s'illustre donc par sa propension à favoriser l'aboutissement de la procédure sur une décision juste, donc de qualité. Mais il est admis aujourd'hui que le degré d'acceptabilité d'une décision de justice ne tient pas seulement à son contenu, mais également et peut-être surtout à la procédure qui a permis d'y aboutir. Or, à la recherche d'une procédure de qualité la présence n'est pas étrangère non plus. C'est dire qu'outre l'utilité de la présence dans la recherche d'une décision de qualité, l'organisation de la présence s'inscrit également dans la recherche d'une procédure de qualité.

Section 2 : La contribution de la présence à la qualité de la procédure

193. Présence et droit à une procédure de qualité – Quelle que soit la solution adoptée à l'issue de la procédure, elle sera mieux acceptée par les parties, et en particulier par les parties qui succombent, si elle intervient au terme d'une procédure de qualité ayant laissé à chacun la possibilité de se défendre. Il est admis aujourd'hui que la qualité de la procédure est assurée par le respect du modèle du procès équitable et en particulier par ce que certains

⁸¹³ L'utilité de la présence, même passive, permet alors de distinguer le principe de présence du principe d'oralité. V. *supra* n° 143.

⁸¹⁴ V. *supra* n° 79.

appellent le « *deuxième volet du triptyque du procès équitable* »⁸¹⁵, à savoir le « *droit à un bon juge* »⁸¹⁶, ou à une bonne procédure. Certaines garanties visant à protéger ce droit à un procès équitable ont ainsi été instituées en droit interne, et il apparaît à leur égard que la présence permet parfois de contribuer à leur efficacité. C'est dire que la présence peut poursuivre un but de protection des acteurs du procès, et des parties en particulier. En d'autres termes, la présence a une fonction protectrice (§1). Par ailleurs, pour être mieux acceptée par les parties, la solution d'un litige doit être comprise par elles. Il faut donc ajouter aux vertus nécessaires d'une bonne justice la recherche d'une certaine pédagogie dans la procédure. Or à cet égard également, la présence peut être bénéfique, puisqu'elle est également dotée d'une fonction pédagogique, voire de responsabilisation des parties (§2).

§1 : La fonction protectrice de la présence

194. Dualité des garanties protectrices du droit à un procès équitable – Le droit au procès équitable, protecteur des parties, ou droit à un bon juge serait protégé par des garanties institutionnelles relatives à la juridiction⁸¹⁷ et des garanties procédurales relatives à la procédure elle-même⁸¹⁸. Or, le rôle protecteur de la présence en droit processuel vient s'inscrire dans le cadre de ces deux types de garanties, signe s'il en faut que « *les éléments du procès équitable sont imbriqués et se répondent* »⁸¹⁹. La présence a donc, en participant à l'équité du procès, une fonction protectrice puisqu'elle peut être d'une part un outil de mise en œuvre des garanties procédurales (A) et d'autre part un outil de contrôle des garanties institutionnelles (B).

⁸¹⁵ S. GUINCHARD, « Le procès équitable, droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, Hors-série, p. 191 ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS *et alii*, *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, 8^e édition, Dalloz, 2015, Coll. Précis droit privé, n° 228. V. également B. MENUT, « Les technologies de l'information et de la communication au service du procès équitable- Défis processuels et technologiques », in *Justice et droits du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, 2010, p. 342, où l'auteur explique que « *le procès équitable est un concept qui comporte trois étapes – l'avant-procès dont le point focal est l'introduction de l'instance sous toutes ses formes – le procès lui-même avec ses phases de communication des pièces et d'audition, ainsi que le prononcé de la décision – l'après-procès qui comprend à la fois la période ouverte pour l'exercice des voies de recours et l'exécution de la décision rendue* ».

⁸¹⁶ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS *et alii*, *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, préc., n° 332 et s.

⁸¹⁷ *Ibid.*

⁸¹⁸ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS *et alii*, *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, préc., n° 408 et s.

⁸¹⁹ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, 2013, Coll. Thémis droit, n° 177.

A-La présence, outil de mise en œuvre des garanties procédurales

195. La présence comme outil de mise en œuvre des garanties de défense – La démonstration de la fonction protectrice de la présence en droit processuel passe par le constat qu'elle peut être une condition d'effectivité de certaines garanties procédurales du droit à un procès équitable. En particulier, la présence peut contribuer à la mise en œuvre de garanties procédurales rattachées aux droits de la défense, qu'il s'agisse de garanties de défense générales comme peut l'être le principe du contradictoire (1) ou de garanties plus spécifiques (2).

1- La présence, outil de mise en œuvre du principe du contradictoire

196. Définition du principe du contradictoire – L'effectivité des droits de la défense suppose dans tous les contentieux la mise en œuvre du principe du contradictoire⁸²⁰. Ce principe, parfois appelé « principe de la contradiction »⁸²¹, et qui est selon certains « *l'essence même du procès contentieux et la base des droits de la défense* »⁸²², a fait l'objet de nombreuses études spécifiques⁸²³. De celles-ci ressort clairement l'idée que la contradiction ne peut être effective qu'à la condition que les parties soient informées de la procédure et aient la possibilité de discuter des éléments du dossier. Ainsi, un auteur estime « *que le contradictoire se concrétise dans un ensemble de règles garantissant à une partie la pleine connaissance de l'instance, et la possibilité de défendre ses intérêts en y participant, après le temps de réflexion nécessaire* »⁸²⁴. Un autre considère que « *la contradiction peut être définie, de façon large, comme le droit pour toute personne directement intéressée de se voir assurer une information utile dans l'instance, par la communication des différents éléments du dossier produits dans un délai suffisant, en vue de leur discussion devant le juge* »⁸²⁵. S'il s'est trouvé des auteurs pour contester que le contradictoire fasse naître de véritables droits de savoir et de

⁸²⁰ H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz-Sirey, 1961, t. 2, p. 175. V. aussi Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préf. J.-C. SAINT-PAU, Dalloz, 2013, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 234 et s.

⁸²¹ O. GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, LGDJ, 1988, Coll. Bibliothèque de droit public ; L. ASCENSI, *Du principe de la contradiction*, préc. ; ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Contradiction, sens 1, principe de la - », *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, 11^e édition, PUF, 2016, Collection Quadrige, p. 258.

⁸²² ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Contradiction, sens 1, principe de la - », *Vocabulaire juridique*, préc., p. 258.

⁸²³ V. par exemple, M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, préc. ; O. GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, préc. ; L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, préc. ; L. ASCENSI, *Du principe de la contradiction*, préc.

⁸²⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, préc., p. 20.

⁸²⁵ O. GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, préc. p. 24.

discuter au bénéfice des parties⁸²⁶, il n'est en revanche pas contesté, comme l'a formulé un auteur, que « *savoir et discuter avant d'être jugé, voilà l'essence du contradictoire* »⁸²⁷. En réalité, il faut sans doute opérer, à la suite de certains auteurs, une distinction entre le contradictoire et la contradiction. Le contradictoire correspondrait à la possibilité de débattre, au débat à l'état de puissance, alors que la contradiction serait à proprement parler l'action de contredire, donc un débat effectif⁸²⁸. De fait, les règles permettant d'offrir aux parties les conditions matérielles de réalisation d'un débat renforcent le principe du contradictoire parce qu'elles rendent possible la contradiction. L'exigence de contradictoire n'est ainsi respectée que pour autant que les parties ont la faculté de savoir et de discuter. Or, s'il a déjà été démontré l'autonomie de la présence à l'égard du contradictoire⁸²⁹, il est cependant indéniable que la présence peut parfois venir au renfort de ce principe. En effet, bien que la présence ne soit pas totalement soluble dans le concept de contradictoire⁸³⁰ il s'avère néanmoins que la présence des parties est à la fois un vecteur d'information (a) et un vecteur de discussion (b).

a- La présence, vecteur d'information

197. Vecteur d'information à l'égard des mesures d'instruction – La présence des parties au cours de certaines opérations procédurales apparaît en premier lieu comme un vecteur d'information des parties, permettant ainsi de mettre en œuvre le principe du contradictoire. Cette fonction de la présence se révèle en particulier dans le cadre de la phase préparatoire du procès, lorsque la présence des parties est organisée au cours de la réalisation des mesures d'instruction.

⁸²⁶ Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préc., n^{os} 231 à 233, pour qui le contradictoire est en réalité source d'une obligation d'information et d'une obligation de ne pas entraver la discussion.

⁸²⁷ L. ASCENSI, *Du principe de la contradiction*, préc. p. 11.

⁸²⁸ En ce sens, v. M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, préc., n^o 5. Et plus récemment L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, préc., n^o 5 ; et du même auteur « La "consécration" du principe du contradictoire par le décret du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile », *D.* 2005, p. 308, et « Le "principe du contradictoire" : nouveau principe directeur du procès ? », *D.* 2005, p. 2537. *Contra*, pour des auteurs n'opérant pas cette distinction, v. E. BLANC, « Principes généraux de la nouvelle procédure civile (Etude analytique des dispositions liminaires du Décret du 9 septembre 1971) », *JCP* 1973, I, 2229 ; L. CADIER, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., n^o 179 ; J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, préc., n^o 292 ; S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, PUF, 2014, Coll. Thémis droit, n^o 204, spéc. p. 381 ; N. FRICERO, P. JULIEN, *Procédure civile*, 5^e éd., LGDJ, 2014, Coll. Manuel, n^o 262 ; P. RAYNAUD, « L'obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction. Les vicissitudes de l'article 16 », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse Université des sciences sociales, 1981, p. 715 et s., spéc. n^o 2.

⁸²⁹ V. *supra* n^o 130.

⁸³⁰ *Ibid.*

198. Extension du contradictoire aux mesures d’instruction – La portée du principe du contradictoire, textuellement réservée par l’article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l’Homme et des libertés fondamentales à l’instance devant un juge⁸³¹, s’est étendue au champ des mesures d’instruction. Ainsi, le principe du contradictoire voudrait que les parties puissent participer à la réalisation des mesures d’instruction et la doctrine ne manque pas de souligner la nécessité du caractère contradictoire de l’expertise⁸³². La mise en œuvre du principe du contradictoire s’illustre ainsi dans les différents contentieux avec une intensité variable.

199. Mesures d’instruction et contradictoire en procédure civile – Le caractère contradictoire des mesures d’instruction est particulièrement remarquable en procédure civile, puisqu’il est prévu explicitement par l’article 160 du Code de procédure civile, lequel dispose que « *les parties et les tiers qui doivent apporter leur concours aux mesures d’instruction sont convoquées, selon le cas, par le secrétaire du juge qui y procède ou par le technicien commis* ». Cette affirmation du caractère général de l’application du contradictoire aux mesures d’instruction se trouve d’ailleurs conjuguée par ce code, à l’égard de chaque mesure particulière. Ainsi, par exemple, s’agissant des vérifications personnelles du juge, le Code de procédure civile précise que « *le juge peut, afin de les vérifier lui-même, prendre en toute matière une connaissance personnelle des faits litigieux, les parties présentes ou appelées* »⁸³³ ; les règles relatives à la comparution personnelle des parties précisent que « *les parties sont entendues en présence l’une de l’autre, à moins que les circonstances n’exigent qu’elles le soient séparément* »⁸³⁴ ; les témoins sont « *entendus en présence des parties ou celles-ci appelées* »⁸³⁵. D’ailleurs, lorsque le code ne précise pas le caractère contradictoire d’une mesure d’instruction particulière, la jurisprudence n’hésite pas à le rappeler au visa de l’article 160, comme elle a pu le faire s’agissant des mesures de constatation⁸³⁶.

200. Mesures d’instruction et contradictoire en contentieux administratif – Le droit du contentieux administratif est assez proche de la procédure civile sur cette question, suivant la jurisprudence du Conseil d’Etat qui a très tôt consacré le caractère contradictoire des mesures d’instruction, par son arrêt *Gleizes* du 4 juin 1920⁸³⁷. Le Conseil d’Etat affirme ainsi qu’ « *au nombre [des] règles générales qui s’imposent même en l’absence d’un texte à*

⁸³¹ CEDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c. France*, req. n° 21497/93, § 33 : *RTD Civ.* 1997, p. 1007, obs. J.-P. MARGUENAUD.

⁸³² V. par ex. J.-P. MARGUENAUD, « Le droit à l’expertise équitable », *D.* 2000, p. 111 ; F. FERRAND, « Le principe contradictoire et l’expertise en droit comparé européen », *RID Comp.* 2000, Vol. 52, n° 2, p. 345.

⁸³³ Art. 179 C. proc. civ.

⁸³⁴ Art. 189 C. proc. civ.

⁸³⁵ Art. 208 C. proc. civ.

⁸³⁶ Cass. Civ. 2^e, 5 mars 2009 : *Bull. civ.* II, n° 66 ; *Procédures* 2009, comm. 135, note R. PERROT.

⁸³⁷ CE, 4 juin 1920, *Gleizes*, *Rec. Lebon*, p. 549.

toutes juridictions figure celle d'après laquelle les résultats d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge ne peuvent lui être soumis avant que les parties aient été mises à même d'en prendre connaissance et de la discuter si elles le jugent opportun ». La doctrine relève d'ailleurs qu' « *en vérité, ce ne sont pas uniquement les résultats des mesures qui sont soumis à la contradiction mais le déroulement des mesures lui-même* »⁸³⁸.

201. Mesures d'instruction et contradictoire en procédure pénale – La position du droit positif en procédure pénale à cet égard est plus ambiguë. Le caractère historiquement inquisitoire de cette procédure a en effet conduit à minimiser l'application du contradictoire lors de la réalisation des mesures d'instruction. La Cour de cassation a affirmé très tôt que « *si l'article 315 du Code de procédure civile*⁸³⁹ *exige que l'expertise soit faite en présence des parties, ou elles dûment appelées, cette disposition est sans application en justice répressive, dont les formalités sont réglées par les articles 43 et 44 du Code de l'instruction criminelle* »⁸⁴⁰. Le principe du contradictoire n'est cependant pas totalement étranger aux mesures d'instruction en la matière. Le caractère contradictoire des expertises a toutefois été renforcé par la loi du 5 mars 2007⁸⁴¹ qui a inséré un article 161-1 dans le Code de procédure pénale, prévoyant que les parties⁸⁴² se voient notifier la décision ordonnant la mesure d'expertise afin de leur permettre dans un délai de dix jours de modifier ou de compléter les questions posées à l'expert ou d'adjoindre à l'expert désigné par le juge un expert de leur choix⁸⁴³. Le principe du contradictoire est toutefois encore limité dans le domaine de l'expertise pénale, puisqu'il ne permet pas un déroulement des opérations d'expertise totalement contradictoire⁸⁴⁴, ces opérations se déroulant en l'absence des parties. Ce principe trouve en revanche des applications ponctuelles plus renforcées à l'égard de certaines mesures comme lors des perquisitions, dans la mesure où « *les opérations [...] sont faites en présence de la personne au domicile de laquelle la perquisition a lieu* »⁸⁴⁵. Néanmoins, si le caractère

⁸³⁸ L. ASCENSI, *Du principe de la contradiction*, préc., n° 489.

⁸³⁹ Il s'agit de l'article 315 de l'Ancien Code de procédure civile.

⁸⁴⁰ Cass., 2 janvier 1858, *S.* 1858, 1, p. 464. V. aussi : Cass., 30 mars 1860 : *Bull. crim.*, p. 151 ; Cass., 15 novembre 1844 : *Bull. crim.*, p. 531 ; Cass., 15 mars 1845 : *Bull. crim.*, p. 168 ; Cass., 16 février 1855 : *Bull. crim.*, p. 84 ; Cass., 12 mars 1857 : *S.* 1857, 1, p. 488.

⁸⁴¹ Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

⁸⁴² Le texte initial réservait cette information aux avocats des parties, mais cette précision a été censurée par le Conseil constitutionnel, à la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité : Cons. const., 23 nov. 2012, QPC n° 2012-284 : *Procédures* 2013, comm. 22, note A.-S. CHAVENT-LECLERE.

⁸⁴³ A propos de cette loi, v. notamment H. MATSOPOULOU, « Renforcement du caractère contradictoire, célérité de la procédure pénale et justice des mineurs.- Commentaire de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale », *Droit pénal* 2007, ét. 6, spéc. n° 10 et s.

⁸⁴⁴ V. en ce sens E. DAOUD, C. GHRENASSIA, « L'expertise à l'épreuve de la contradiction : errare expertum est », *AJ Pénal* 2011, p. 560, qui relèvent que « cette réforme ne suffit pas encore à conférer à l'expertise pénale un caractère véritablement équitable et contradictoire ».

⁸⁴⁵ Art. 57 C. proc. pén.

contradictoire des mesures d'instruction en procédure pénale est exceptionnel⁸⁴⁶, la doctrine ne cesse d'appeler de ses vœux un renforcement de celui-ci⁸⁴⁷.

202. L'information favorisée par la présence des parties au cours des mesures d'instruction – Ainsi, lorsque les mesures d'instruction sont soumises au principe du contradictoire, la faculté est offerte aux parties d'assister à la réalisation de ces mesures⁸⁴⁸ (et donc d'y être présentes). L'organisation du contradictoire se traduit par l'obligation de réaliser ces différentes mesures en présence des parties ou celles-ci appelées, la doctrine interprétant cette condition comme une application du principe du contradictoire⁸⁴⁹. Ainsi, à titre d'exemple, la présence des parties organisée au cours des opérations d'expertise a pour premier effet de leur permettre d'accéder plus directement à l'information dégagée par l'expert au cours de ces opérations. En effet, lorsque les parties sont absentes aux opérations d'expertise, soit que leur présence n'est pas prévue par les textes comme en matière pénale, soit qu'elles ne s'y soient pas rendues, cette information sur les éléments recueillis par l'expert aura lieu quoi qu'il en soit grâce au rapport d'expertise, mais celle-ci sera alors nécessairement obtenue plus tardivement, ce qui peut notamment conduire à réduire le temps laissé aux parties pour construire leur défense. Le constat est d'ailleurs également valable quand bien même les parties seraient régulièrement représentées aux opérations d'expertise. Certes, l'information leur parvient alors par l'intermédiaire de leur représentant, mais la transmission de l'information est sans doute moins parfaite dans cette hypothèse que dans celle d'une acquisition directe de celle-ci au moment où elles assistent aux opérations.

Il pourrait cependant être rétorqué que puisque les textes prévoient que le contradictoire est satisfait dès lors que les parties ont été appelées, leur présence ne participe pas de l'essence du contradictoire. Ainsi, la Cour de cassation a relevé qu'une partie ne peut invoquer le caractère non contradictoire d'une expertise si elle se dérobe aux convocations qui lui sont adressées⁸⁵⁰. Pourtant, la raison d'être de la convocation n'est autre que de permettre aux parties de se rendre présentes lors de la réalisation de l'expertise⁸⁵¹. Si leur présence n'est pas une condition *sine qua non* du respect du contradictoire, c'est seulement parce qu'il ne serait pas admissible de permettre aux parties de bloquer la procédure par leur absence. Mais

⁸⁴⁶ L. ASCENSI, *Du principe de la contradiction*, préc., n° 499.

⁸⁴⁷ V. notamment : CONFLUENCES JURIDIQUES, « Du caractère contradictoire de l'expertise en matière pénale », *Gaz. Pal.*, 17 août 2004, p. 2 ; J.-F. RENUCCI, « L'expertise pénale et la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP G.* 2000, I 227 ; J.-P. MARGUENAUD, « Le droit à "l'expertise équitable" », préc.

⁸⁴⁸ L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, préc., n° 330.

⁸⁴⁹ V. par exemple O. LECLERC, *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, préc., n° 409.

⁸⁵⁰ Cass. Com., 26 février 1980 : *JCP* 1980, IV, 184 ; Cass. Civ. 3^e, 17 novembre 1993 : *JCP* 1994, IV, 157 ; Cass. Civ. 3^e, 5 octobre 1994 : *Bull. civ.* III, n° 162 ; *D.* 1995, *Somm.* 190, obs. A. ROBERT ; *Gaz. Pal.* 1995, I, Pan. 55.

⁸⁵¹ V. *infra* n° 423.

cette convocation n'en a pas moins pour but de leur permettre d'assister à la réalisation de la mesure d'instruction. C'est ce qui dégage nettement en matière d'expertise en contentieux administratif, à travers l'article R. 621-7 du Code de justice administrative, qui dispose que « *les parties doivent être averties par le ou les experts des jours et heures auxquelles il sera procédé à l'expertise ; cet avis leur est adressé quatre jours au moins à l'avance, par lettre recommandée* ». Le délai prévu par le texte est sans aucun doute destiné à permettre aux parties de s'organiser afin de pouvoir se rendre sur les lieux de l'expertise, aux dates et heures indiquées dans la convocation. Par conséquent, le principe du contradictoire est sauf lorsque les parties, bien que dûment convoquées, sont absentes lors de l'expertise, dès lors que cette absence est de leur ressort, qu'elles l'ont choisie, en d'autres termes, qu'elles ont fait le choix de renoncer à l'exercice de leur droit de présence⁸⁵². Il en va différemment si elles n'ont pas été mises en mesure d'exercer ce droit, n'ayant pas été dûment convoquées⁸⁵³. Finalement, l'idée que la présence rend plus effectif le principe du contradictoire repose sur l'observation de la notion même de contradictoire, entendue comme possibilité d'être informé afin de pouvoir débattre efficacement⁸⁵⁴. C'est qu'en effet pour augmenter l'effectivité du contradictoire, il faut accroître ou renforcer les possibilités offertes aux parties d'engager une réelle contradiction en leur facilitant l'accès à l'information et la discussion. C'est précisément ce que permet la présence, puisque celle-ci facilite également la contradiction entendue comme une discussion effective.

b- La présence, vecteur de discussion

203. La présence, vecteur de discussion aux différents stades de la procédure – En plus d'être un vecteur d'information, la présence est sans doute également un vecteur de discussion, garantissant ainsi la mise en œuvre du principe du contradictoire aux différents stades de la procédure. C'est dire que la présence permet de renforcer l'effectivité du principe du contradictoire, en facilitant le dialogue⁸⁵⁵ et par ricochet, en offrant la possibilité d'une contradiction effective, que ce soit lors de la phase préparatoire du procès (α) ou lors de sa phase décisive (β).

⁸⁵² Sur le droit d'être présent, v. *infra* n° 410 et s.

⁸⁵³ V. par exemple Cass. Civ. 1^e, 28 juin 1989 : *Bull. civ.* I, n° 261.

⁸⁵⁴ V. *supra* n° 196.

⁸⁵⁵ V. *supra* n° 190.

α- La présence, vecteur de discussion au stade préparatoire

204. La présence, vecteur de discussion au stade préparatoire – Au stade préparatoire, le lien entre présence et contradictoire est d'ailleurs fait tant par la doctrine⁸⁵⁶, que par la Cour européenne des droits de l'Homme qui relève que l'article 6-1 de la Convention de sauvegarde a été violé si les parties n'ont pas été mises en mesure d'assister à l'expertise répondant à une question ressortissant à un domaine technique échappant à la connaissance des juges⁸⁵⁷. L'importance du caractère contradictoire de l'expertise ne manque d'ailleurs pas d'apparaître si l'on songe que de ce caractère dépendra la possibilité pour le juge d'utiliser l'expertise. Sur cette question⁸⁵⁸, la position de la Cour de cassation ne semble pas totalement arrêtée. A première vue, le sort réservé aux expertises judiciaires réalisées en l'absence des parties ne paraît pas être toujours le même selon les chambres de la Cour de cassation⁸⁵⁹. En 2012, la deuxième chambre civile avait ainsi validé l'utilisation d'une expertise réalisée en l'absence des parties dès lors que celle-ci avait été « *régulièrement versée aux débats et soumise à la discussion contradictoire des parties* »⁸⁶⁰. La troisième chambre civile, quant à elle, a censuré une décision qui avait rendu une expertise opposable à une société qui n'avait été ni appelée ni représentée aux opérations⁸⁶¹. Quant à la chambre commerciale de la Cour de cassation, elle a eu l'occasion d'adopter une position similaire à celle de la deuxième chambre civile en considérant que « *le rapport d'expertise ayant été versé aux et soumis à la discussion contradictoire des parties, c'est sans méconnaître le principe de la contradiction que la cour d'appel s'est déterminée en considération de ce rapport* »⁸⁶². En réalité, comme l'a affirmé la Cour de cassation réunie en chambre mixte, il faut distinguer selon la qualité de celui qui conteste l'utilisation de l'expertise, la contestation de l'expertise par les parties à l'instance étant soumise au régime des nullités des actes de procédure⁸⁶³. Ces décisions sont en tout état de cause assez révélatrices de l'importance de la

⁸⁵⁶ V. spécialement O. LECLERC, *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, préc., n° 409.

⁸⁵⁷ CEDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c. France*, préc., § 36. Cette décision, qui se veut limitée aux questions ne relevant pas du domaine de compétence du juge, a pourtant une portée générale si l'on admet avec un auteur qu'« *il est relativement inhabituel que les juges désignent un expert pour lui poser des questions ressortissant à un domaine technique dont il maîtrise la connaissance, autrement dit pour lui poser des questions dont ils connaissent la réponse* » : J.-P. MARGUENAUD, « Le droit à "l'expertise équitable" », préc.

⁸⁵⁸ Sur laquelle v. également *infra* n° 452, en particulier sur la nature de la sanction des expertises non contradictoires.

⁸⁵⁹ Sur ces hésitations et contradictions, v. L. RASCHEL, « Un an de contentieux des assurances », *Procédures* 2013, n° 5, p. 2, spéc. n° 10 et s.

⁸⁶⁰ Cass. civ. 2^e, 22 nov. 2012, n° 10-26.198 et 10-26.755. V. déjà Cass. civ. 2^e, 8 sept. 2011, n° 10-19.919 : *Bull. civ. II* n° 166 ; *Procédures* 2012, comm. 3, obs. R. PERROT.

⁸⁶¹ Cass. civ. 3^e, 27 fév. 2013, n° 12-13.624 : *RLDC* 2013/104, n° 5107, obs. L. RASCHEL.

⁸⁶² Cass. com., 10 déc. 2013, n° 12-20.252 : *Procédures* 2014, comm. 63, note R. PERROT.

⁸⁶³ Cass. ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-11.381 : *JCP G* 2012, 1200, note S. AMRANI-MEKKI. Et pour des applications du régime des nullités à la contestation des expertises, v. par ex. Cass. civ. 2^e, 31 janv. 2013, n° 11-

présence des parties en tant que vecteur de discussion et donc du contradictoire au stade préparatoire du procès. En effet, s'il est vrai que ces solutions démontrent que la présence n'est pas le seul moyen de satisfaire au principe du contradictoire, elles mettent cependant en lumière l'idée selon laquelle en l'absence des parties lors de la réalisation des opérations d'expertise, ce n'est qu'à la condition que le débat contradictoire soit rétabli que l'expertise pourra être utilisée par le juge. Or, cette exigence démontre qu'il s'agit alors de compenser un défaut de discussion au stade de la réalisation de l'opération d'expertise, défaut de discussion qui résulte directement de l'absence des parties. C'est donc que l'organisation de la présence des parties lors de l'opération d'expertise a bien pour fonction de faciliter la discussion contradictoire. D'ailleurs, c'est cette même solution qui est retenue s'agissant des expertises « privées » encore appelées expertises « officieuses » et non décidées par le juge. Si la valeur probante de ces expertises est déterminée par la présence des parties lors de leur réalisation, le juge ne pouvant se fonder exclusivement sur celles-ci qu'à condition que toutes les parties aient été présentes⁸⁶⁴, il est néanmoins loisible au juge de prendre en compte cette expertise dès lors qu'elle a été ultérieurement soumise à la discussion contradictoire⁸⁶⁵. C'est encore la même logique qui est à l'œuvre en matière pénale, puisque les expertises pénales acquièrent leur caractère contradictoire grâce au fait que les parties retrouvent « *le droit d'en discuter le résultat et de faire valoir des objections* »⁸⁶⁶.

Il pourrait être rétorqué que la discussion est tout aussi bien servie par la représentation des parties au cours des mesures d'instruction que par leur présence en personne. Il n'est pas certain en effet que les parties soient aussi à l'aise que les avocats pour prendre la parole et engager la discussion avec l'expert au cours des opérations d'expertise, dans la mesure où les avocats sont bien plus aguerris à l'exercice. Il est toutefois permis de penser que les parties restent peut-être les mieux à même d'attirer l'attention de l'expert sur certains éléments de fait décisifs dont elles auraient une meilleure connaissance que leur avocat.

La fonction de la présence en tant que vecteur de discussion et donc en tant qu'outil du principe du contradictoire ne saurait en outre se limiter à la phase préparatoire du procès. Il s'avère en effet qu'elle peut également être un vecteur de discussion dans sa phase décisive.

16.035 : *Procédures* 2013, comm. 99, note R. PERROT ; *Dr. et proc.* 2013, p. 55, note N. FRICERO ; Cass. civ. 2^e, 21 mars 2013, n° 12-16.995 ; Cass. com., 10 déc. 2013, préc. Et pour plus de développements, v. *infra* n° 452.

⁸⁶⁴ Cass. com., 19 nov. 2013, n° 12-20.143 ; *RGDA* 2014, p. 129, note R. SCHULZ. Comp. Cass. ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-18.710 ; *Procédures* 2012, comm. 320, R. PERROT ; *JCP G* 2012, 1200, note S. AMRANI-MEKKI ; *Gaz. Pal.* 7-8 déc. 2012, p. 25, note L. RASCHEL. V. aussi L. RASCHEL, « Un an de contentieux des assurances-2013-2014 », *Procédures* 2014, n° 4, p. 2, spéc. n° 10

⁸⁶⁵ Cass. ch. mixte, 28 sept. 2012, préc.

⁸⁶⁶ O. LECLERC, *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 2005, Coll. Bibliothèque de droit privé, n° 407.

β- La présence, vecteur de discussion dans la phase décisive

205. Efficacité variable de la présence – La présence peut également être gage d'effectivité du contradictoire lors de la phase de jugement. Il faut cependant observer que pendant cette phase de la procédure, la corrélation entre présence et contradictoire est d'une intensité variable selon que la procédure envisagée est orale (i) ou écrite (ii).

i. La présence, vecteur de discussion dans les procédures orales

206. Nécessité d'un « débat contradictoire » – La présence s'avère être l'instrument privilégié de l'organisation du principe du contradictoire dans les procédures orales⁸⁶⁷. En effet, dans un sens absolu, l'oralité se définit comme « *le caractère de la procédure qui, ne faisant aucune part aux écritures, repose exclusivement sur de simples échanges verbaux, dont principalement les débats à l'audience* »⁸⁶⁸. Assurer le principe du contradictoire dans de telles procédures implique donc de permettre aux parties de débattre verbalement à l'audience de leurs prétentions et moyens ainsi que de ceux de leurs adversaires. Or la présence des parties leur offre une possibilité concrète de débattre à l'audience, rendant ainsi le jugement contradictoire.

207. Oralité en procédure pénale – Ce lien entre contradictoire et présence des parties s'illustre particulièrement à la lecture de la jurisprudence européenne en matière pénale. C'est en effet parce que la procédure pénale est une procédure par essence orale, que la Cour de Strasbourg a fait à de nombreuses reprises le lien entre la présence de l'accusé et la tenue d'un débat contradictoire à l'audience. Ainsi affirme-t-elle régulièrement que « *l'ensemble des preuves doivent en principe être produites en présence de l'accusé, dans le cadre d'une audience publique et contradictoire* »⁸⁶⁹, que « *les éléments de preuve doivent en principe être produits devant l'accusé en audience publique, en vue d'un débat contradictoire* »⁸⁷⁰, ou encore que « *les éléments de preuve doivent normalement être produits devant l'accusé en audience publique, en vue d'un débat contradictoire* »⁸⁷¹. C'est donc que la

⁸⁶⁷ Sur l'autonomie de la notion de présence à l'égard de l'oralité, v. néanmoins *supra* n° 142 et s.

⁸⁶⁸ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Oralité, sens 1 », *Vocabulaire juridique*, préc. p. 714.

⁸⁶⁹ CEDH, 14 nov. 2000, *Riepan c. Autriche*, req. n° 35115/97, § 40.

⁸⁷⁰ CEDH, 6 déc. 1988, *Barbera, Messegue et Jabardo c. Espagne*, req. n° 10590/83, § 78 ; CEDH, 23 avr. 1997, *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*, req. 21363/93, 21364/93, 21427/93 et 22056/93, § 51 ; CEDH, 20 sept. 1993, *Saïdi c. France*, req. n° 14647/89, § 43 ; CEDH, 7 août 1996, *Ferrantelli et Santagelo c. Italie*, req. n° 19874/92, § 51 ; CEDH, 27 février 2001, *Luca c. Italie*, req. n° 33354/96, § 39 ; CEDH, 17 juil. 2002, *Sadak et autres c. Turquie*, req. n° 29900/96, 29901/96, 29902/96 et 29903/96, § 64. Et récemment CEDH, 23 juin 2015, *Balta et Demir*, req. n° 42628/12, § 37.

⁸⁷¹ CEDH, 26 avr. 1991, *Asch c. Autriche*, req. n° 12398/86, § 27 ; CEDH, 19 déc. 1990, *Delta c. France*, req. n° 11444/85, § 36 ; D. 1991, somm. 213, obs. J. PRADEL ; RTDH 1992, p. 51, note J. SALCE.

présence de l'accusé est organisée dans le but de lui permettre de participer efficacement à la discussion contradictoire.

208. Oralité en procédure civile – Par ailleurs, s'il faut constater que la place de l'écrit ne cesse de s'accroître dans les procédures civiles dites orales⁸⁷², spécialement sous l'effet du décret du 1^{er} octobre 2010 réformant celles-ci⁸⁷³, l'oralité de la procédure persiste tant que « *le juge ne peut être saisi que de ce qui a été formulé à l'audience* »⁸⁷⁴, ou du moins évoqué dans l'hypothèse où les parties choisissent à l'audience de se référer aux prétentions et aux moyens qu'elles auraient formulé par écrit, comme le leur permet désormais l'article 446-1 du Code de procédure civile introduit par le décret du 1^{er} octobre 2010⁸⁷⁵. Ainsi, dans l'hypothèse où les parties se présentent à l'audience, cette présence permet de renforcer le respect du principe du contradictoire. En effet, quand bien même elles s'en remettraient à leurs écritures, et que de ce fait la contradiction effective n'aurait pas lieu, les parties ont bien eu la possibilité concrète de débattre, ce qui renforce le caractère contradictoire du jugement. Il est vrai que l'oralité n'interdit pas la représentation⁸⁷⁶, laquelle n'empêche pas de qualifier le jugement de jugement contradictoire⁸⁷⁷, ce qui tendrait à démontrer que la présence des parties n'est pas le seul moyen d'assurer la contradiction au sein des procédures orales. Néanmoins, il semble qu'elle en reste l'instrument privilégié. Il faut en effet admettre que l'oralité est, au moins historiquement⁸⁷⁸, « *directement liée [...] à la possibilité pour les parties de se défendre seules* »⁸⁷⁹, et que dans cette situation, seule la présence des parties garantira l'effectivité de la contradiction, certains auteurs relevant d'ailleurs que « *beaucoup*

⁸⁷² Sur cette question, v. notamment : E. JEULAND, et S. TRASSOUDAINÉ, « La place de l'écrit dans la procédure orale », *BICC, Hors-série*, 2004, p. 45 ; C. GENTILI, « L'utilisation des écrits dans la procédure civile orale », *LPA* 2001, n° 179, p. 4 ; B. TRAVIER, « Le principe de sécurité juridique et les procédures orales », *Procédures* Mai 2006, ét. 6, p. 4 ; J.-P. REMLY, « Une meilleure prise en compte de l'écrit dans la procédure orale », *Dr. et proc.* 2008, p. 69. V. aussi : J.-L. GILLET, « Faut-il sauver l'oralité ? », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard : Justice et droit du procès*, Dalloz 2010, p. 709. V. également *supra* n° 146.

⁸⁷³ Décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale. Pour un commentaire de ce décret, v. N. FRICERO, « Le décret du 1^{er} octobre 2010 : une oralité sécurisée, une conciliation modernisée », consultable sur : www.conciliateurs.fr/.../decret_1165_du_1er_octobre_2010_synthese_n_fricero.pdf.

⁸⁷⁴ L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, préc., n° 281.

⁸⁷⁵ Pour plus de développements sur cette question, v. *supra* n° 146.

⁸⁷⁶ Pour plus de développements sur cette question, v. *supra* n° 145.

⁸⁷⁷ Art. 467 C. proc. civ.

⁸⁷⁸ Sur les origines de l'oralité en procédure, v. S. SOLEIL, « Oralités et écritures en procès. Regards croisés entre histoire du droit et philosophie du langage », in *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI^e siècle*, actes du colloque organisé à Limoges le 7 mars 2008, PULIM, 2011, p. 25 et s. ; C. BARAILLER, *L'oralité en procédure civile*, dir. N. FRICERO, Thèse (dactyl.), Université de Nice, 2004, n° 23 et s. ; F. REA-SABATIER, *L'oralité en matière prud'homale*, dir. C. ALBIGES, Thèse (dactyl.), Montpellier I, 2007, n° 31 et s. V. également *supra* n° 139.

⁸⁷⁹ L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, préc., n° 281. V. aussi E. JEULAND et S. TRASSOUDAINÉ, « La place de l'écrit dans la procédure orale », préc. ; C. GENTILI, « L'utilisation des écrits dans la procédure orale », préc. ; R. PERROT, *Institutions judiciaires*, 15^e éd., 2012, Montchrestien, n° 570 ; G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, 2^e éd., PUF, 1996, n°s 140 et 183.

de plaideurs préfèrent aujourd'hui se défendre seuls »⁸⁸⁰. Il reste que dans ces procédures dites orales les parties peuvent désormais être autorisées à formuler leurs prétentions par écrit et à être dispensées de se présenter à l'audience⁸⁸¹, la discussion ne se réalisant alors plus grâce à la présence des parties. Mais on peut légitimement s'interroger ici sur la pertinence de la qualification de procédure orale pour ce type de procédure⁸⁸², tant la situation se rapproche alors bien plutôt des procédures écrites, à l'égard desquelles la présence est un vecteur moins efficace de discussion.

ii. La présence, vecteur de discussion dans les procédures écrites

209. Efficacité amoindrie de la présence – A première vue, la présence est beaucoup moins efficace dans sa fonction de mise en œuvre du principe du contradictoire dans les procédures écrites. En effet, la mise en œuvre de la contradiction au sein des procédures écrites se caractérise principalement par la communication des pièces et des conclusions en temps utiles, qui intervient en amont de l'audience des plaidoiries, celle-ci se résumant parfois à un simple dépôt des conclusions⁸⁸³. Il est d'ailleurs significatif à cet égard que s'agissant des procédures écrites, la présence des parties est indifférente à la qualification de jugement contradictoire⁸⁸⁴. Ainsi, dans les procédures civiles écrites avec représentation obligatoire, il suffit que les parties aient constitué avocat pour être considérées comme comparantes. Le jugement ainsi rendu est alors contradictoire⁸⁸⁵ sans que les parties n'aient eu besoin de se déplacer à l'audience. En contentieux administratif, en raison du caractère écrit de la procédure, il n'existe pas de défaut faute de comparaître⁸⁸⁶. La qualification de jugement par défaut, qui ouvre la voie à l'opposition contrairement aux jugements contradictoires, dépend du seul dépôt de mémoire. Ainsi, l'opposition est ouverte à l'encontre des décisions du Conseil d'Etat et des jugements rendus par les cours administratives d'appel⁸⁸⁷ à « *toute personne qui [...] n'a pas produit de défense en forme régulière* »⁸⁸⁸. Même si le défendeur assiste à l'audience, la décision rendue à son encontre sera néanmoins rendue par défaut, dès

⁸⁸⁰ E. JEULAND, S. TRASSOUDAIN, « La place de l'écrit dans la procédure orale », art. préc.

⁸⁸¹ Art. 446-1 C. proc. civ.

⁸⁸² Sur cette question, v. *supra* n° 146.

⁸⁸³ Il est même possible d'aller plus loin en matière civile, puisque l'article 779 al. 3 du Code de procédure civile, introduit par le décret du 28 mars 2005 n° 1678 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom, prévoit désormais qu'à la demande des avocats, le juge de la mise en état peut, avec l'accord, le cas échéant, du Ministère public, autoriser le dépôt des dossiers au greffe, quand il lui apparaît que l'affaire ne requiert pas de plaidoiries.

⁸⁸⁴ V. *supra* n° 133 et s.

⁸⁸⁵ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile- Droit interne et droit de l'Union européenne*, 32^e éd., Dalloz, 2014, Coll. Précis Droit privé, n° 1829.

⁸⁸⁶ V. O. GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, préc., p. 378

⁸⁸⁷ Art. R. 831-1 C. J. A.

⁸⁸⁸ *Ibid.* L'article ajoute cependant « *sauf si celle-ci a été rendue contradictoirement avec une partie qui a le même intérêt que la partie défaillante* ».

lors qu'il n'a pas produit de mémoire en défense⁸⁸⁹. Inversement, les juridictions administratives rappellent régulièrement que le défaut faute de comparaître n'existe pas⁸⁹⁰. Il semble donc de prime abord que la présence n'est que de peu d'utilité pour favoriser le contradictoire au sein de ces procédures.

210. Intérêt persistant de la présence – Ces considérations ne sauraient toutefois emporter la conclusion que la présence n'est d'aucune utilité à l'égard du contradictoire dans les procédures écrites. En effet, même dans ces procédures, la présence des parties est l'occasion pour elles de formuler des observations supplémentaires, sans pouvoir toutefois formuler de nouvelles prétentions ou de nouveaux moyens. Ainsi, la plupart de ces procédures écrites prévoient que les parties peuvent, malgré le caractère écrit de la procédure, formuler des observations orales. En matière civile, par exemple, il est prévu que devant le tribunal de grande instance, les parties peuvent présenter elles-mêmes des observations orales⁸⁹¹. Il est en outre prévu que le juge puisse demander des précisions et éclaircissements aux parties⁸⁹², au besoin en ordonnant la réouverture des débats⁸⁹³. Or, il va sans dire que les parties ne peuvent répondre à ces demandes que si elles sont présentes lors de l'audience. Il apparaît donc qu'en permettant de formuler des observations supplémentaires et des éclaircissements sur certains points du débat, la présence permet de renforcer, dans une certaine mesure, le contradictoire. C'est d'ailleurs la position adoptée par le Conseil d'Etat qui a pu juger à cet égard que la faculté pour le juge de provoquer les explications et éclaircissements des parties, « *loin de violer le principe du caractère contradictoire de la procédure, [...] avait au contraire [...] pour effet d'en assurer le respect* »⁸⁹⁴. Une partie de la doctrine n'a d'ailleurs pas manqué de relever l'intérêt de tels débats, un auteur ayant ainsi affirmé que « *le débat oral devant la juridiction française doit être défendu ; il est l'expression de la liberté qui doit présider à l'expression des droits des parties* »⁸⁹⁵. L'assemblée plénière de la Cour de cassation a par ailleurs consacré le droit à un tel débat oral⁸⁹⁶, bien que seulement de façon incidente⁸⁹⁷. On ne saurait pourtant exagérer ici le rôle de la présence des parties sur l'existence d'un tel débat

⁸⁸⁹ V. A. BEAL, « Voies de rétractation et autres voies de recours hors appel et cassation », *J-Cl. Administratif*, 2013, Fasc. 1108, n° 19. Pour des illustrations, v. CE, Sect., 22 mars 1929, *Société des wagons-foudres*, *Rec. Lebon* 375. S'agissant des juridictions de dommages de guerre, v. CE, Sect., 29 avril 1964, *Poncin*, *Rec. Lebon* 266 ; et s'agissant des juridictions disciplinaires v. CE, Sect., 17 mai 1968, *Andrei*, *Rec. Lebon* 321.

⁸⁹⁰ V. par ex. CE, 5e sous-sect., 25 fév. 2005, n° 224331, inédit.

⁸⁹¹ Art. 441 C. proc. civ.

⁸⁹² Art. 442 C. proc. civ.

⁸⁹³ Art. 444 C. proc. civ.

⁸⁹⁴ CE, 12 oct. 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France* : D. 1979, p. 606, note A. BENABENT ; *RTD Civ.* 1980, p. 145, obs. J. NORMAND.

⁸⁹⁵ G. FLECHEUX, « Le droit d'être entendu », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 149, spéc. p. 159.

⁸⁹⁶ Cass. Ass. pl., 24 nov. 1989 : *JCP G*, 1990, II, 21407, obs. L. CADIET.

⁸⁹⁷ La Cour relève en effet que le faculté pour le juge d'accepter ou de refuser une demande de renvoi relève de son pouvoir discrétionnaire, dès lors que les parties ont été en mesure d'exercer leur droit à un débat oral.

oral, tant celui-ci peut avoir lieu également lorsque les parties comparaissent par mandataire⁸⁹⁸. L'intérêt de la présence des parties elles-mêmes se limite alors à la seule possibilité pour elles de présenter des observations orales ou d'être questionnées par le juge, mais ces hypothèses sont en réalité relativement rares.

211. La présence, outil de mise en œuvre du contradictoire d'une efficacité variable – Il résulte de ces observations que si la présence n'est pas le seul outil de mise en œuvre du contradictoire, ni, toujours, le plus évident, elle permet néanmoins dans certains cas de renforcer l'effectivité de ce principe, avec une efficacité plus ou moins grande selon le type de procédure (orale ou écrite) et selon le stade de la procédure. Ce faisant, la présence est un mode de participation au procès qui peut avoir pour effet de renforcer le principe du contradictoire, comme elle peut permettre de rendre plus effectifs certains droits de la défense garantis spécifiquement en matière pénale.

2- La présence renforçant les garanties de défense spéciales

212. Garanties de défense spéciales – Certains droits de la défense sont plus spécifiques en ce qu'ils n'ont pas vocation à être érigés en principe directeur du droit processuel, et peuvent alors être qualifiés de garanties de défense spéciales.

213. Exemple du droit au témoin – Ainsi, à titre d'exemple, en donnant aux parties les moyens d'organiser une confrontation avec les témoins qui les mettent en cause, la présence permet de renforcer le droit au témoin. Ce droit, ou plus exactement le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins, est reconnu en matière pénale par l'article 6 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qui dispose que tout accusé a le droit d' « *interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge* ». Ce droit au témoin a d'ailleurs été largement consacré par la jurisprudence tant européenne⁸⁹⁹ que nationale⁹⁰⁰. Le droit d'interroger des témoins à décharge est ainsi reconnu même lorsque le témoin a des liens avec le prévenu⁹⁰¹, ce

⁸⁹⁸ V. *supra* n° 145.

⁸⁹⁹ V. par exemple CEDH, 19 déc. 1990, *Delta c. France*, req. n° 11444/85 : D. 1991, somm. 213, obs. J. PRADEL ; RTDH 1992, p. 51, note J. SALCE ; et plus récemment CEDH, 13 avril 2006, *Vaturi c. France*, req. n° 75699/01, § 49.

⁹⁰⁰ Cass. crim. 22 mars 1989, n° 88-84.580 : Bull. crim. n° 144 ; Cass. crim., 22 mai 1996, n° 95-83.923 ; Cass. crim., 26 mars 1998, n° 97-81.214 : D. 1998 p. 151 ; Cass. crim., 27 juin 2001, n° 00-87.414 : Bull. crim. n° 164 ; Rev. sociétés 2001, p. 873, note B. BOULOC ; RSC 2002, p. 339, obs. J.-F. RENUCCI ; RTD com. 2002, p. 180, obs. B. BOULOC. Et encore très récemment Cass. crim., 14 mars 2014, n° 13.81-534 : AJ Pénal 2014, p. 377, obs. L. AUFFRET.

⁹⁰¹ Cass. crim., 14 mars 2014, n° 13.81-534 : AJ Pénal 2014, p. 377, obs. L. AUFFRET.

qui montre son importance, en relation avec le principe d'égalité des armes⁹⁰². Or, le droit pour l'accusé d'interroger les témoins ne s'exerce-t-il pas mieux par la double présence de l'accusé lui-même et du témoin ? D'ailleurs, même lorsque l'accusé fait interroger le témoin par une tierce personne – son conseil –, cette alternative suppose *a minima* la présence du témoin lui-même, ce qui explique que le droit au témoin se concrétise par le droit d' « *obtenir la convocation* » des témoins à charge ou à décharge⁹⁰³. En outre, cette fonction de la présence transparaît à la lecture des textes qui permettent, par exception, de contourner l'exigence de présence du témoin. En effet, il ne faut pas occulter que l'interrogatoire du témoin à l'audience peut, dans certaines circonstances, avoir lieu hors la présence du témoin, notamment dans le cadre de témoignages anonymes, grâce à des procédés techniques. En effet, il importe dans ce cadre de trouver l'équilibre entre la protection des témoins d'une part et le respect des droits de la défense d'autre part. L'arbitrage est alors difficile entre la nécessité de garantir la sécurité des témoins contre d'éventuelles menaces et l'exigence de protéger les droits de la défense, largement entravés par l'impossibilité d'interroger ou de faire interroger un témoin non identifié. Pour cette raison, la loi du 15 novembre 2001⁹⁰⁴ a inséré dans le Code de procédure pénale un vingt-et-unième titre intitulé « *De la protection des témoins* ». L'équilibre est assuré notamment par l'article 706-61 du code qui prévoit la possibilité d'organiser une confrontation avec le témoin par l'intermédiaire d'un dispositif technique permettant l'audition du témoin à distance, ou de faire interroger ce témoin par l'avocat du mis en cause par le même procédé, tout en empêchant l'identification du témoin. La mise en œuvre du droit d'interroger ou de faire interroger le témoin est ainsi assurée par un moyen autre que la présence. Le législateur semble pourtant douter de l'équivalence des deux techniques en termes d'efficacité dans la protection des droits de la défense puisqu'il prohibe les condamnations prononcées sur le seul fondement de témoignages anonymes⁹⁰⁵. En d'autres termes, le législateur admet que la confrontation à distance entre le témoin et le mis en cause est moins protectrice des droits de la défense que la confrontation qui a lieu grâce à une mise en présence des deux individus. La présence facilite en effet l'interrogatoire du témoin en permettant un échange direct qui éprouve de façon efficace sa crédibilité.

⁹⁰² Sur le lien entre droit de convoquer et d'interroger des témoins et le principe d'égalité des armes, v. not. S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, 10^e éd., LexisNexis, 2014, Coll. Manuel, n° 489507 ; B. BOULOC, *Procédure pénale*, préc., n° 116.

⁹⁰³ Sur les contours de ce droit d'obtenir la convocation du témoin, v. *infra* n° 322 et 415.

⁹⁰⁴ Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, qui a été par la suite modifiée et complétée par plusieurs lois successives : la loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 complétant la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité et enfin la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

⁹⁰⁵ Art. 706-62 C. proc. pén.

214. Exemple du droit de participer à son procès – Un autre exemple peut être tiré du droit de participer à son procès en matière pénale, dégagé par la Cour européenne des droits de l'Homme, qui affirme que « *l'article 6, lu comme un tout, reconnaît à l'accusé le droit de participer à son procès* »⁹⁰⁶. Selon la Cour européenne des droits de l'Homme, « *cela inclut en principe, entre autres, le droit non seulement d'y assister, mais aussi d'entendre et suivre les débats* »⁹⁰⁷. Or, la présence des parties au procès leur offre assurément la garantie d'y assister dans la mesure où la signification première de ce terme le tient pour synonyme de la présence⁹⁰⁸. Il est d'ailleurs remarquable que ce soit souvent à l'occasion d'arrêts rendus en matière de visioconférence que ce droit est rappelé par la Cour de Strasbourg⁹⁰⁹. Ce constat témoigne sans doute des difficultés plus grandes qu'il y a à garantir l'effectivité du droit de participer à son procès par ce procédé technique. L'utilisation de cette technique est d'ailleurs encadrée sur le plan des conditions tant juridiques que techniques de sa mise en œuvre⁹¹⁰. C'est qu'en effet le recours à la visioconférence, induisant nécessairement une dissociation des lieux de l'action judiciaire⁹¹¹, diminue l'effectivité de la participation au procès puisque l'individu participant au procès par ce biais est « *isolé de tout ce qui fait l'ambiance d'un procès* »⁹¹².

La présence permet donc de renforcer l'effectivité de certaines garanties procédurales protectrices des droits de la défense. Mais elle permet également de contrôler la mise en œuvre de certaines garanties institutionnelles.

B- La présence, outil de contrôle de garanties institutionnelles

215. La présence comme outil de contrôle de l'impartialité – La démonstration de la participation de la présence à une procédure de qualité passe également par le constat qu'elle permet de contrôler le déroulement du procès, et ainsi de renforcer les garanties institutionnelles du droit à un procès équitable. Spécialement, la présence peut permettre de renforcer l'impartialité du tribunal.

⁹⁰⁶ CEDH, 23 fév. 1994, *Stanford c. Royaume-Uni*, req. n° 16757/90, § 26.

⁹⁰⁷ *Ibid.*

⁹⁰⁸ V. A. REY (dir.), J. REY-DEBOVE (dir.), P. ROBERT (dir.), « assister- sens 1 », in *Le Petit Robert de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, 2014, p. 159.

⁹⁰⁹ V. par ex. CEDH, 5 oct. 2006, *Marcello Viola c. Italie*, req. n° 45106/04 : JCP G 2007, I, 106, n° 10, obs. F. SUDRE ; RTDH 2008, p. 223, note M. CHIAVARO, « La vidéoconférence comme moyen de participation aux audiences pénales » ; CEDH, 9 nov. 2006, *Golubev c. Russie*, req. n° 26260/02 ; CEDH, 25 mars 2008, *Gaga c. Roumanie*, req. n° 1562/02 ; CEDH, 24 avr. 2012, *Haralampiev c. Bulgarie*, req. n° 29648/03, § 30.

⁹¹⁰ V. par ex. les recommandations techniques sur l'utilisation de la visioconférence formulées par le Conseil européen : Recommandations (2015/C 250/01) du Conseil « *Promouvoir le recours à la visioconférence transfrontière dans le domaine de la justice et l'échange de bonnes pratiques en la matière dans les États membres et au niveau de l'Union européenne* », point 22.

⁹¹¹ V. *supra* n° 79.

⁹¹² L. DUMOULIN et C. LICOPPE, *Justice et visioconférence : les audiences à distance : genèse et institutionnalisation d'une innovation*, Mission droit et justice, 2009, p. 193.

216. Présence active et impartialité – Il a déjà été démontré que la présence permet la mise en œuvre du principe du contradictoire⁹¹³, puisque les parties présentes peuvent débattre des arguments soumis aux juridictions. Or, une partie de la doctrine fait observer que contradictoire et impartialité sont étroitement liés. Un auteur relève ainsi qu'« *impartialité et contradictoire s'épaulent mutuellement ; l'une est la condition de l'autre et toutes les deux sont la condition d'une procédure équitable* »⁹¹⁴. En effet, l'on peut remarquer avec un autre auteur que « *la contradiction n'a de sens que dans l'usage qu'en fait le juge, un juge apte à être influencé par un débat nourri de l'opposition des thèses des parties entre elles, d'un juge impartial donc* »⁹¹⁵. Mais s'il est vrai que « *celui qui connaît déjà ne peut, [...] bien mener la dialectique* »⁹¹⁶, la réciproque l'est tout autant puisque celui qui ne mène pas la dialectique et n'entend pas les deux parties ne peut se vanter d'être impartial. C'est qu'en effet le contradictoire permet de se préserver de la partialité du juge qui statuerait sur le seul fondement des dires d'une partie⁹¹⁷. Ce lien qui unit contradictoire et impartialité n'est d'ailleurs pas réservé au seul juge, et s'applique tout autant dans le cadre de l'arbitrage⁹¹⁸ ou encore de la médiation⁹¹⁹. Par conséquent, la présence lorsqu'elle est l'outil de mise en œuvre du contradictoire, est indirectement un outil de renforcement de l'impartialité du tribunal, puisqu'elle permet au juge d'entendre avec le même intérêt les prétentions des différentes parties.

217. Présence passive et impartialité – La présence des parties leur permet en outre d'opérer un contrôle de l'impartialité y compris lorsqu'il s'agit d'une présence silencieuse ou passive.

218. Publicité et impartialité – Afin de comprendre comment la présence des parties, même passive, peut leur permettre d'opérer un certain contrôle de l'impartialité de la juridiction voire de certains auxiliaires de justice, il est nécessaire d'opérer un parallèle avec le principe de publicité de la procédure, qui remplit cette même fonction. C'est qu'en effet, si elles ne se confondent pas, les notions de publicité et de présence sont liées⁹²⁰, dans la mesure où la publicité comme la présence permettent de placer les justiciables en position d'observation de la procédure et donc de contrôle du déroulement de celle-ci. Traditionnellement, le principe de publicité de la procédure, qui implique que le public soit

⁹¹³ V. *supra* n° 197 et s.

⁹¹⁴ L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », *BICC* n° 636, 15 mars 2006, n° 21.

⁹¹⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, « Contradiction », in *Dictionnaire de la Justice* (dir. L. CADIET), PUF, 2004, p. 236.

⁹¹⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, préc., p. 300.

⁹¹⁷ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., n° 177.

⁹¹⁸ L. ASCENSI, *Du principe de la contradiction*, préc., n° 598.

⁹¹⁹ L. ASCENSI, *Du principe de la contradiction*, préc., n° 600.

⁹²⁰ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., n° 195.

mis en mesure d'assister à l'audience de jugement⁹²¹, est présenté par la doctrine comme un élément essentiel de la transparence de la justice⁹²². La Cour européenne des droits de l'Homme elle-même marque le lien entre publicité et transparence de la justice en relevant que la publicité « *par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice [...] aide à réaliser le but de l'article 6-1 : le procès équitable* »⁹²³. Cette exigence peut ainsi être rattachée à l'adage anglais bien connu « *justice must not only be done, but to be seen to be done* ». La jurisprudence, tant au niveau national⁹²⁴ qu'au niveau européen⁹²⁵, a ainsi affirmé que la publicité permet d'éviter les suspicions de partialité des juges. Il faut cependant observer que le principe de publicité n'a pas seulement un effet symbolique destiné à sauver les apparences d'une justice impartiale. La publicité permet également au public d'opérer un contrôle sur la juridiction, une certaine pression, qui « *impose au juge un plus haut degré de rigueur dans la conduite du procès* »⁹²⁶, et qui l'incite ainsi à adopter une position impartiale. Cette idée de contrôle est également mise en avant par la Cour de Strasbourg, qui remarque qu'il s'agit, par la publicité, de « *protéger les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public* »⁹²⁷.

219. Intérêt autonome de la présence à l'égard du principe de publicité – C'est la même logique qui autorise à affirmer que la présence des parties permet le contrôle de l'impartialité de la juridiction. Si cette fonction est déjà assurée par le principe de publicité, la présence garde néanmoins une certaine utilité. En effet, la fonction de contrôle de l'impartialité assurée par la présence se révèle si l'on admet que la présence des parties pourra persister là où le principe de publicité aura pourtant valablement été écarté. Ainsi, la publicité des audiences peut parfois être écartée au profit d'un huis-clos, privant ainsi le public de son pouvoir de contrôle de l'impartialité de la juridiction. Pourtant, cette exception au principe de publicité n'entraîne pas l'absence des parties lors de l'audience, leur présence leur permettant alors d'exercer ce contrôle opéré à l'habitude par le public. Plus encore, un auteur souligne qu'en réalité, seules les parties ont le pouvoir de relever les irrégularités de la procédure afin

⁹²¹ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., n° 190 ; F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 4^e éd., Economica, 2015, n° 422 ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS *et alii*, *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, préc., n° 409 et s.

⁹²² F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, préc., n° 418.

⁹²³ CEDH, 8 décembre 1983, *Pretto c. Italie*, req. n° 7984/77 § 21 ; CEDH, 8 décembre 1983, *Axen c. Allemagne*, req. n° 8273/78, § 25 ; CEDH, 22 février 1984, *Sutter c. Suisse*, req. n° 8209/78, § 26. Pour un exemple plus récent, v. CEDH, 17 décembre 2013, *Nikolova et Vandova c. Bulgarie*, req. n° 20688/04, § 67.

⁹²⁴ CA Douai, 2 octobre 1997, n° 02-10-1997 : *D.* 1997, IR 230.

⁹²⁵ CEDH, 20 janvier 2011, *Vernes c. France*, req. n° 30183/06 : *Procédures* 2011, comm. 93, obs. N. FRICERO.

⁹²⁶ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, préc., n° 418.

⁹²⁷ CEDH, 24 novembre 1997, *Werner c. Autriche*, req. n° 21835/93 : *JCP* 1998, I, 107, obs. F. SUDRE ; *RSC* 1998, p. 393, obs. R. KOERING-JOULIN.

de les voir sanctionnées⁹²⁸. Il faut donc admettre que, dans un système où la partialité de la juridiction est reconnue comme une cause de récusation des magistrats, la présence des parties est un moyen de contrôle de l'impartialité, plus efficace encore que la publicité de la procédure, puisqu'elles seules détiennent le pouvoir de demander cette récusation⁹²⁹, le mandataire ne pouvant en principe⁹³⁰ formuler cette demande qu'à condition de justifier d'un pouvoir spécial⁹³¹. Or, admettre que par principe, il revient à la partie elle-même de formuler une demande de récusation, c'est admettre qu'elle est la plus à même d'apprécier l'impartialité du juge. Cette faculté réservée à la partie de contrôler l'impartialité du tribunal s'explique peut-être en grande partie parce que la théorie de l'impartialité des juridictions repose encore sur la théorie des apparences⁹³² et que c'est à l'égard des parties qu'il importe de préserver ces apparences et de se prémunir comme toute forme de doute les agitant quant à l'impartialité des juridictions. Or, le doute étant une notion éminemment subjective, il ne peut être correctement apprécié que dans la personne du justiciable lui-même.

La présence permet également d'exercer ce contrôle dans les phases de la procédure qui ne sont pas soumises à l'exigence de publicité. Ainsi, la publicité de la procédure se traduit par la publicité des débats et la publicité du jugement, mais reste étrangère, pour une large part, à la phase d'instruction. Or, les acteurs de l'instruction, qu'ils soient juges ou techniciens de la procédure sont concernés par l'exigence d'impartialité. Par exemple, l'expert judiciaire commis par le magistrat instructeur en procédure civile doit accomplir sa mission de façon impartiale⁹³³. La même solution a été retenue par la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui s'est prononcée en faveur de l'annulation de la décision désignant un expert dépendant de l'une des parties⁹³⁴. Pourtant, la réalisation de l'expertise n'est pas ouverte au public, ne permettant pas à celui-ci d'exercer une forme de « pression » et de contrôle sur celui-ci. Dans ces conditions, la présence des parties aux opérations d'expertise permet – ou permettrait⁹³⁵ – sans doute, dans une certaine mesure d'exercer ce contrôle de l'impartialité des techniciens commis par le juge.

⁹²⁸ Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préc., n° 306. L'auteur formule cette remarque à propos des atteintes aux droits de la défense, mais le propos nous semble transposable aux atteintes au principe d'impartialité de la juridiction.

⁹²⁹ Art. 669 C. proc. pén. ; art. 343 C. proc. civ. ; art. R. 721-3 C. J. A.

⁹³⁰ Il faut en effet réserver le cas des actions portées devant la Cour de cassation : art. 343 C. proc. civ.

⁹³¹ Art. 343 al. 2 C. proc. civ. ; art. R. 721-3 C. J. A.

⁹³² Et ce notamment depuis l'arrêt Kress rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH, Grande chambre, 7 juin 2001, *Kress c. France*, req. n° 39594/98). L'utilisation de la théorie des apparences a pu être vivement critiquée par certains auteurs, v. en particulier et à propos de l'arrêt Kress, D. CHABANOL, « Théorie des apparences ou apparence d'une théorie ? », *AJDA* 2002, p. 9.

⁹³³ Art. 237 C. proc. civ.

⁹³⁴ Cass. crim., 25 septembre 2012, n° 12.82-770 : *Dalloz actualité*, 15 oct. 2012, note M. LENA.

⁹³⁵ Puisque les parties n'assistent pas aux opérations d'expertise en procédure pénale : v. *supra* n° 201 et *infra* n° 421.

220. Bilan – En définitive, il apparaît que l'organisation de la présence des parties en droit processuel peut avoir pour finalité de les protéger contre une éventuelle iniquité de la procédure, en renforçant certaines des garanties du procès équitable. En effet, si l'on distingue au sein des garanties du procès équitable les garanties dites procédurales des garanties institutionnelles, il apparaît que la présence est un outil renforçant l'effectivité de chacun de ces types de garanties. Ainsi, il a été démontré que la présence est un outil de mise en œuvre des garanties procédurales de défense, mais également un outil de contrôle de l'impartialité de la juridiction ou du tiers commis par le juge, première des garanties institutionnelles du procès équitable. Ce faisant, la présence des parties en droit processuel contribue à l'organisation en droit processuel d'une procédure de qualité. Par ailleurs, une procédure de qualité doit permettre aux parties de comprendre la décision qui leur sera par la suite opposée. Cela implique donc que la procédure observée soit dotée d'une vertu pédagogique. Or en cela aussi la présence aide à l'amélioration de la qualité de la procédure puisqu'outre sa fonction protectrice, elle remplit également une fonction pédagogique.

§2 : La fonction pédagogique de la présence

221. Notion de pédagogie – Au sens premier du terme, la pédagogie s'entend de « *l'ensemble des méthodes utilisées pour éduquer les enfants et les adolescents* »⁹³⁶. Or, en sciences de l'éducation, deux courants pédagogiques s'affrontent, le premier qui concentre les méthodes pédagogiques sur un ensemble de contenus à délivrer, qui renvoie à l'instruction et qui implique la compréhension de ces contenus, et le second qui concentre les méthodes pédagogiques non pas sur les connaissances à transmettre, mais sur l'évolution de la personne, qui renvoie à la notion d'éducation⁹³⁷. Transposé à la science juridique, le qualificatif pédagogique implique toujours cette double acception : la justice peut assumer une fonction pédagogique à condition qu'elle permette, d'une part, la transmission de connaissances, c'est-à-dire la compréhension des éléments qui ont amené le juge à se prononcer en tel sens plutôt que tel autre et, d'autre part, l'adaptation des individus confrontés à la justice aux exigences de celle-ci, ce qui peut se traduire par l'idée de responsabilisation des parties confrontées à la justice. Il semble cependant que ces deux aspects de la pédagogie et, partant, de la fonction pédagogique de la justice ne peuvent être traités de façon distincte, dans la mesure où en réalité, la dimension « instructive » du caractère pédagogique de la justice n'est que la condition préalable de sa dimension « éducative ». En d'autres termes, le processus de justice

⁹³⁶ V. Encyclopédie Larousse en ligne, « Pédagogie », disponible à l'adresse : <http://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/p%C3%A9dagogic/77774>.

⁹³⁷ V. en ce sens D. HAMELINE, « Pédagogie - Le statut », in Universalis éducation [en ligne] consulté le 30 mai 2016. Disponible sur <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/pedagogie-le-statut/>.

ne peut être bénéfique aux parties qu'à condition que celles-ci comprennent la décision pour pouvoir interioriser son contenu et ainsi se responsabiliser face à l'avenir⁹³⁸.

222. Présence, rituel judiciaire et pédagogie – Or, la présence des parties au cours de certaines audiences est un des mécanismes qui permet à la justice d'assumer sa fonction pédagogique, et ce notamment grâce au rituel judiciaire. Se confronter à la solennité de l'audience est, pour un particulier, source de responsabilisation. En effet, le rituel judiciaire, grâce au *decorum*, « *frappe l'esprit du justiciable et imprime à l'acte de jugement la marque d'un évènement hors du commun* »⁹³⁹. Assister au rituel judiciaire, en étant présent à l'audience, permet donc à la justice de remplir sa fonction pédagogique, puisqu' « *il importe de faire prendre conscience à celui qui est confronté à la justice de l'importance de l'acte qui s'accomplit* »⁹⁴⁰. Or, cette prise de conscience n'est pas mieux servie que par la présence si l'on admet que « *c'est souvent une fois confronté à la salle d'audience que le justiciable prend conscience de la règle, et particulièrement de l'interdit* »⁹⁴¹. Cette réflexion est révélatrice de la nécessité qui existe en matière pénale de faire comparaître les parties et en particulier la personne poursuivie pour lui faire prendre conscience de cet interdit. C'est la raison pour laquelle la représentation du mis en cause est encadrée⁹⁴², l'encadrement étant d'ailleurs proportionnel à la gravité de l'infraction, puisque la représentation est largement admise en matière contraventionnelle⁹⁴³, plus encadrée en matière délictuelle⁹⁴⁴ et interdite en matière criminelle⁹⁴⁵.

223. Exemples en droit des mineurs – Cette fonction pédagogique de la présence s'illustre particulièrement en droit des mineurs. L'article 10-1 de l'ordonnance du 2 février 1945 relative aux mineurs délinquants prévoit dans sa version réformée par la loi du 10 août 2011⁹⁴⁶ que « *lorsque les parents et représentants légaux du mineur poursuivi ne défèrent pas à la convocation à comparaître devant un magistrat ou une juridiction pour mineurs, ce magistrat ou cette juridiction peut, d'office ou sur réquisition du ministère public, ordonner*

⁹³⁸ V. en ce sens C.-J. GUILLERMET, *La motivation des décisions de justice : La vertu pédagogique de la justice*, L'Harmattan, 2006, p. 50 qui considère que « *la responsabilisation est un phénomène anticipatoire acquis par l'individu selon un processus instructif* ».

⁹³⁹ F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, préf. D. THOMAS, LGDJ, 2009, Coll. Bibliothèque de sciences criminelles, n° 86.

⁹⁴⁰ *Ibid.*

⁹⁴¹ F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, préc., n° 67.

⁹⁴² V. *infra* n° 371.

⁹⁴³ Lorsque la contravention n'est passible que d'une peine d'amende, le prévenu peut se faire représenter : art. 544 C. proc. pén.

⁹⁴⁴ Art. 411 C. proc. pén.

⁹⁴⁵ Art. 317 et s. proc. pén.

⁹⁴⁶ Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs.

qu'ils soient immédiatement amenés par la force publique devant lui ou devant elle pour être entendus ». Ce renforcement du caractère obligatoire de la comparution des parents dans les procédures pour mineurs reflète la volonté du législateur de les impliquer davantage dans cette procédure afin de les responsabiliser quant à l'éducation qu'ils entendent offrir à leur enfant⁹⁴⁷. La fonction de responsabilisation de cette présence des parents apparaît d'autant plus à la lecture des sanctions du défaut de comparution en la matière. La loi du 10 août 2011 a en effet ajouté à l'amende prévue la possibilité de condamner les parents qui ne défèrent pas à un stage de responsabilité parentale, peine qui a, selon l'article R. 131-48 du Code pénal, pour objet de rappeler au condamné les obligations juridiques, économiques, sociales et morales qu'implique l'éducation d'un enfant. Cette peine est donc délibérément tournée vers l'avenir dans le but de responsabiliser les parents. L'objectif de la sanction est ici en adéquation avec l'objectif de l'obligation dont la violation a entraîné le prononcé d'une telle peine, à savoir la responsabilisation des parents.

La fonction pédagogique de la présence n'est d'ailleurs pas limitée à la matière pénale, puisque l'on peut observer qu'elle trouve également à s'exercer dans les procédures d'assistance éducative suivies devant le juge des enfants. En effet, l'article 1182 du Code de procédure civile dispose que dans le cadre de cette procédure, le juge des enfants entend, notamment, « *chacun des parents* ». Cette audition des parents, qui ne peut évidemment s'accomplir qu'en leur présence, est résolument organisée dans un but pédagogique d'accompagnement des parents puisque c'est là la raison d'être de cette procédure⁹⁴⁸.

224. Recul de l'organisation à but pédagogique de la présence – L'organisation de la présence des parties dans un but pédagogique semble pourtant ces dernières années faire l'objet d'une désaffection par le législateur.

Un exemple peut en être donné par la procédure de rétablissement personnel en droit du surendettement introduite par la loi du 1^{er} août 2003⁹⁴⁹ et réformée par une loi du 1^{er} juillet 2010⁹⁵⁰. Cette procédure a inséré dans notre droit positif un véritable « *droit à l'effacement des dettes* »⁹⁵¹ qui n'implique peut-être pas suffisamment dans la procédure le particulier qui en bénéficie. En effet cette procédure, qui se dédouble depuis la loi du 1^{er} juillet 2010 en une procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire⁹⁵² et une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire⁹⁵³, n'impose pas aux parties de se

⁹⁴⁷ En ce sens, v. P. BONFILS, « La réforme du droit pénal des mineurs par la loi du 10 août 2011 », *D.* 2011, p. 2286, n° 17 ; P. PEDRON, « Mineur délinquant. – Juridictions de jugement spécialisées pour mineurs. – Mesures et sanctions éducatives », *J.-Cl. Pénal Code*, 2012, Fasc. 10-30, n° 25.

⁹⁴⁸ En ce sens, v. C. NEIRINCK, « Enfance », *Rép. D. droit civil*, 2015, n° 110.

⁹⁴⁹ Loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine.

⁹⁵⁰ Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation.

⁹⁵¹ S. PIEDELIEVRE, « Le droit à l'effacement des dettes », *Deffrénois* 2004, p. 14.

⁹⁵² Art. L. 332-5 et s. C. conso.

⁹⁵³ Art. L. 332-6 et s. C. conso.

présenter devant le juge. La procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire recommandée par la commission du surendettement fera simplement l'objet d'une homologation par le juge pour conférer force exécutoire à cette recommandation qui a lieu sans débat⁹⁵⁴. S'agissant de la procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire des biens du débiteur, la présence de celui-ci n'est pas non plus obligatoire puisque l'article L. 332-6 du Code de la consommation, qui prévoit la convocation du débiteur, dispose que le juge entend le débiteur « *s'il se présente* », ce qui signifie que la présence de celui-ci est indifférente. C'est ainsi l'interprétation qu'en a retenu la Cour de cassation dans un arrêt du 20 janvier 2014⁹⁵⁵ où elle affirme que l'obligation de comparution du débiteur prévue par l'article L. 331-3 du Code de la consommation ne s'applique qu'à la commission de surendettement et non au juge d'instance, qui ne peut par conséquent tirer aucune conséquence de l'absence du débiteur à l'audience. Cette simple faculté pour le débiteur de se présenter, adoptée dans le principal souci de rationaliser la procédure de surendettement des particuliers, est cependant critiquable. Comment en effet considérer que le particulier puisse mettre à profit la deuxième chance qui lui est offerte⁹⁵⁶ s'il n'en prend pas véritablement conscience ? Il y a là sans doute une déresponsabilisation des parties⁹⁵⁷ qui découle de leur absence, d'autant que si la commission de surendettement recommande un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire elle n'a pas à obtenir l'accord du débiteur⁹⁵⁸, et n'a par conséquent pas à le convoquer. Ici, le débiteur participe à la procédure simplement en saisissant la commission de surendettement *ab initio* et en étant informé au cours de la procédure, afin qu'il puisse contester les recommandations faites par la commission⁹⁵⁹. Or, cette seule information n'a pas de valeur suffisamment pédagogique, puisqu'elle pourrait laisser à penser que la procédure de rétablissement personnel est une formalité destinée à pouvoir repartir à zéro. Au contraire, une convocation du débiteur systématique aurait pu permettre de lui faire prendre conscience de l'importance de la procédure.

⁹⁵⁴ Art. L. 332-5 C. conso.

⁹⁵⁵ Cass. civ. 2^e, 30 janvier 2014 : *Bull. civ.* II, n° 32 ; *D. actu*, 12 fév. 2014, obs. V. AVENA-ROBARDET, « Rétablissement personnel : présence non obligatoire du débiteur devant le juge » ; *D.* 2014, p. 1722, obs. T. VASSEUR, E. DE LEIRIS et H. ADIDA-CANAC ; *JCP E* 2014, p. 1106 ; *RLDA* 2014, p. 91 ; *Rev. proc. coll.* 2014, comm. 43, obs. S. GJIDARA-DECAIX.

⁹⁵⁶ L'expression de « seconde chance » à propos du rétablissement personnel, qui entraîne l'effacement des dettes, est ainsi fréquemment adoptée par la doctrine : v. F. SAUVAGE, « Procédure de rétablissement personnel : une seconde chance pour la communauté des époux ? », *RJPF* 2004, p. 6 et s. ; J.-L. BORLOO, « Une seconde chance pour les ménages surendettés », *AJ Famille* 2003, p. 328 ; S. SCHILLER, « L'effacement des dettes permet-il un nouveau départ ? Comparaison franco-américaine », *RID comp.* 2004, p. 655.

⁹⁵⁷ Même s'il apparaît aujourd'hui que la majorité des dossiers de surendettement relèvent d'un surendettement « passif » dû à l'insuffisance des ressources, et non à une attitude inconséquente face au crédit. Un auteur relève ainsi que « *les situations de surendettement se sont multipliées en raison de la persistance de la crise économique, de la baisse de l'inflation qui obligeait les emprunteurs, principalement dans le domaine immobilier, à payer des intérêts très élevés [...]* » (S. PIEDELIEVRE, « Surendettement », *Rép. D. proc. civ.* 2016, n° 8. Le surendettement est donc loin d'être seulement la conséquence de comportements irréflectés).

⁹⁵⁸ La raison en est que cette procédure est nécessairement favorable au débiteur.

⁹⁵⁹ Art. 332-2 C. conso.

La même désaffection pour la fonction pédagogique de la présence peut d'ailleurs s'observer à la marge en matière pénale. La réforme récente de la procédure pénale a en effet modifié certaines dispositions relatives à la présence de la personne poursuivie. D'abord, il sera désormais possible de prononcer une peine de travail d'intérêt général en l'absence de la personne condamnée alors que telle n'était pas le cas avant⁹⁶⁰. Si la volonté du législateur est à l'évidence d'alléger les procédures en permettant de prononcer cette mesure y compris en l'absence de la personne condamnée lorsqu'elle a donné son accord, il est néanmoins permis de penser que ce recul de la présence est regrettable car il réduit les possibilités offertes au condamné de comprendre le sens de cette mesure et de l'accepter en pleine connaissance de cause. Un autre exemple peut être tiré de la réforme récente de la procédure pénale qui a modifié le régime de la procédure de défaut en matière criminelle. Désormais, cette procédure n'est plus applicable lorsque l'accusé était présent au moment de son interrogatoire sur les faits et sur sa personnalité mais absent au cours de la suite des débats⁹⁶¹. Cette modification du domaine de la procédure de défaut criminel tend à montrer qu'aux yeux du législateur, l'intérêt de la présence de l'accusé réside bien plus dans la fonction heuristique de cette présence que dans sa fonction pédagogique, ce qui est sans doute regrettable au regard des enjeux de la procédure criminelle.

225. Bilan – Malgré ces derniers éléments, la présence doit néanmoins être considérée comme un outil pertinent pour la poursuite d'une fin pédagogique de la justice, qui permettra aux parties de mieux comprendre la décision de justice qui leur est opposée, et partant de mieux l'accepter, œuvrant ainsi dans le sens du développement de la paix sociale. L'acceptation de la décision par les parties est en effet un facteur sans doute déterminant de la légitimité de la décision, légitimité qui ne peut exister qu'à condition que la procédure ayant permis d'aboutir à la décision de justice soit de qualité suffisante. Or, la présence des parties, mais également des autres acteurs du procès, participe à la recherche de cette qualité de la procédure d'une part en favorisant la protection des intérêts des parties, et d'autre part en leur permettant de mieux recevoir la décision de justice et ainsi d'en tirer bénéfice.

⁹⁶⁰ Les articles 106, 107 et 109 de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale ont en effet réécrit les articles 131-5-1, 131-8 et 132-54 du Code pénal.

⁹⁶¹ Art. 379-2 *in fine* C. proc. pén., réécrit par l'article 91 de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016.

Conclusion du chapitre 1

226. Utilité sociale de la présence en droit processuel – A l’issue de ces réflexions, il apparaît que la présence possède bien une utilité sociale, en ce qu’elle permet de s’approcher, aux côtés d’autres principes de droit processuel, de l’idéal de justice, ce qui affirme encore davantage sa légitimité en tant qu’élément du droit processuel.

227. Contribution à la qualité de la solution – D’abord, la présence en droit processuel a pour fonction de faciliter la recherche d’une solution de qualité. L’une des fonctions de la justice étant le maintien de la paix sociale, la légitimité et la qualité de la décision dépendent de son degré d’acceptabilité par les parties. Or, deux types de solution sont susceptibles de satisfaire les parties et ainsi d’optimiser le degré d’acceptabilité de ladite solution. D’abord, les parties seront enclines à accepter une solution qu’elles ont elles-mêmes contribué à élaborer, au terme d’un processus de négociation. A cet égard, il est apparu que la présence impliquant par nature l’immédiateté des relations permettait de créer un climat propice à la discussion nécessaire à l’aboutissement du processus de négociation. Ensuite, dans l’hypothèse où la négociation n’est pas possible (soit parce que les parties ne le peuvent pas, soit parce qu’elles ne le veulent pas), la décision sera d’autant plus acceptée qu’elle repose sur un fondement véridatif. Or, la vérité dont il s’agit relève de la vérité subjective bien plus que d’une vérité substantielle. Par conséquent, pour parvenir au plus près de cette vérité subjective, la présence des différents acteurs du procès qui la détienne semble être un outil des plus efficaces, puisqu’elle permet la confrontation des différentes versions, jusqu’à ce qu’il ne reste plus du discours initial que la vérité subjective, devenue vérité la plus vraisemblable, c’est-à-dire celle qui a résisté à l’épreuve de la confrontation.

228. Contribution à la qualité de la procédure – Cependant, la qualité de la solution adoptée à l’issue de la procédure n’est pas le seul critère de légitimité de la décision. En effet, dans le cadre des processus juridictionnels qui visent à trancher un litige entre deux parties qui s’affrontent, la solution retenue est nécessairement plus favorable à l’une qu’à l’autre. Par conséquent, la partie qui succombe aura *a priori* plus de difficultés à accepter cette décision que la partie qui triomphe. Partant, il est nécessaire de garantir également la qualité de la procédure afin que la décision qui en découle puisse bénéficier d’une meilleure légitimité. Les parties (de même, d’ailleurs, que le corps social dans son ensemble) sont sans doute plus enclines à accepter et respecter une solution adoptée au terme d’une procédure elle-même juste. Or il s’avère qu’en la matière également la présence est utile, à travers sa participation au respect du modèle du procès équitable. Sans être le seul moyen de mise en œuvre des garanties procédurales qui doivent être offertes aux parties, elle en est en effet un outil efficace en ce qu’elle permet aux parties d’obtenir à la fois une meilleure information et des possibilités concrètes de discussion dans l’optique de satisfaire au contradictoire. La présence

des parties, organisée en même temps que celle des témoins, permet également une confrontation plus efficace des points de vue et renforce aussi le droit au témoin reconnu aux parties en matière pénale. En outre, la présence des parties peut conduire à renforcer le degré d'acceptabilité de la décision par les parties, y compris en cas d'échec, grâce à sa fonction pédagogique. Etre présentes lors de l'audience ainsi que lors du prononcé du jugement peut en effet conduire les parties à mieux comprendre le contenu de la décision qui leur est opposée, mais également à se l'approprier, en quelque sorte de l'intérioriser pour en tirer les leçons, pour se responsabiliser face à l'avenir.

229. Identification des finalités de la présence en droit processuel- En définitive, les finalités de la présence en droit processuel s'illustrent particulièrement dans la poursuite de l'idéal de justice, puisque ce mode de participation à la procédure contribue autant à la qualité de la décision qu'à celle de la procédure. La présence s'inscrit donc pleinement dans le mouvement de fondamentalisation du droit processuel puisqu'elle contribue efficacement au renforcement de certaines garanties découlant du droit au procès équitable et, plus largement, à la qualité de la Justice. Partant, la légitimité de la présence s'affirme encore un peu plus. Cela étant, le droit processuel s'inscrit aujourd'hui dans une perspective à la fois juridique et économique puisqu'il ne peut rester totalement étranger aux considérations matérielles qui contraignent le budget de la Justice aujourd'hui. Pour cette raison, une étude complète des enjeux de l'organisation de la présence en droit processuel implique, après avoir porté l'intérêt sur les fonctions juridiques de la présence, d'étudier ses enjeux économiques.

Chapitre 2 :

Les enjeux économiques de la présence en droit processuel

230. Apposition progressive de la logique économique sur le droit – L'ensemble des finalités de la présence précédemment envisagées semble ancrer cette notion dans la recherche de l'équité procédurale. Cependant, alors qu'historiquement le droit et la justice étaient préservés d'une logique purement économique, l'approche économique du droit⁹⁶² apparaît désormais à certains « *inélucltable* »⁹⁶³, tant elle a désormais rattrapé la justice⁹⁶⁴. Ce faisant, l'économiste est venu apposer sa marque sur le système judiciaire⁹⁶⁵, en lui imposant son vocabulaire – peut-être de façon excessive⁹⁶⁶ – et ses objectifs, au premier rang desquels la recherche de l'efficacité. C'est qu'en effet un double mouvement est venu bouleverser l'économie de la justice, imputable d'une part à la raréfaction des ressources de l'Etat due à la crise financière de l'Etat providence et d'autre part au développement à grande échelle du besoin de justice dans les sociétés démocratiques⁹⁶⁷. Ces deux lignes de tension ont conduit tant les économistes⁹⁶⁸ que les juristes⁹⁶⁹ à s'intéresser davantage à la question de l'efficacité,

⁹⁶² Introduite en France par un colloque tenu à Aix-en-Provence et publié en 1987 dans la Revue de droit prospectif : v. en particulier E. MACKAAY, « Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ? », *RRJ* 1987, p. 419 ; J.-Y. CHEROT, « Trois thèses de l'analyse économique du droit. Quelques usages de l'approche économique des règles juridiques », *RRJ* 1987, p. 443 ; J. GARELLO, « Droit et économie : quels droits ? Quelle économie ? », *RRJ* 1987, p. 623.

⁹⁶³ A. GARAPON, « Vers une nouvelle économie politique de la justice ? Réactions au rapport remis au Garde des Sceaux par Jean-Marie Coulon sur la réforme de la procédure civile », *D.* 1997, p. 69.

⁹⁶⁴ L'analyse économique du procès trouve ses sources dans les travaux de l'économiste Ronald Coase, et en particulier dans son article intitulé « *The Problem of Social Cost* » publié dans la revue *Journal of Law and Economics* à l'Université de Chicago. Depuis, les analyses économiques du procès se sont développées principalement autour de deux axes : l'analyse économique du choix de recourir à la justice et la question de l'efficacité de la justice. Pour des précisions sur ces deux branches, v. not. B. DEFFAINS, « Approche économique de la justice », *Recherche droit et justice* 2011, n° 36, p. 5 ; « Introduction à l'analyse économique des systèmes juridiques », *Revue économique* 2007, p. 1149 ; « Economie de la justice », in *Dictionnaire de la Justice* (dir. L. CADIET), PUF, 2004, p. 398. Les deux axes apparaissent cependant très liés puisque, pour rationaliser les procédures et l'institution judiciaire, l'analyse économique s'appuie sur l'étude des comportements individuels au niveau microéconomique.

⁹⁶⁵ Ce chapitre étant relatif à une analyse dépassant la sphère juridique du système processuel, le terme de « judiciaire » sera ici employé dans son sens large, au sens sociologique du terme, pour appréhender le phénomène judiciaire dans sa globalité comme « *ce qui donne lieu à l'activité spécifique d'un juge, que ce soit juge administratif ou juge de l'ordre judiciaire, que ce soit juge pénal ou juge civil* » (définition empruntée à J. CARBONNIER, *Sociologie juridique- Partie spéciale : Le procès et le jugement*, Paris, Association corporative des étudiants en droit, cours sténotypé, 1961-1962, p. 150).

⁹⁶⁶ A. LYON-CAEN, « L'économie des juges », in *Frontières des droits, critique du droit : Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lockak*, LGDJ, 2007, p. 261.

⁹⁶⁷ A. GARAPON, « Vers une nouvelle économie politique de la justice ? Réactions au rapport remis au garde des Sceaux par Jean-Marie Coulon sur la réforme de la procédure civile », art. préc.

⁹⁶⁸ V. par ex., B. DEFFAINS, D. DEMOUGIN, C. FLUET, « Economie des procédures judiciaires », *Revue économique* 2007, p. 1265 ; B. DEFFAINS, « Approche économique de la justice », art. préc. ; C. FLUET, « L'analyse économique des règles de procédure », *Recherche droit et justice* 2011, n° 36, p. 8.

⁹⁶⁹ V. par ex. L. CADIET, « Efficacité versus équité ? », in *Mélanges Jacques van Comperolle*, Bruylant, 2004, p. 25 ; G. CANIVET, « Du principe d'efficacité en droit judiciaire privé », in *Le juge entre deux millénaires* :

voire de l'efficience de la justice. Si les deux termes sont parfois présentés comme synonymes⁹⁷⁰, il est cependant possible de les distinguer par une différence de degré en arguant avec un auteur que l'efficacité est le caractère de ce qui produit l'effet qu'on en attend, alors que l'efficience est « *un degré supérieur dans la perception économique car elle désigne la possibilité d'obtenir un maximum de résultats par un minimum de moyens* »⁹⁷¹. Certains auteurs semblent préférer l'emploi du terme efficacité⁹⁷², mais il nous semble cependant que le terme d'efficience soit ici le plus approprié. En effet, l'insertion de la logique économique dans l'appréhension de la justice et du droit processuel repose précisément sur les lignes de tension dégagées par la confrontation entre un « *besoin de plus en plus infini [qui] rencontre des ressources de plus en plus finies* »⁹⁷³. C'est donc précisément la recherche des possibilités d'obtenir un maximum de résultats – pour répondre au besoin de justice de plus en plus grand – par un minimum de moyens – pour prendre en compte la diminution des ressources de l'Etat – qui répond à cette logique, c'est-à-dire la recherche de l'efficience de la justice⁹⁷⁴. Or, « *l'effort contemporain de rationalisation des procédures juridictionnelles* »⁹⁷⁵ fourni par le législateur témoigne de cette recherche d'efficience de la justice et des procédures, de même que l'introduction d'une « rationalité de type managérial » traduisant l'influence du *New Public Management*⁹⁷⁶ dans notre système judiciaire. Ainsi, l'utilisation de l'analyse économique par la science juridique invite à chercher à atteindre l'objectif de rationalisation de la procédure, en tendant vers une diminution des coûts de la

Mélanges offerts à Pierre Drat, Dalloz, 2000, p. 243. Et plus spécifiquement, v. S. AMRANI-MEKKI, « Efficacité et nouvelles technologies », *Procédures* 2010, doss. 5 ; G. CANIVET, « Economie de la justice et procès équitable », *JCP G* 2001, I, 361.

⁹⁷⁰ V. A. REY (dir.), J. REY-DEBOVE (dir.), P. ROBERT (dir.), « efficience », in *Le Petit Robert de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, 2014, p. 825. L'efficience y est définie comme « l'efficacité, la capacité de rendement ».

⁹⁷¹ S. AMRANI-MEKKI, « Efficacité et nouvelles technologies », art. préc.

⁹⁷² V. S. AMRANI-MEKKI, « Efficacité et nouvelles technologies », art. préc. ; L. CADIET, « Efficience versus équité », art. préc., n° 5 : l'auteur emploie le terme d'efficience mais remarque qu'« *il suffirait de parler d'efficacité* ».

⁹⁷³ A. GARAPON, « Vers une nouvelle économie politique de la justice ? », art. préc.

⁹⁷⁴ Egalement en ce sens, v. E. JEULAND, *Droit processuel général*, 3^e éd., LGDJ, 2014, Coll. Domat droit privé, n° 259.

⁹⁷⁵ L. CADIET, « Efficience versus équité ? », art. préc., n° 7.

⁹⁷⁶ Sur ce point, v. C. VIGOUR, « Justice : l'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques », *Droit et société* 2006/2, p. 425 et s., spéc. p. 436 ; E. COSTA, « Des chiffres sans les lettres – La dérive managériale de la juridiction administrative », *AJDA* 2010, p. 1623 ; G. DEHARO et A. SAUVIAT, « L'ambiguïté managériale », in *Mieux administrer pour mieux juger* (dir. L. CADIET, J.-P. JEAN et H. PAULIAT), IRJS Editions, 2014, Coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, p. 69 et s., spéc. p. 72 ; B. FRYDMAN, « Le management comme alternative à la procédure », in *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges* (dir. B. FRYDMAN et E. JEULAND), Dalloz, 2011, Coll. Thèmes et commentaires, p. 101 et s. ; L. CADIET, « La théorie du procès et le nouveau management de la justice : processus et procédures », in *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, préc., p. 111. Pour des considérations plus générales sur le nouveau management public, v. B. GUY PETERS, « Nouveau management public (*New Public Management*) », in *Dictionnaire des politiques publiques* (dir. L. BOUSSAGUET, S. JACQUOT, P. RAVINET), Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.) « Références », 2014 (4^e éd.), p. 398-404 ; C. NIECK, « Nouvelle gestion publique », in *Dictionnaire d'administration publique* (dir. N. KADA, M. MATHIEU), PUG, 2014, Coll. Droit et action publique, p. 347.

justice pour l'Etat, la méthode adéquate consistant à comprendre les comportements des agents impliqués pour tenter de les influencer. A première vue, la logique de rationalisation des coûts des procédures s'intéresse surtout aux coûts supportés par l'Etat. Plus encore, certaines analyses économiques tendent à démontrer que l'augmentation des coûts pour les parties entraîne une augmentation du recours aux modes alternatifs de règlement des litiges et donc une diminution du nombre des actions en justice⁹⁷⁷, avec cette conséquence de faire baisser le coût de la justice pour l'Etat. Il ne faudrait ainsi pas mettre sur le même plan la recherche de la diminution des coûts supportés par l'Etat, objectif principal, et la recherche de la diminution des coûts supportés par les parties, puisque cette diminution pourrait pervertir la logique de diminution des coûts supportés par l'Etat. Des coûts importants pour les parties ne seraient donc pas un obstacle à l'efficacité des procédures. Pourtant, il nous semble que sans remettre cette analyse en cause, cet argument n'est pas suffisant pour exclure l'analyse du coût de la présence supporté par les parties de l'analyse économique des procédures en général et de la présence en particulier. En effet, l'on peut supposer que dans un modèle construit sur le long terme, le coût supporté par les parties est sans incidence, du moins significative, sur le taux de saisine des juridictions : en effet, si l'augmentation des coûts pour les parties entraîne bien à court terme une diminution du taux de saisine, et ainsi une augmentation du « rendement » de la justice, cette amélioration de l'efficacité de la justice pourrait sur le long terme augmenter l'attractivité de la justice par rapport aux autres modes de règlement des litiges, et donc faire remonter le taux de saisine. Par conséquent, si le coût supporté par les parties est sans incidence à long terme sur celui supporté par l'Etat, un système idéal voudrait que la justice soit rendue à moindre coût à la fois pour les parties et pour l'Etat. En outre, dans un contexte juridique où l'action en justice ne peut être entravée par des obstacles financiers⁹⁷⁸, le coût supporté par les parties ne peut être négligé. Le recours à l'analyse économique doit donc conduire à porter intérêt simultanément au coût de la justice pour l'Etat et pour les parties.

231. Analyse de la présence au regard de l'efficacité procédurale – Ainsi, si les deux principes d'efficacité et d'équité ne sont pas véritablement inconciliables⁹⁷⁹, la logique gestionnaire et la rationalisation des procédures prennent une place de plus en plus importante dans l'esprit des juristes en général et dans celui du législateur en particulier⁹⁸⁰. Il est vrai que

⁹⁷⁷ V. sur cette question, B. DEFFAINS, « Approche économique de la justice », art. préc.

⁹⁷⁸ V. *infra* n° 280.

⁹⁷⁹ Sur ce point, v. L. CADIET, « Efficacité *versus* équité », art. préc., ; G. CANIVET, « Economie de la justice et procès équitable », art. préc.

⁹⁸⁰ V. ainsi les différents rapports et réformes qui se succèdent et qui visent tantôt la célérité de la justice (J.-C. MAGENDIE, « Célérité et qualité de la justice : la gestion du temps dans le procès », Rapport remis au Garde des Sceaux, La documentation française, 2004 ; J.-C. MAGENDIE, « Célérité et qualité de la justice devant les Cours d'appel », Rapport dit Magendie II remis au Garde des Sceaux, La documentation française, 2008), tantôt la simplification des procédures (V. par exemple Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de

le souci d'efficacité n'est pas nouveau⁹⁸¹ mais il prend une place particulière ces dernières années, ce qu'illustre parfaitement le rapport *Doing business* établi par la Banque mondiale tous les ans depuis 2002 en prenant en compte parmi les indicateurs l'efficacité des tribunaux⁹⁸². Cette prise en compte de l'efficacité de la justice est notamment mise en lumière par l'adoption de la loi organique relative aux lois de finances de 2001⁹⁸³, qui s'inscrit dans une « *logique managériale* »⁹⁸⁴ en remplaçant « *une culture de moyen par une culture de résultats* »⁹⁸⁵ grâce à des objectifs de performance. Même s'il ne nous semble pas souhaitable, à l'instar de nombreux auteurs⁹⁸⁶, que l'efficacité procédurale devienne la clé de voûte de nos procédures, cette attention particulière apportée à l'efficacité impose néanmoins qu'après avoir analysé la présence sous l'angle de l'équité à travers ses finalités⁹⁸⁷, il faille l'analyser cette fois sous l'angle de l'efficacité des procédures. Or, à la lecture des dernières réformes de procédure, la présence est attaquée et semble ployer sous l'argument économique : ce mode de participation est en effet fréquemment présenté comme affichant un bilan économique négatif, c'est-à-dire comme ayant un impact économique négatif, et serait en cela une entrave à l'efficacité des procédures qui mériterait d'être atténuée. Pourtant, cette analyse peut et doit sans doute être largement nuancée, de telle sorte que les rapports entre présence et efficacité procédurale ne devraient pas être véritablement de nature à justifier un recul de ce mode de participation aux procédures. Afin de comprendre cela, il importe en premier lieu de présenter le bilan économique négatif de la présence tel qu'il est aujourd'hui proposé de façon désormais classique pour mieux l'analyser ensuite. Ainsi, si la présentation d'un bilan

clarification du droit et d'allègement des procédures ; Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures ; Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends).

⁹⁸¹ V. à ce propos S. AMRANI-MEKKI, « Efficacité et nouvelles technologies », art. préc. V. également L. CADIET, « Efficacité *versus* équité ? », art. préc., spéc. p. 43.

⁹⁸² V. <http://francais.doingbusiness.org> (consulté le 03/06/2015). Certes, ce rapport se focalise sur l'efficacité des tribunaux ayant en charge le règlement des questions d'insolvabilité, mais il indique malgré tout que dans un contexte de tension économique globale, l'efficacité de la justice peut avoir un impact important sur l'ensemble de l'économie, ce qui justifie l'intérêt que lui accordent les pouvoirs publics dans nos économies de marché.

⁹⁸³ Loi org. n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances. Sur l'impact de cette loi sur la justice, v. E. VAILLANT, « La LOLF : principes directeurs et mise en œuvre dans l'institution judiciaire », *AJ Pénal* 2006, p. 481 ; D. MARSHALL, « Justice, LOLF et RGPP : des rendez-vous manqués ? », *Rech dr. et justice* 2011, n° 36, p. 8.

⁹⁸⁴ E. SERVERIN, « La contractualisation des politiques publiques de la justice », in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, Coll. Thèmes et commentaires, p. 249-263, spéc. p. 250. V. également E. COSTA, « Des chiffres sans les lettres – La dérive managériale de la juridiction administrative », art. préc.

⁹⁸⁵ E. VAILLANT, « La LOLF : principes directeurs et mise en œuvre dans l'institution judiciaire », art. préc.

⁹⁸⁶ A. LYON-CAEN, « L'économie des juges », art. préc. ; L. CADIET, « Efficacité *versus* efficacité ? », art. préc. ; L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., n° 6 et n° 239 ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, préc., n° 51 ; E. COSTA, « Des chiffres sans les lettres – La dérive managériale de la juridiction administrative », préc.

⁹⁸⁷ Les finalités de la présence ont fait l'objet du chapitre précédent : v. *supra* n° 160 et s.

économique négatif de la présence est désormais classique (Section 1), ce bilan économique négatif doit cependant être relativisé (Section 2).

Section 1 : Présentation du bilan économique négatif de la présence

232. Fondements et utilisation du bilan économique négatif – La présence est fréquemment présentée comme une source créatrice de coûts et donc comme une entrave à l'efficacité procédurale en raison d'un bilan économique négatif. Il est vrai que la recherche de l'efficacité de la justice passe aujourd'hui en grande partie par le développement des nouvelles technologies⁹⁸⁸ et la présence ne semble dès lors pas s'inscrire dans une telle dynamique. En effet, alors que dans l'analyse économique, le progrès est associé au changement⁹⁸⁹, la présence est un mode de participation au procès qui, sans être archaïque, est à tout le moins traditionnel⁹⁹⁰, ce qui ne l'ancre pas dans ce mouvement de faveur pour le changement au nom des progrès que doit fournir la justice en termes d'efficacité. C'est en tout cas l'analyse qui est visiblement faite par les pouvoirs publics qui prônent le développement des modes de participation concurrents à la présence au détriment de celle-ci, bien souvent au nom de l'efficacité procédurale, arguant que la présence engendrerait des coûts trop importants. L'affirmation selon laquelle la présence a un coût n'est d'ailleurs pas en soi erronée et il convient donc de s'intéresser à ces coûts pour mieux comprendre les fondements du bilan économique de la présence (§1). Il nous faudra ensuite observer que ce bilan économique négatif de la présence est bel et bien utilisé par les pouvoirs publics pour justifier un recul de la présence en droit processuel (§2).

§1 : Les fondements du bilan économique négatif : analyse du coût de la présence

233. Dualité des coûts – L'efficacité des procédures s'analyse à une échelle globale : d'un point de vue strictement économique, la procédure est efficace si le système juridique parvient à répondre au besoin grandissant de justice et donc à produire le plus de décisions possibles avec un minimum de coûts. Le premier coût à analyser est donc le coût financier

⁹⁸⁸ En témoigne le fait que les derniers décrets introduisant et développant la dématérialisation des procédures sont tous soutenus par une logique de rationalisation des procédures : v. par ex. Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution, et à la procédure de changement de nom, qui fait suite au Rapport Magendie intitulé « *Célérité et qualité de la justice* » ; Décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009 relatif à la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile, qui fait suite au Rapport Magendie II intitulé « *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel* » ; et encore récemment, le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends. Sur les liens entre nouvelles technologies et efficacité de la justice, v. S. AMRANI-MEKKI, « Efficacité et nouvelles technologies », art. préc.

⁹⁸⁹ A. LYON-CAEN, « L'économie des juges », art. préc. : l'auteur y affirme que le droit a emprunté à l'économie sa « vision du progrès, une vision associée au changement avec une telle force qu'elle est dispensée de toute démonstration : il n'y a de progrès que dans le changement et le changement est synonyme de progrès ».

⁹⁹⁰ V. *supra* n° 15 et s.

engendré par la présence. Cependant, et toujours dans une logique purement économique, pour rendre un maximum de décisions avec un minimum de coûts, il faut également prendre en compte le temps nécessaire pour rendre ces décisions. En effet, plus une décision est rendue rapidement, plus le système parvient à produire de décisions dans un laps de temps donné, et moins il est besoin de mobiliser de moyens financiers pour écouler le stock des affaires pendantes. Outre le coût financier de la présence (A), il faut donc analyser ce qu'on peut qualifier de coût temporel (B).

A- Le coût financier de la présence

234. Dualité des débiteurs du coût financier de la présence – L'analyse des coûts économiques engendrés par la présence doit s'apprécier à la fois au regard des parties et au regard de l'Etat. Cette dualité des débiteurs du coût de la présence invite donc à envisager d'une part le coût financier supporté par les parties (1) et d'autre part le coût financier supporté par l'Etat, y compris lorsqu'il n'est pas partie à la procédure (2).

1- Coût financier de la présence supporté par les parties

235. Coût de la présence des parties – L'organisation de la présence des acteurs du procès aux différents actes de procédure peut représenter un coût important pour les parties à deux égards. D'abord, les parties doivent supporter le coût engendré par leur propre présence. En effet, être présent à son procès peut provoquer une perte d'une partie du revenu tiré de l'activité professionnelle. En outre, afin d'être présentes, les parties peuvent être amenées à se déplacer jusqu'au tribunal compétent qui peut être éloigné de leur domicile, et ainsi à supporter des frais de déplacement. Selon l'article 695 du Code de procédure civile, ces frais ne sont pas compris dans les dépens qui sont en principe mis à la charge de la partie succombant et font donc partie des frais irrépétibles⁹⁹¹. Il est vrai qu'ils peuvent être mis à la charge de la partie condamnée aux dépens par le juge⁹⁹², sous la forme d'indemnités calculées selon les formules de calcul des indemnités allouées aux témoins. En effet, l'article 1^{er} du décret du 27 décembre 1920⁹⁹³ modifié par le décret du 27 août 1949⁹⁹⁴ dispose que « *lorsque*

⁹⁹¹ Cette appellation, historiquement justifiée par le fait que ces frais restaient à la charge des parties, est désormais trompeuse puisque ces frais peuvent être indemnisés au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

⁹⁹² V. ainsi en matière civile : art. 700 C. proc. civ. ; en matière pénale pour les indemnités versées par la personne condamnée à la partie civile : art. 375-1 C. proc. pén. en matière criminelle ; art. 475-1 C. proc. pén. en matière délictuelle ; art. 543 C. proc. pén. en matière contraventionnelle ; et en matière administrative : art. L. 761-1 C. J. A.

⁹⁹³ Décret du 27 décembre 1920 portant révision du tarif des frais de voyage des parties, des experts auprès des tribunaux de grande instance, des depositaires de pièces et des témoins.

⁹⁹⁴ Décret n° 49-1251 du 27 août 1949 modifiant le décret du 27 décembre 1920 portant révision du tarif des frais de voyage des parties, des experts auprès des tribunaux civils, des depositaires de pièces et des témoins.

les parties font un voyage et qu'elles se sont présentées au greffe assistées de leur avocat pour y affirmer que le voyage a été fait dans la seule vue du procès, il leur est alloué : pour frais de voyage, une indemnité égale à celle fixée par l'article 42 du décret du 26 juillet 1947 portant règlement d'administration publique sur les frais de justice en matière criminelle, de police correctionnelle et de simple police, et les textes qui l'ont modifié ». Et l'article 42 de ce décret, codifié à l'article R. 133 du Code de procédure pénale puis modifié par le décret du 29 mai 1972⁹⁹⁵ qui prévoit le mode de calcul de l'indemnité des frais de voyage des témoins, prend en compte le prix dépensé pour le voyage. Mais que ces frais soient supportés par la partie succombante ou qu'ils restent à la charge de la partie qui les a engagés selon ce qu'en décide le juge, la présence de ces parties représente bien un coût économique nécessairement supérieur à leur absence pour l'une d'entre elles au moins.

236. Coût de la présence des tiers – Ce coût peut également être engendré par la présence des témoins au procès. En effet, les témoins peuvent prétendre à la perception d'indemnités, lesquelles sont en lien direct avec leur présence physique. Ainsi, en matière civile, les indemnités susceptibles d'être perçues détaillées dans le décret de 1920⁹⁹⁶ font mention d'une indemnité de comparution⁹⁹⁷, d'une indemnité de voyage – lorsque le voyage a été rendu nécessaire par une comparution à plus de quatre kilomètres du domicile du témoin⁹⁹⁸ –, ainsi que d'une indemnité de séjour lorsque le témoin a été retenu pour le besoin de la justice⁹⁹⁹. Les mêmes indemnités sont susceptibles d'être versées aux témoins en matière pénale¹⁰⁰⁰ ou, même si le cas est plus rare en raison de la très faible fréquence du recours à l'enquête en la matière, en contentieux administratif¹⁰⁰¹. Or, ces indemnités versées aux témoins sont mises à la charge des parties. Ainsi, en matière civile, les indemnités des témoins figurent au nombre des dépens¹⁰⁰² qui seront, sauf décision contraire motivée, mis à la charge de la partie succombant à l'issue de l'instance¹⁰⁰³. En procédure pénale, ces indemnités sont payées par la partie qui a appelé ces personnes en témoignage¹⁰⁰⁴. En contentieux administratif, ces indemnités des témoins font partie des frais d'enquête qui sont également

⁹⁹⁵ Décret n° 72-436 du 29 mai 1972 portant règlement d'administration publique modifiant le Code de procédure pénale et relatif aux frais de justice.

⁹⁹⁶ Décret du 27 décembre 1920 portant révision du tarif des frais de voyage des parties, des experts auprès des tribunaux civils, des dépositaires de pièces et des témoins.

⁹⁹⁷ Art. 9 D. 27 décembre 1920 renvoyant à l'article R. 129 C. proc. pén.

⁹⁹⁸ Art. 10 D. 27 décembre 1920.

⁹⁹⁹ Art. 12 D. 27 décembre 1920 renvoyant à l'article R. 135 C. proc. pén.

¹⁰⁰⁰ Art. R. 123 et s. C. proc. pén.

¹⁰⁰¹ Art. R. 623-8 C. J. A.

¹⁰⁰² Art. 695 C. proc. civ.

¹⁰⁰³ Art. 696 C. proc. civ.

¹⁰⁰⁴ Art. R. 125 al. 2 C. proc. pén.

compris dont les dépens¹⁰⁰⁵, et seront mis également à la charge de la partie qui succombe par principe ou à une autre partie si les circonstances l'exigent¹⁰⁰⁶. Quoi qu'il en soit, que ces frais liés aux indemnités des témoins soient mis à la charge de la partie succombant ou d'une autre partie, il s'agit toujours d'un coût financier supporté par les parties.

D'ailleurs, et dans la mesure où l'Etat lui-même peut être partie à la procédure, il est susceptible de supporter le coût de la présence des témoins. Ainsi, en contentieux administratif, l'article R. 761-1 du Code de justice administrative précise dans son alinéa 3 que l'Etat peut être condamné aux dépens, et donc peut être condamné à verser aux témoins les indemnités qui sont liées à leur présence. Le constat est le même en procédure pénale, puisque l'article R. 124 du Code de procédure pénale prévoit que les indemnités accordées aux témoins sont payées par le Trésor public lorsqu'ils ont été cités ou appelés à la requête du ministère public.

En définitive, l'organisation de la présence de certains acteurs du procès est génératrice de coûts financiers que les parties peuvent avoir à supporter. A cela s'ajoute que la présence peut également être source de coûts financiers pour l'Etat, y compris lorsque celui-ci n'est pas partie à la procédure.

2- Coût financier de la présence supporté par l'Etat

237. Présence et aide juridictionnelle – La présence peut également représenter un coût pour l'Etat, y compris lorsque ces coûts ne lui sont pas imputés en sa qualité de partie à la procédure. La première explication de ces coûts provient de la répercussion des coûts supportés par les parties au procès sur l'Etat grâce au mécanisme de l'aide juridictionnelle. Celle-ci peut se définir comme l'aide substantielle accordée par l'Etat aux personnes dépourvues des ressources suffisantes pour exercer leurs droits en justice en les faisant bénéficier d'une remise des frais dus au Trésor, d'une dispense de certains frais et d'une prise en charge par l'Etat – totale ou partielle – des honoraires des auxiliaires de justice¹⁰⁰⁷. Or, selon l'article 40 de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique¹⁰⁰⁸, « *l'aide juridictionnelle concerne tous les frais afférents aux instances, procédures ou actes pour lesquels elle a été accordée* », l'alinéa 2 de cet article précisant que « *le bénéficiaire de l'aide est dispensé du paiement, de l'avance ou de la consignation de ces frais* ». Ainsi, l'aide juridictionnelle couvre les frais découlant des indemnités des témoins, ainsi que les frais annexes tels que les frais de voyage de la partie bénéficiant de cette aide. La prise en charge

¹⁰⁰⁵ Art. R. 761-1 C. J. A.

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁰⁷ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Aide juridictionnelle », in *Vocabulaire juridique* (dir. G. CORNU), 11^e éd., PUF, 2016, p. 51.

¹⁰⁰⁸ Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

des frais de déplacement est d'ailleurs étendue aux hypothèses de litiges transfrontaliers pour les personnes dont la présence à l'audience est requise par le juge¹⁰⁰⁹ depuis la loi du 4 juillet 2005¹⁰¹⁰ ayant transposé la directive 2003/8/CE du Conseil de l'Union européenne du 27 janvier 2003. C'est dire que le coût de la présence, supporté en principe par la partie, est ici répercuté sur l'Etat. Le coût supporté par l'Etat peut d'ailleurs être alourdi par le fait qu'une partie des dépens exposés par la partie non bénéficiaire de l'aide juridictionnelle puisse être laissée à la charge de l'Etat¹⁰¹¹. En effet, en principe, l'aide juridictionnelle ne dispense son bénéficiaire que du seul paiement de ses propres frais, et ne le garantit pas contre une condamnation aux dépens, c'est-à-dire au remboursement à l'autre partie des dépens qu'elle aurait engagés¹⁰¹², mais le juge peut, même d'office, laisser une partie des dépens à la charge de l'Etat. Par exemple, dans le cadre d'une procédure qui aurait conduit la partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle à être présente au procès ainsi qu'à appeler des témoins, à l'instar de son adversaire, l'Etat serait susceptible de supporter le coût des frais de voyage de la partie bénéficiaire ainsi que des indemnités de témoins – qui sont inclus dans les dépens¹⁰¹³ – qu'elle ou la partie adverse auraient appelés, si cette partie des dépens était laissée à sa charge.

238. Frais de justice engendrés par la présence – En outre, l'organisation de la présence des acteurs du procès est susceptible d'alourdir le coût de la justice pour l'Etat en dehors du mécanisme de l'aide juridictionnelle. En effet, dans le cadre des procédures pénales, c'est au Trésor public qu'il revient de prendre en charge la grande majorité des frais de justice¹⁰¹⁴. Parmi ces frais de justice, nombreux sont ceux qui sont en lien direct avec l'organisation de la présence des différents acteurs du procès. Ainsi, l'article R. 92 du Code de procédure pénale identifie parmi les frais de justice payés par le Trésor les frais de translation des prévenus ou accusés et les frais de translation des condamnés pour se rendre au lieu où ils sont appelés en témoignage¹⁰¹⁵, qui peuvent être lourds puisque ces translations emportent nécessité de mobiliser des moyens de transport ainsi que du personnel pénitentiaire. Or, ces frais sont en lien direct avec l'exigence de comparution personnelle des personnes poursuivies ou des témoins¹⁰¹⁶. On pourrait y ajouter le recours à la force publique pour forcer

¹⁰⁰⁹ Art. 40-1 L. 10 juil. 1991.

¹⁰¹⁰ Loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice.

¹⁰¹¹ Art. 42 al. 2 L. 10 juil. 1991.

¹⁰¹² V. en ce sens M. REDON, « Frais et dépens », *Rép. D. proc. civ.* 2015, n° 288 ; S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, PUF, 2014, Coll. Thémis droit, n° 49 ; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., LexisNexis, 2013, Coll. Manuel, n° 60 ; G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile*, 17^e éd., Sirey, 2014, Coll. Sirey Université, n° 416 ; N. FRICERO, P. JULIEN, *Procédure civile*, 5^e éd., LGDJ, 2014, Coll. Manuel, n° 828.

¹⁰¹³ Art. 695 3° C. proc. civ.

¹⁰¹⁴ Art. R. 92 C. proc. pén.

¹⁰¹⁵ Art. R. 92 1° C. proc. pén.

¹⁰¹⁶ Sur cette exigence, v. *infra* n° 354 et s. ; n° 313 et s.

à l'exécution du devoir de présence du mis en cause ou du témoin¹⁰¹⁷ qui engendre nécessairement un coût pour l'Etat, qui doit mobiliser à cet effet ses fonctionnaires. Sont encore pris en charge par le Trésor les indemnités accordées aux experts¹⁰¹⁸ et parmi ces indemnités figurent notamment des indemnités engendrées par l'exigence de leur audition devant les cours ou tribunaux, ou devant les magistrats instructeurs, et donc par leur présence. Ils peuvent en effet percevoir des indemnités en remboursement des frais de déplacement¹⁰¹⁹ et de séjour¹⁰²⁰, ainsi qu'une indemnité qui, si elle n'est pas nommée, rappelle néanmoins l'indemnité de comparution des témoins en raison de son mode de calcul¹⁰²¹, ce qui tend bien à démontrer que ces indemnités alourdissent le coût économique de la présence supporté par l'Etat. Sont également à la charge de l'Etat les frais de transport et de séjour des magistrats lorsque ceux-ci ont besoin de se déplacer dans le cadre de leurs fonctions¹⁰²². Or, certains de ces déplacements sont liés à l'organisation de la présence dans le cadre du procès pénal, puisqu'à titre d'exemple, les magistrats peuvent être amenés à se déplacer pour permettre la présence physique d'un témoin lors de son témoignage si ce dernier est dans l'impossibilité de comparaître¹⁰²³.

En définitive, la présence représente bien un coût financier, qui serait susceptible *a priori* d'alourdir la part des coûts dans le bilan coûts-avantages auquel il faut se livrer pour évaluer l'efficacité des procédures organisant la présence en leur sein. En outre, ce coût financier se double d'un coût temporel qui ne doit pas être négligé.

B- Le coût temporel de la présence

239. « Le temps, c'est de l'argent » – Les données temporelles ont toujours fait partie intégrante des réflexions des juristes et ont nourri de nombreuses études sur les rapports entre le temps et le droit¹⁰²⁴ et certaines plus précises sur les rapports entre le temps et les

¹⁰¹⁷ Sur l'exécution forcée des différents devoirs de présence, v. *infra* n^{os} 341 et 373 et s.

¹⁰¹⁸ Art. R. 92 3° b) C. proc. pén.

¹⁰¹⁹ Art. R. 110 C. proc. pén.

¹⁰²⁰ Art. R. 111 C. proc. pén.

¹⁰²¹ L'indemnité pouvant être perçue par les experts lorsqu'ils sont entendus par les cours ou tribunaux ou les magistrats instructeurs est calculée selon la formule suivante : $I = 20 + (S \times 4)$ dans laquelle I est le montant de l'indemnité forfaitaire, S le salaire minimum interprofessionnel de croissance (art. R. 112 C. proc. pén.). Or, l'indemnité de comparution des témoins est calculée selon la formule : $I = 1,5 + (S \times 4)$.

¹⁰²² Art. R. 200 C. proc. pén.

¹⁰²³ Art. 112 C. proc. pén.

¹⁰²⁴ V. encore très récemment ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le temps et le droit*, Dalloz, 2014, Coll. Journées nationales, Thèmes et commentaires ; C. CHAINAIS (dir.), « Le temps », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2014, p. 125 et s. ; E. BONIS-GARÇON, S. TOURNAUX, « Le temps de la norme : quels gages de sécurité pour le justiciable ? », *angles Droit*, 5 juin 2015, à propos du colloque organisé sur « Le temps de la norme » par Le temps de la norme organisée par le Groupe pluridisciplinaire de recherche sur la qualité des normes, le 5 juin 2015 à Bordeaux, disponible sur <http://anglesdroit.hypotheses.org/2323>.

procédures¹⁰²⁵. On constate cependant ces dernières années une certaine « *obsession du temps* »¹⁰²⁶ en lien avec les exigences de rationalisation, d'efficacité, de rendement et donc *in fine* en lien avec les inquiétudes contemporaines relatives au coût de la justice¹⁰²⁷, à tel point que certains se sont demandé si le temps n'était pas « *le facteur fort de l'économie et la faiblesse irrémédiable de la justice* »¹⁰²⁸. Cependant, le temps des procédures ne génère pas des coûts économiques d'une manière unique et il est donc nécessaire d'identifier ces coûts liés au temps (1) pour pouvoir par la suite appréhender avec plus de précision le rôle de la présence dans la production de ces coûts économiques (2).

1- Temps et coûts économiques

240. Coût du temps et augmentation des dépenses pour l'Etat – Le temps et plus précisément l'allongement du temps des procédures peut être source de différents coûts économiques supportés soit par l'Etat, soit par les parties au procès. D'abord, la durée des procédures peut engendrer des coûts économiques pour l'Etat par différents canaux, puisque le temps long des procédures est à la fois source de dépenses et, indirectement, de privations de recettes pour ce dernier. En effet, la longueur des procédures peut conduire l'Etat à augmenter ses dépenses structurelles, puisque l'extension du temps de la procédure, et plus précisément du temps accordé à chaque procédure, rend théoriquement nécessaire la mobilisation de davantage de moyens financiers et humains pour parvenir à répondre à un flux constant de demandes en justice dans un délai raisonnable¹⁰²⁹. En effet, dans une approche générale, le temps judiciaire est contraint par l'exigence de délai raisonnable posée par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales dans son article 6 § 1. Or, l'allongement des durées des procédures a nécessairement une influence négative sur l'encombrement des juridictions, lequel influe à son tour sur la durée des procédures. Ce cercle vicieux combiné à l'exigence de délai raisonnable conduit théoriquement l'Etat à développer les moyens au service de la justice pour absorber ce flux

¹⁰²⁵ V. par ex. S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, préf. L. CADIET, Dalloz, 2002, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses ; S. GUINCHARD, « Temps (point de vue de juriste) », in *Dictionnaire de la justice*, préc., p. 1288.

¹⁰²⁶ S. AMRANI-MEKKI, « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.* 2008, n° 157, p. 2.

¹⁰²⁷ Ainsi, l'approche économique du temps a fait son entrée dans les études de procédure. V. par ex. C. BARRERE, « Temps (point de vue de l'économiste) », in *Dictionnaire de la justice*, préc., p. 1285 ; S. SOUAM, « Le temps de la procédure – Une analyse économique », in *Droit et économie du procès civil* (dir. D. COHEN), LGDJ, 2010, Coll. Droit et économie, p. 233 ; S. AMRANI-MEKKI, « Analyse économique et temps du procès », in *Droit et économie du procès civil*, préc., p. 249. V. également P. ANCEL, « Coûts du procès », in *Dictionnaire de la justice*, préc., p. 285, où l'auteur recense parmi les coûts du procès le « coût du temps ».

¹⁰²⁸ J.-M. COULON, « Réflexions sur la durée de la justice et le temps économique », *RIDE* 1999, p. 235.

¹⁰²⁹ Sur cette exigence, v. notamment N. FRICERO, « Délai raisonnable », in *Dictionnaire de la justice*, préc., p. 312 ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, préc., n° 179 et s. ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS et alii, *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, 8^e éd., Dalloz, 2015, Coll. Précis droit privé, n° 421 ; S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, préc., n° 172.

contentieux, ce qui représente nécessairement un coût. En outre, l'exigence de rendre la justice dans un délai raisonnable peut également être source de dépenses conjoncturelles pour l'Etat. En effet, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable est un droit garanti en droit positif, et il existe donc une action en responsabilité contre l'Etat. Une action pour fonctionnement défectueux du service de la justice fondée tantôt sur le déni de justice tantôt sur la faute lourde¹⁰³⁰ est spécifiquement prévue par l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire s'agissant des procédures suivies devant les juridictions judiciaires, et peut être portée devant le Tribunal de grande instance. En matière administrative, il n'existe pas en revanche de texte similaire à l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire. Pour cette raison, le Conseil d'Etat a fait évoluer sa jurisprudence¹⁰³¹ en permettant une telle action en indemnisation fondée sur les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme sans référence à la faute lourde. Cette action en responsabilité permet d'obtenir la condamnation de l'Etat au versement d'une indemnité pouvant aller jusqu'à 2000 € par année de durée excessive¹⁰³², dégageant ainsi des coûts importants pour l'Etat¹⁰³³. En outre, le droit à être jugé dans un délai raisonnable figurant au nombre des droits fondamentaux garantis par la Convention européenne de sauvegarde, sa violation peut entraîner condamnation de l'Etat en vertu de son « *obligation positive d'organiser la justice de telle sorte que les jugements soient rendus et exécutés dans des délais raisonnables* »¹⁰³⁴. Or, les condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme pour durée

¹⁰³⁰ La jurisprudence a en effet évolué sur la question de l'assimilation de la méconnaissance du délai raisonnable au déni de justice. L'évolution a été amorcée par les juridictions du fond et en particulier le Tribunal de grande instance de Paris (v. notamment TGI Paris, 6 juill. 1994 : *Gaz. Pal.* 1994, p. 589, note S. PETIT ; *JCP G* 1994, I. 3805, obs. L. CADIET ; *Dr. et patr.* 1995, p. 9, obs. F. DE LA VAISSIERE ; TGI Paris, 6 sept. 1996 : *Gaz. Pal.* 1996, p. 495 ; TGI Paris, 5 nov. 1997 : *D.* 1998, p. 9, note M.-A. FRISON-ROCHE ; TGI Paris, 20 janv. 1999, *D.* 1999, IR 125 ; TGI Paris, 10 nov. 1999, *D.* 2000, IR 3) : le déni de justice a pu être défini non plus seulement comme le refus de juger mais comme toute négligence ou absence de « *diligence pour instruire ou faire juger les affaires en temps utile* » et, plus largement, comme tout manquement de l'Etat à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu (L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, 1964, p. 549). La Cour de cassation admet cependant rarement que le non-respect du délai raisonnable puisse constituer un déni de justice (v. pour des refus de qualification de déni de justice, Cass. civ. 1^e, 25 mai 2004, n° 02-17.745 : *AJDI* 2005, p. 45, note R. HOSTIOU ; *JCP A* 2004.1496, note O. RENARD-PAYEN), les condamnations pour fonctionnement du service défectueux étant la plupart du temps rendues sur le fondement de la faute lourde, définie comme « *toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi* » (Cass. ass. pl., 23 fév. 2001, n° 99-16.165). Pour un exemple de condamnation sur ce fondement, v. notamment Cass. civ. 1^e, 20 févr. 2008, n° 06-20.384 : *Bull. civ.* I, n° 55 ; *JCP A* 2008. 2108, comm. O. RENARD-PAYEN ; *JCP G* 2008. IV. 1556. Pour plus de développements sur ce point, v. S. PETIT, « Service public de la justice (Responsabilité du) », *Rép. D. resp. de la puissance publique*, 2012, n° 233 et s.

¹⁰³¹ CE, Ass., 28 juin 2002, 239575 : *D.* 2003, p. 23, note V. HOLDERBACH-MARTIN. Cet arrêt a été rendu après condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme : CEDH, 26 mars 2002, *Lutz c. France*, req. n° 48215/99.

¹⁰³² E. JEULAND, *Droit processuel général*, préc., n° 180.

¹⁰³³ A titre d'exemple, le Conseil d'Etat a attribué 18 000 € par requérant pour une procédure ayant déjà duré 18 ans au moment de la décision du Conseil d'Etat mais toujours en cours : CE, 25 jan. 2006, *Sarl Potchou et autres* : *RFDA* 2006, p. 299, concl. Y. STRUILLON.

¹⁰³⁴ N. FRICERO, « Délai raisonnable », in *Dictionnaire de la justice*, préc.

déraisonnable de la procédure sont légions¹⁰³⁵, sanctionnant parfois la France parce que les procédures d'indemnisation susvisées sont elles-mêmes trop longues¹⁰³⁶ et peuvent ainsi conduire à l'octroi de satisfactions équitables qui impliquent « *une charge pour le budget de l'Etat de moins en moins supportable* »¹⁰³⁷.

241. Coût du temps et privation de recettes pour l'Etat – Outre ces dépenses, est également mis au débit de l'Etat le manque à gagner au titre de la perte de l'activité économique à une échelle plus globale en raison de la longueur des procédures. En effet, le classement proposé par le site *doingbusiness.org* qui prend en compte l'efficacité des procédures part du « *présupposé que les acteurs économiques hésiteront à commercer avec un Etat non performant, ce qui aurait des répercussions économiques notables* »¹⁰³⁸. Par conséquent, l'allongement du temps des procédures emporte une diminution du « score » obtenu par l'Etat dans le classement de la Banque mondiale, ce qui induit une baisse de l'activité économique et donc une perte de ressources pour l'Etat. On notera cependant dès à présent que cet argument n'est que partiellement recevable puisque, d'une part, il est spécifique au contentieux économique et, d'autre part, ce classement contient nécessairement une part de subjectivité puisqu'il repose sur des indicateurs choisis au détriment d'autres¹⁰³⁹. Quoi qu'il en soit, et même si l'on peut contester l'analyse du coût du temps sur ce point, il reste qu'il occasionne des dépenses supplémentaires pour l'Etat.

242. Coût du temps pour les parties – Le temps des procédures peut également être une source créatrice de coûts pour les parties, en particulier dans les litiges mettant en jeu une somme d'argent, puisque le fait de ne pouvoir recouvrir cette somme qu'à l'issue du procès, lorsqu'une décision définitive est intervenue, a nécessairement un coût. Celui-ci est d'ailleurs subi tant par la partie perdante que par la partie vainqueur du procès. En effet, le fait de ne pouvoir disposer de cette somme pendant un laps de temps important peut impliquer une perte de ressources – ne serait-ce que par l'absence de fructification de cette somme. Par ailleurs, pour la partie perdante, le coût du temps se traduit directement dans les intérêts de retard qui seront mis à sa charge¹⁰⁴⁰. Le principe en la matière est posé par l'article 1153 du Code civil

¹⁰³⁵ Le rapport annuel de la Cour européenne des droits de l'Homme relève que sur les 708 condamnations de l'Etat français entre 1959 et 2015, 282 concernent des violations pour durée excessive de la procédure (rapport consultable à l'adresse : http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_Report_2015_FRA.pdf, consulté le 02/06/2016).

¹⁰³⁶ V. par ex. CEDH, 24 sept. 2009, *Sartory c. France*, req. n° 40589/07 ; et encore récemment CEDH, 30 oct. 2014, *Palmero c. France*, req. n° 77362/11 ; D. actu 24 nov. 2009, obs. M. KEBIR.

¹⁰³⁷ S. AMRANI-MEKKI, « La déjudiciarisation », art. préc.

¹⁰³⁸ *Ibid.*

¹⁰³⁹ *Ibid.*

¹⁰⁴⁰ Sur cette question, v. P. ANCEL, M. COTTIN, « Le coût de la durée du procès pour les parties : les intérêts de retard dans le procès civil », *RIDE* 1999, p. 239 ; P. ANCEL, « Coûts du procès », in *Dictionnaire de la justice*, préc., p. 285.

lequel dispose dans son alinéa 3 que les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution d'une obligation qui se borne au paiement d'une certaine somme sont dus à compter du jour de la sommation de payer ou « *d'un autre acte équivalent* ». Or, il est désormais de jurisprudence constante que la demande en justice vaut mise en demeure¹⁰⁴¹ et fait courir le même effet que la sommation de payer : les intérêts moratoires courent ainsi à compter de celle-ci¹⁰⁴². Ainsi, dans le cadre de telles obligations, la durée de la procédure a un coût pour le perdant au procès qui accroît sa dette au fur et à mesure de l'écoulement du temps. D'ailleurs, et bien qu'en principe, lorsqu'il s'agit d'une créance indemnitaire, l'article 1153-1 du Code civil ne fait courir les intérêts qu'à compter du jugement, le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire¹⁰⁴³ pour reporter à une date antérieure le point de départ de ces intérêts moratoires, et le fait parfois remonter au jour de la demande¹⁰⁴⁴, faisant à nouveau peser le coût du temps sur la partie perdante. En outre, et si ces intérêts sont censés venir compenser le coût du temps de la procédure pour la partie victorieuse, le fait qu'ils courent au taux légal engendre nécessairement une perte de gains pour cette partie puisque ce taux légal est relativement faible¹⁰⁴⁵, perte qui est encore plus importante lorsqu'en vertu de l'article 1153-1 du Code civil, ils ne courent qu'à compter de la décision, faisant ainsi peser le coût du temps sur le créancier. En outre et au-delà de cet argument technique, il est permis de penser que plus la procédure est longue, plus les actes de procédure seront nombreux et sources de frais d'avocat.

Ainsi, le temps des procédures entraîne un coût économique important à la fois pour les parties et pour l'Etat. Dès lors, si la présence a pour effet d'augmenter le temps des procédures, c'est donc qu'indirectement elle est source d'une augmentation du coût économique de ces procédures. Partant, pour affirmer que la présence engendre un coût économique dû à l'allongement des procédures, il faut désormais s'intéresser à l'impact de la présence sur le temps de celles-ci.

¹⁰⁴¹ V. cependant pour une distinction entre la demande en justice et la mise en demeure, X. LAGARDE, « Remarques sur l'actualité de la mise en demeure », *JCP* 1996, I, 3974, qui considère que les deux ne sont pas exactement équivalentes dans la mesure où la mise en demeure constitue une sorte de « dernière chance » alors que la demande en justice démontre que la procédure de sanction est d'ores et déjà engagée.

¹⁰⁴² V. par ex. Cass. com., 25 mai 1982 : *Bull. civ. IV*, n° 196.

¹⁰⁴³ Cass. ass. pl., 3 juil. 1992 : *JCP* 1992, II, 21898, note. A. PERDRIAU ; Cass. civ. 2^e, 20 juin 2002 : *Bull. civ.* 2002, II, n° 141 ; Cass. civ. 2^e, 27 mars 2003 : *Bull. civ.* 2003, II, n° 83.

¹⁰⁴⁴ V. par ex. Cass. civ. 1^e, 18 janv. 1989 : *Bull. civ.* 1989, I, n° 32 ; *RTD civ.* 1989, p. 340, obs. P. JOURDAIN.

¹⁰⁴⁵ Taux de 4,54 % pour un créancier personne physique n'agissant pas à titre professionnel et de 1,01 % pour les autres cas, au premier semestre 2016 : arrêté du 23 décembre 2015 relatif à la fixation du taux légal. On notera d'ailleurs que c'est en raison de sa faiblesse que la méthode de calcul du taux d'intérêt légal prévue à l'article L. 313-2 du Code monétaire et financier a été réformée par un décret du 4 février 2014 (Décret n° 2014-98) : v. X. DELPECH, « Nouvelle méthode de calcul du taux d'intérêt légal », *Dalloz actualité* 2 sept. 2014.

2- Présence, temps et coûts économiques

243. Allongement du temps des procédures par la présence – L'organisation de la présence des parties comme des témoins peut avoir pour effet, dans une certaine mesure, de les allonger. C'est qu'en effet les modalités d'organisation de la présence peuvent prendre du temps puisqu'elles imposent des délais de convocation. Ainsi, en matière civile, et dès lors que la présence du témoin est jugée nécessaire pour procéder à l'enquête au détriment des attestations écrites, la procédure sera rallongée d'un délai de huit jours correspondant au délai de convocation du témoin prévu par l'article 228 du Code de procédure civile. Il en va de même en procédure pénale puisque les citations à comparaître, qu'il s'agisse de celles adressées à la personne poursuivie, à la partie civile ou aux témoins, doivent être délivrées au moins dix jours avant le jour fixé pour la comparution devant le tribunal correctionnel ou de police¹⁰⁴⁶, et ces délais peuvent venir se superposer si, alors que le prévenu est absent à une première audience, le tribunal estime sa présence nécessaire. Dans cette hypothèse, en application de l'article 411 du Code de procédure pénale, *« si le tribunal estime nécessaire la comparution personnelle du prévenu, il peut renvoyer l'affaire à une audience ultérieure en ordonnant cette comparution. Le procureur de la République procède alors à une nouvelle citation »*. Outre le fait que cette nouvelle citation, répondant aux formes de droit commun, devra alors prévoir un nouveau délai légal de dix jours entre la citation et la date d'audience, gageons que le calendrier encombré des juridictions reportera en réalité d'une durée bien plus longue l'issue du procès, allongeant ainsi considérablement le temps de la procédure en raison de l'exigence de la présence de la personne poursuivie. Le même constat peut d'ailleurs être fait en ce qui concerne la procédure prud'homale. En raison de l'importance de la présence dans cette procédure, et jusqu'à la récente « loi Macron »¹⁰⁴⁷, le bureau de conciliation¹⁰⁴⁸ devait en cas d'absence du défendeur renvoyer l'affaire à une nouvelle audience soit devant lui, soit *in fine* devant le bureau de jugement¹⁰⁴⁹. Le bureau de jugement a d'ailleurs lui-même la faculté, dans la même situation, de renvoyer l'affaire à une nouvelle audience¹⁰⁵⁰. Ces reports d'audience accroissent de façon mécanique la durée de la procédure, d'autant que les délais entre deux audiences semblent excessivement longs¹⁰⁵¹. Dans une logique similaire, lorsque les témoins sont dans l'impossibilité de comparaître pour déposer, le juge peut leur

¹⁰⁴⁶ Art. 552 C. proc. pén.

¹⁰⁴⁷ Sur les changements apportés en la matière par cette loi, v. *infra* n° 248.

¹⁰⁴⁸ Désormais bureau de conciliation et d'orientation.

¹⁰⁴⁹ Art. R. 1454-13 C. trav. dans son ancienne rédaction.

¹⁰⁵⁰ Art. R. 1454-20 C. trav.

¹⁰⁵¹ C'est en tout cas ce que relève le rapport Lacabarats : A. LACABARATS, « L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXI^e siècle », Rapport remis à la Garde des Sceaux, consultable sur le site www.justice.gouv.fr/publication/rap_lacabarats_2014.pdf, p. 72.

accorder un délai¹⁰⁵² ou bien se transporter pour les entendre¹⁰⁵³. Or, quelle que soit la solution retenue, elle entraînera nécessairement un allongement du temps de la procédure, lequel aura pour conséquence un accroissement des coûts économiques.

De façon peut-être moins significative puisqu'il ne s'agit là que d'une question d'heures, l'on pourrait également avancer l'idée qu'une audience qui se déroule en présence de tous les acteurs de la procédure est nécessairement plus longue qu'une audience se déroulant seulement en présence d'avocats rôdés à l'exercice. En effet, dès lors que la présence est exigée en corrélation avec l'oralité des procédures, il faut entendre à nouveau chaque acteur, alors qu'à l'inverse, si l'on remplaçait la présence des témoins par exemple, par l'enregistrement des visioconférences et leur réutilisation, cela permettrait d'éviter le temps de l'audience et le temps de transport sur les lieux¹⁰⁵⁴, ce qui pourrait être bénéfique sur le strict plan économique.

En définitive, la présence des acteurs du procès au cours des différentes opérations procédurales est à première vue génératrice de coûts économiques. Cette idée semble avoir pénétré l'esprit du législateur puisqu'à observer les réformes ayant eu pour effet de faire reculer la présence en droit processuel, il apparaît que l'argument économique y est primordial, démontrant ainsi l'utilisation qui est faite du bilan économique supposé négatif de la présence.

§2 : L'utilisation actuelle du bilan économique négatif de la présence

244. Double mouvement de perte d'importance de la présence – L'analyse des coûts engendrés par la présence paraît avoir été largement prise en compte par le législateur. On ne peut en effet que constater que ce dernier a été conduit ces dernières années à amoindrir l'importance de la présence en droit processuel. Or, à lire les rapports et autres travaux préparatoires ayant conduit à l'adoption des dernières lois de procédure, la *ratio legis* de ces réformes – récentes ou à venir – semble bien être la rationalisation économique des procédures. Un double mouvement peut en effet être observé par lequel le législateur, mû par une volonté de rationalisation des procédures, a fait reculer la présence (A) et avancer les alternatives à celle-ci (B).

¹⁰⁵² C'est le cas en matière civile : art. 217 C. proc. civ.

¹⁰⁵³ V. art. 217 C. proc. civ. et art. 112 C. proc. pén.

¹⁰⁵⁴ S. AMRANI-MEKKI, « Efficacité et nouvelles technologies », art. préc., n° 8.

A- Le recul de la présence

245. Indifférence grandissante à l'égard de la présence – Le législateur, par ses dernières réformes, fait reculer la présence en lui accordant de moins en moins d'égards, et ce pour des raisons principalement économiques. En effet, ces dernières accroissent l'indifférence à l'égard de l'organisation de la présence. Les dernières modifications du droit positif ayant eu une incidence sur l'organisation de la présence paraissent avoir pris en compte ces motivations économiques pour faire reculer celle-ci dans les procédures orales en général (1) puis très récemment devant le conseil de prud'hommes en particulier (2).

1- Le recul de la présence dans les procédures orales

246. Critiques ayant conduit au recul de la présence dans les procédures orales – Les procédures orales ont longtemps reposé sur une présence des parties elles-mêmes¹⁰⁵⁵. Les parties se défendant en principe seules et le juge ne pouvant être saisi que de leurs prétentions orales, elles devaient assister à chacune des audiences devant le tribunal saisi. Cette règle de procédure a cependant suscité de nombreuses critiques soustendues pour partie par des arguments économiques. Ainsi, dès 2003, la Cour de cassation dans son rapport annuel a suggéré de réformer les procédures orales, s'appuyant sur le paradoxe selon lequel « *l'oralité, qui était originellement conçue comme une facilité donnée aux parties, se retourne contre elles, les obligeant notamment, dans des litiges généralement sans grande incidence pécuniaire, à financer [...] des déplacements, parfois nombreux et lointains* »¹⁰⁵⁶. L'obligation de comparaître à chaque audience a été également interrogée par certains parlementaires se saisissant de la question pour la soumettre au Gouvernement en place. Ainsi, le 30 novembre 2006, un sénateur posait au Ministère de la justice une question écrite, qui soulevait les difficultés rencontrées par les justiciables français établis hors de France dans le cadre de ces procédures, lorsque l'avocat de la partie adverse obtenait un report d'audience. Les Français établis hors de France n'étaient alors « *plus en état de comparaître lors de la nouvelle audience en raison de l'éloignement et de [leurs] obligations professionnelles à l'étranger* »¹⁰⁵⁷. Or, derrière ces considérations d'éloignement et d'obligations professionnelles se profile bien la question de l'enjeu économique pour les parties de ces comparutions obligatoires à chaque audience. Ces critiques ont été reprises par le rapport rédigé par le Professeur Guinchard¹⁰⁵⁸ qui relève que « *la place exclusivement réservée au débat oral n'apparaît pas adaptée aux mutations sociologiques, économiques et*

¹⁰⁵⁵ V. *supra* n° 139 et s.

¹⁰⁵⁶ *Rapport annuel de la Cour de cassation*, La documentation française, 2003, p. 11.

¹⁰⁵⁷ Question écrite n° 25432 de Christian Cointat au Ministère de la justice, posée sous la XII^e législature.

¹⁰⁵⁸ S. GUINCHARD, « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », Rapport remis au Garde des Sceaux au mois de juillet 2008, La Documentation française, 2008.

technologiques » et que « *c'est ainsi que l'obligation générale faite aux parties de comparaître systématiquement à toutes les audiences [...] est unanimement dénoncée* »¹⁰⁵⁹. Le lien est donc fait entre la comparution des parties¹⁰⁶⁰ à toutes les audiences et l'inadaptation économique de ces procédures.

247. Recul de la présence dans les procédures entériné par le législateur – Alors que certains auteurs dénonçaient l'unanimité de ces critiques¹⁰⁶¹, le législateur semble, quant à lui, les avoir entendues. Le décret du 1^{er} octobre 2010¹⁰⁶² réformant les procédures orales en matière civile, commerciale et sociale a introduit le mécanisme des dispenses de comparution dans le Code de procédure civile. En effet, l'article 446-1 du code tel qu'introduit par ce décret prévoit que « *lorsqu'une disposition particulière le prévoit, les parties peuvent être autorisées à formuler leurs prétentions et leurs moyens par écrit sans se présenter à l'audience* ». Il a déjà été vu qu'il ne s'agit pas d'une dispense totale de présence¹⁰⁶³ dans la mesure où il est nécessaire, pour obtenir cette dispense de présentation, de comparaître au moins une fois devant le tribunal. Néanmoins, cette réforme a pour conséquence de permettre à ces procédures orales de se satisfaire d'une présence minimale, réduite à une présence unique lors d'une première audience, là où auparavant la présence était organisée à chaque audience. Il apparaît donc ici que les arguments économiques n'ont pas été étrangers à ce recul de la présence dans les règles de principe régissant les procédures orales.

En outre, et alors que la procédure prud'homale avait été en quelque sorte préservée de ce recul de la présence en 2010, les arguments économiques l'ont visiblement rattrapée. En effet, bien que les règles la régissant ne contiennent pas de disposition particulière permettant d'obtenir ces dispenses de présence permettant ainsi le maintien de sa spécificité, la réforme très récente de la procédure prud'homale a également eu pour conséquence de faire reculer la présence.

2- Le recul de la présence devant le conseil de prud'hommes

248. Faire fi de l'absence des parties – Jusqu'à récemment, en raison de l'importance de la présence des parties, l'absence de celles-ci ne permettait pas au juge prud'homal de statuer immédiatement, ce dernier devant procéder à une nouvelle convocation, espérant ainsi

¹⁰⁵⁹ S. GUINCHARD, « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », préc., p. 257.

¹⁰⁶⁰ Qui peut certes, à titre exceptionnel, se réaliser par mandataire, mais le principe reste celui d'une comparution personnelle, c'est-à-dire d'une présence des parties.

¹⁰⁶¹ D. BOULMIER, *Conseil de prud'hommes- Agir et réagir devant le Conseil de prud'hommes*, Lamy, 2011, Coll. Lamy Axe droit, n° 543.

¹⁰⁶² Décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale.

¹⁰⁶³ V. *supra* n° 146.

que les parties seraient *in fine* présentes. Ainsi, avant l'entrée en vigueur de la loi « Macron »¹⁰⁶⁴, l'article R. 1454-13 du Code du travail imposait au bureau de conciliation, en cas d'absence du défendeur, de renvoyer l'affaire devant le bureau de jugement, ce renvoi impliquant alors une nouvelle convocation pour permettre aux parties d'être présentes. Or, le rapport rendu par M. Lacabarats sur la réforme des conseils de prud'hommes¹⁰⁶⁵ relevait à ce propos que *« cette situation est difficilement compréhensible pour le salarié auteur de la saisine, qui alors que l'employeur est défaillant, doit encore subir des délais de procédure, qui peuvent être très longs devant certains conseils de prud'hommes, et ce alors même que le litige peut-être très simple ou que le demandeur peut se trouver dans une situation précaire »*. Ce rapport souligne donc que ce renvoi à une audience ultérieure justifié par la volonté de mener une audience de jugement en présence de toutes les parties, peut s'avérer très coûteux en temps et en argent pour le demandeur. C'est la raison pour laquelle le rapport formule, dans sa proposition n° 34, l'idée selon laquelle le bureau de conciliation, qu'il conviendrait d'appeler le bureau de conciliation et d'orientation, ait le pouvoir de juger sur le fond en cas de défaut de comparution, sans motif légitime, du défendeur¹⁰⁶⁶. Cette proposition a été reprise et intégrée dans la loi du 6 août 2015 dite loi « Macron »¹⁰⁶⁷ qui a inséré dans le Code du travail l'article L. 1454-1-3 rédigé comme suit : *« Si une partie ne comparaît pas et qu'elle n'est pas représentée, sauf motif légitime, le bureau de conciliation et d'orientation peut juger l'affaire, en l'état des pièces et moyens que la partie comparante a contradictoirement communiqués. Dans ce cas, le bureau de conciliation et d'orientation statue en tant que bureau de jugement dans sa composition restreinte mentionnée à l'article L. 1423-13 »*. Certes, cette nouvelle possibilité pour le conseil de prud'hommes de se passer de la présence d'une partie pour statuer sur le champ pourrait être également un moyen d'encourager les parties à être présentes dès l'audience de conciliation devant le bureau de conciliation¹⁰⁶⁸. Il y a cependant fort à parier que ce n'est pas cet argument auquel le législateur a été le plus sensible, mais bien celui du gain de temps et d'argent pouvant être réalisé. Cette interprétation de la *ratio legis* est d'ailleurs soutenue par plusieurs indices. D'abord, cette possibilité permettrait à l'affaire d'être jugée devant le bureau de conciliation et d'orientation *« dans sa composition restreinte mentionnée à l'article L. 1423-13 »*. Or, cette formation est composée

¹⁰⁶⁴ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

¹⁰⁶⁵ A. LACABARATS, « L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXI^e siècle », Rapport remis à la Garde des Sceaux, p. 71-72.

¹⁰⁶⁶ A. LACABARATS, « L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXI^e siècle », préc. Proposition n° 34 : *« Prévoir le jugement immédiat de l'affaire par le Bureau de conciliation et d'orientation en cas d'absence injustifiée du défendeur »*.

¹⁰⁶⁷ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

¹⁰⁶⁸ Sur ce point, le rapport Lacabarats affirme que *« cette mesure devrait en outre favoriser la comparution des parties devant le bureau de conciliation et d'orientation, et donc la conciliation elle-même puisque les défendeurs ne pourraient plus user de façon dilatoire de la distinction des fonctions de conciliation et de jugement »* : A. LACABARATS, « L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXI^e siècle », préc., p. 72.

de deux conseillers, l'un conseiller prud'homal employeur et l'autre conseiller prud'homal salarié. La formation de jugement est donc plus légère, et par conséquent moins coûteuse, que la formation classique du bureau de jugement à laquelle l'affaire était antérieurement renvoyée, puisque celle-ci est composée d'au moins deux conseillers employeurs et deux conseillers salariés¹⁰⁶⁹. Ensuite, l'insertion de cette réforme dans une loi comportant de nombreux éléments disparates rassemblés sous la bannière de la croissance économique démontre la volonté du gouvernement d'inscrire cette réforme de la procédure prud'homale dans une dynamique d'amélioration de l'efficacité économique. C'est d'ailleurs ce qui transparaît directement dans le compte-rendu du Conseil des ministres du 10 décembre 2014¹⁰⁷⁰ à l'issue duquel ce projet de loi porté par le ministre de l'Economie a été présenté. Ce compte-rendu mentionne en effet dans les propos introductifs que « *moderniser l'économie française est une nécessité* » et que ce « *projet de loi pour la croissance et l'activité a pour objectif de donner de l'énergie à la société, de lui redonner de la confiance, de la simplifier, de l'ouvrir* ». Plus spécifiquement, le compte-rendu affirme que « *le projet de loi réforme [...] la justice prud'homale, pour la rendre plus simple, plus rapide, plus prévisible et plus efficace* ». C'est donc bien vers un objectif d'amélioration de la rapidité et de l'efficacité que tend cette réforme du conseil de prud'hommes. L'on retrouve aisément les considérations économiques qui ont poussé le législateur à faire fi de la présence des parties afin d'accélérer la procédure, considérant par là-même que l'organisation à tout prix de la présence représente un coût économique trop important.

Par ailleurs, quel que soit le type de procédure envisagée, il apparaît que corrélativement à ce recul de la présence, les modes de participation au procès alternatifs à la présence marquent, quant à eux, de nettes avancées, justifiées également par des considérations économiques.

B- Les avancées des alternatives à la présence

249. Avancées des alternatives à la présence justifiées par le coût de la présence – C'est en s'appuyant sur des arguments économiques que le législateur, en vue de réduire les coûts qui seraient inhérents à la présence des acteurs du procès, développe les alternatives à celle-ci. En effet, les deux modes de participation au procès distincts de la présence que sont la représentation et la visioconférence¹⁰⁷¹ se sont considérablement développés ces dernières décennies au détriment de la présence. Or, les arguments qui président à leur extension sont tous issus d'une volonté de maximiser l'efficacité des procédures, démontrant ainsi un peu

¹⁰⁶⁹ Art. L. 1423-12 C. trav.

¹⁰⁷⁰ Compte-rendu du Conseil des ministres du 10 décembre 2014, disponible sur le site du gouvernement : <http://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2014-12-10/croissance-et-activite> (consulté le 17/06/2015).

¹⁰⁷¹ V. *supra* n° 72 et s. et n° 81 et s.

plus encore que le législateur a bien intégré l'idée que la présence avait un coût économique important. Ce sont en effet des arguments économiques qui ont été et sont encore mis en avant en ce qui concerne tant les avancées de la représentation dans les procédures orales comme écrites (1) que celles de la visioconférence (2).

1- Les avancées de la représentation justifiées par l'analyse économique

250. Justification économique générale du développement de la représentation – Alors que l'on pourrait penser de prime abord que la représentation a un coût¹⁰⁷², elle est souvent, dans le cadre général de l'analyse économique du procès, présentée comme une source de rationalisation des procédures. Cet argument a par exemple été pris en compte pour étendre la représentation obligatoire devant la Cour de cassation au contentieux prud'homal qui en était auparavant exclu. En effet, le décret du 20 août 2004¹⁰⁷³ a abrogé l'article R. 517-10 du Code du travail qui prévoyait la dispense de représentation obligatoire devant la Chambre sociale de la Cour de cassation. Statuant sur des recours en excès de pouvoir formés contre ce décret, le Conseil d'Etat a affirmé que les dispositions du décret, parmi lesquelles la suppression de la dispense de représentation obligatoire, « *ont pour objet [...] de concourir à une bonne administration de la justice* »¹⁰⁷⁴. Or, la bonne administration de la justice renvoie pour partie à la rationalisation économique de la justice¹⁰⁷⁵, et certains auteurs affirment ainsi que ce sont « *ces considérations* [de rationalisation du contentieux et donc d'économies judiciaires qui] *ont fini par emporter la conviction du législateur en matière sociale devant la Cour de cassation* »¹⁰⁷⁶. Cet argument est cependant insuffisant pour démontrer que l'analyse économique du procès conduit à faire avancer la représentation au détriment de la présence dans la mesure où il s'agit d'une extension de la représentation dans une procédure qui est essentiellement écrite. L'argument de la rationalisation économique engendrée par l'expansion de la représentation obligatoire passe plutôt par le canal de l'évitement du procès – les avocats sauraient mieux conseiller à leurs clients d'éviter le procès lorsque les chances de succès sont trop maigres¹⁰⁷⁷. Il ne s'appuie donc pas sur ce point sur l'avantage économique

¹⁰⁷² Et cette analyse ne peut d'ailleurs être véritablement écartée : v. *infra* n° 270 et s.

¹⁰⁷³ Décret n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile.

¹⁰⁷⁴ CE, 6^e et 1^e s.-sect. réun., 6 avril 2006, *Confédération générale du travail*, req. n° 273311 : *Rev. dr. trav.* 2006, p. 331, comm. T. GRUMBACH et E. SERVERIN.

¹⁰⁷⁵ En ce sens, v. L. CADIET, « Introduction à la notion de bonne administration de la justice en droit privé », *Justice et cassation* 2013, p. 13 et s., spéc. n° 3 : « *Administrer la justice c'est aussi gérer les moyens dont l'institution judiciaire est dotée pour remplir sa mission* » ; P. GONOD, « Introduction à la notion de bonne administration de la justice en droit public », *Justice et cassation* 2013, p. 31 et s.

¹⁰⁷⁶ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., PUF, 2013, n° 215.

¹⁰⁷⁷ Cet argument a par exemple été utilisé par la Cour de cassation dans son rapport annuel de 2005 qui considère que c'est une évidence « *que l'information apportée par un avocat aux conseils sur les chances d'aboutir d'un pourvoi est susceptible de décourager une partie de s'engager dans une procédure lorsque ces*

qui découlerait d'un remplacement de la présence par la représentation, puisque l'objectif est ici purement d'éviter le procès.

251. Justification économique spéciale du développement de la représentation aux dépens de la présence – Cette nuance ne saurait pourtant masquer qu'historiquement, ce sont bien des arguments pragmatiques, pour ne pas dire économiques, qui sont à l'origine de l'introduction puis du développement de la représentation au détriment de la présence des parties. Ainsi, au XIII^e siècle, période des prémices de la représentation, on passe d'une procédure dans laquelle « *la présence physique des antagonistes était indispensable* »¹⁰⁷⁸ à une procédure devant le Parlement de Paris, cour d'appel souveraine et unique, qui incite les justiciables à confier la conduite du procès à des praticiens résidant sur place en raison « *des grandes distances qui séparent les appelants de la Cour parisienne* »¹⁰⁷⁹. Ainsi, la représentation s'est développée pour des raisons pragmatiques tenant aux difficultés liées à la distance entre les justiciables et la juridiction, et a ainsi permis de limiter le temps perdu pour prendre en compte ces déplacements. Or, cet argument perdure encore aujourd'hui et est toujours utilisé pour justifier l'expansion de la représentation à des procédures faisant traditionnellement une large part à la présence des parties. A ce titre, l'exigence de présence des parties au cours de la procédure devant les conseils de prud'hommes a été critiquée sur ce fondement économique. Le rapport rendu par M. Lacabarats relève ainsi que l'exigence de présence, et avec elle son corollaire de l'interdiction de principe de la représentation, sont « *sources de crispations et de renvois excessifs* »¹⁰⁸⁰, qui se traduisent nécessairement par un allongement des procédures. Pour ces raisons sans doute, la jurisprudence s'est montrée extrêmement conciliante avec le motif légitime susceptible de justifier l'absence des parties et leur représentation, comme le permettait l'article R. 1453-1 du Code du travail¹⁰⁸¹. La jurisprudence a admis que tout empêchement pouvait être considéré comme légitime même si l'évènement invoqué n'a pas les caractéristiques de la force majeure¹⁰⁸². Fort du constat selon lequel les parties n'étaient en réalité que rarement présentes, le rapport Lacabarats préconisait d'admettre plus largement la représentation en l'alignant sur les conditions de la

chances sont faibles ou nulles » : Rapport annuel de la Cour de cassation 2005, La documentation française, 2006, p. 447.

¹⁰⁷⁸ B. AUZARY-SCHMALZ, S. DAUCHY, « L'assistance dans la résolution des conflits au civil devant le Parlement de Paris au Moyen-Age », *Recueil de la Société Jean Bodin pour l'Histoire comparée des institutions*, t. LXIV/3 : *L'assistance dans la résolution des conflits*, Bruxelles, 1997, p. 49.

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*

¹⁰⁸⁰ A. LACABARATS, « L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXI^e siècle », Rapport remis à la Garde des Sceaux, préc., p. 68.

¹⁰⁸¹ Désormais modifié par le décret n° 2016-660 du 20 mai 2016.

¹⁰⁸² V. par ex. Cass. soc., 15 janv. 1972 : *Bull. civ.* 1972, V, n° 539 ; CA Paris, 23 mai 1977 : *Gaz. Pal.* 1977, 2, p. 415 ; *RTD civ.* 1977, p. 826, obs. R. PERROT ; Cass. soc., 14 mai 1987 : *Bull. civ.* V, 1987, n° 335. Sur cette question, v. notamment P. JULIEN, N. FRICERO, « Représentation en justice », *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 106, LexisNexis, 2014, n° 80 ; J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd., Montchrestien, 2012, Coll. Domat droit privé, n° 628 ; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 949.

représentation dans les procédures orales, en d'autres termes sur la procédure devant le tribunal d'instance¹⁰⁸³. Or, le législateur a suivi ces préconisations puisque l'article L. 1454-1-3 du Code du travail prévoit le cas où « *sauf motif légitime, une partie ne comparaît pas, personnellement ou représentée* ». En outre, le décret d'application de la loi Macron relatif à l'assistance et la représentation des parties devant le Conseil de prud'hommes paru le 20 mai 2016¹⁰⁸⁴ opère, par son article 9 une réécriture de l'article R. 1453-1 du Code du travail, désormais rédigé comme suit : « *Les parties se défendent elles-mêmes. Elles ont la faculté de se faire assister ou représenter* ». De même, l'article 14 du décret modifie l'article R. 1454-14 du Code du travail en remplaçant le défaut de « *présentation* » du défendeur par un défaut de « *comparution* », ce qui semble mettre sur un même plan la comparution personnelle et la représentation, faisant ainsi reculer le domaine de la présence au profit de la représentation en vertu de considérations économiques.

252. Avancées de l'écrit – D'ailleurs, cette expansion de la représentation au détriment de la présence doit être mise en relation avec le développement de l'écrit dans les procédures orales¹⁰⁸⁵. En effet, ce sont les mêmes arguments économiques¹⁰⁸⁶ qui ont conduit le législateur, par le décret du 1^{er} octobre 2010¹⁰⁸⁷, à permettre aux parties de formuler leurs prétentions par écrit sans se présenter à l'audience¹⁰⁸⁸.

Il y a donc dans l'avancée de la représentation et de l'écrit au détriment de la présence des éléments qui tiennent incontestablement à l'analyse économique du procès. En outre, et de façon bien plus évidente encore, ce sont les mêmes arguments économiques qui ont présidé au développement de la visioconférence qui vient concurrencer la présence.

2- Les avancées de la visioconférence justifiées par l'analyse économique

253. La « puissance de feu du référentiel managérial » justifiant la visioconférence dans le procès pénal – Sans doute y a-t-il en matière de visioconférence beaucoup moins d'hésitations quant aux motivations du législateur pour en accroître le domaine au détriment de la présence physique. Le constat selon lequel, d'après une formule marquante, la

¹⁰⁸³ A. LACABARATS, « L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXI^e siècle », Rapport remis à la Garde des Sceaux, préc., p. 68.

¹⁰⁸⁴ Décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail.

¹⁰⁸⁵ V. *supra* n° 146.

¹⁰⁸⁶ V. *supra* n° 246.

¹⁰⁸⁷ Décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale.

¹⁰⁸⁸ Art. 446-1 C. proc. civ. Ces éléments ont été traités précédemment à propos du recul de la présence : v. *supra* n° 245 et s.

« *puissance de feu du référentiel managérial* »¹⁰⁸⁹ justifie le développement de la visioconférence, est partagé de façon unanime. L'intégration de la visioconférence dans le procès pénal a en effet d'abord été conçue pour éviter ou du moins limiter les frais de justice liés aux déplacements longs et coûteux des magistrats dans les régions ultra-marines. Les premières expériences de visioconférence en France ont ainsi été mises en place à Saint-Pierre et Miquelon¹⁰⁹⁰ pour éviter le déplacement des magistrats parisiens dans cette collectivité d'Outre-mer au contingent trop faible de magistrats. Des calculs ont d'ailleurs été réalisés qui démontrent que, si les coûts d'investissement dans la visioconférence étaient élevés, ils étaient néanmoins amortis en « *quelques semaines, ou quelques mois* »¹⁰⁹¹.

Ces mêmes arguments économiques ont été mis en avant s'agissant de la minimisation des frais liés aux déplacements des témoins et experts, également inclus dans les frais de justice¹⁰⁹². Ainsi, la doctrine relève que l'utilisation de la visioconférence permet un gain de temps et d'argent en évitant des déplacements inutiles des parties, témoins ou experts¹⁰⁹³. Les économies réalisées en évitant les frais de déplacement des témoins et experts ont été chiffrées dans le cadre de la mise en place de la visioconférence en 2005 à Saint-Denis de la Réunion, et révèlent que « *sur les six premiers mois d'utilisation, l'utilisation de la visioconférence a représenté 28 000 € d'économie pour la Cour d'assises* »¹⁰⁹⁴. Pour cette raison, l'utilisation de la visioconférence s'est étendue aux procédures transnationales pour permettre l'audition des témoins et experts à distance, en raison des longues distances pouvant séparer ces acteurs du procès avec le lieu des opérations procédurales. La visioconférence y est ici « *perçue comme un moyen de faciliter la communication et d'éviter des déplacements parfois très importants* »¹⁰⁹⁵. L'argument économique est en outre également mis en avant s'agissant de l'extension de la visioconférence à l'audition des parties elles-mêmes. En effet, la visioconférence serait source de grandes économies dans le cadre de son utilisation pour entendre des personnes détenues. Un auteur relève ainsi que dans le procès pénal, « *l'un des*

¹⁰⁸⁹ L. DUMOULIN et C. LICOPPE, *Justice et visioconférence : les audiences à distance : genèse et institutionnalisation d'une innovation. Rapport final*, Mission droit et justice, 2009, p. 174. Pour une autre référence à la logique managériale dans la visioconférence, v. J. DANET, *La justice pénale, entre rituel et management*, PUR, 2010, Coll. L'univers des normes, spéc. p. 197 et s.

¹⁰⁹⁰ Sur l'introduction de la visioconférence à Saint-Pierre et Miquelon, v. *supra* n° 74.

¹⁰⁹¹ L. DUMOULIN et C. LICOPPE, *Justice et visioconférence : les audiences à distance : genèse et institutionnalisation d'une innovation*, préc., p. 175. Les auteurs y relatent les explications d'un magistrat lors d'une session de formation continue de l'Ecole Nationale de la Magistrature qui s'est tenue le 6 octobre 2006, au cours de laquelle ce dernier avait déclaré « [...] *avant qu'il y ait la visioconférence, on envoyait les conseillers de Paris en avion, ça coûtait 20 à 25 000 francs. Le collègue était souvent bloqué à Halifax, il y avait des tempêtes, il n'arrivait pas à Saint-Pierre, donc le retour en investissement, ça s'est fait en quelques semaines, quelques mois. On a utilisé en 2000 le système et ça y'est, c'était rentabilisé, parce qu'à l'époque, c'était un système qui valait 100 000 francs* ».

¹⁰⁹² Pour plus de précisions sur cette question, v. *supra* n° 236.

¹⁰⁹³ S. AMRANI-MEKKI, « Efficacité et nouvelles technologies », art. préc., n° 8.

¹⁰⁹⁴ L. DUMOULIN et C. LICOPPE, *Justice et visioconférence : les audiences à distance : genèse et institutionnalisation d'une innovation*, préc., p. 174.

¹⁰⁹⁵ J. BOSSAN, « La visioconférence dans le procès pénal, un outil à maîtriser », *RSC* 2012, p. 801, spéc. n° 5.

moteurs de la mise en place de la visioconférence est précisément la limitation des déplacements des personnes détenues et des escortes nécessaires à ceux-ci »¹⁰⁹⁶. Ainsi en 2010, un rapport rédigé au nom de la commission des lois envisageait de faire de la visioconférence le principe lorsque la personne était détenue dans le but de réduire les effectifs de police et de gendarmerie affectés aux missions d'extraction judiciaire¹⁰⁹⁷, puisque celles-ci mobilisent « 1250 équivalents temps pleins travaillés au sein des services de gendarmerie et de police »¹⁰⁹⁸. Il y a là indéniablement une prise en compte de considérations économiques, puisque la visioconférence est ici envisagée comme un moyen de supprimer les coûts liés aux extractions de personnes détenues. S'il est vrai qu'en la matière, le souhait de réaliser des économies n'est peut-être pas le seul intérêt de la visioconférence, puisqu'elle peut permettre également de prendre en considération des éventuels risques liés à la sécurité¹⁰⁹⁹, il reste que les arguments mis en avant par le législateur sont ceux qui tiennent à une analyse économique du coût de la présence.

254. Visioconférence justifiée par des arguments économiques dans les procès civils – La procédure pénale n'est cependant pas la seule concernée par cette justification économique de l'élargissement de la visioconférence. La loi du 20 décembre 2007¹¹⁰⁰ qui a introduit la possibilité d'avoir recours à la visioconférence devant l'ensemble des juridictions judiciaires est une loi ayant pour objectif la « simplification du droit », et dont les travaux préparatoires font apparaître les motivations économiques de cette simplification eu égard à l'extension de la visioconférence. Ainsi, le rapport du Sénat sur cette loi justifie les dispositions sur le recours à la visioconférence par la volonté d'éviter les coûts liés à l'extraction des détenus appelés à comparaître dans une affaire civile, ou encore les trajets parfois très longs devant être parcourus par les parties, les experts ou les témoins¹¹⁰¹.

255. Bilan – En définitive, dans la dynamique de modernisation, de rationalisation des procédures et, à terme, de maximisation de leur efficacité, insufflée par la Loi organique relative aux lois de finances de 2001¹¹⁰², le coût économique de la présence semble être un argument majeur pour démontrer que cette dernière serait un frein à l'efficacité des procédures, ce qui justifierait que son domaine recule progressivement au profit d'autres

¹⁰⁹⁶ J. BOSSAN, « La visioconférence dans le procès pénal, un outil à maîtriser », préc., n° 7.

¹⁰⁹⁷ E. CIOTTI, *Rapport de l'Assemblée nationale n° 2271*, sur la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, 27 janvier 2010, p. 23.

¹⁰⁹⁸ J.-M. COURTOIS, *Rapport du Sénat n° 517* du 2 juin 2010, sur le projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, p. 170.

¹⁰⁹⁹ V. *infra* n° 478 et s. V. en ce sens, J. BOSSAN, « La visioconférence dans le procès pénal : un outil à maîtriser », art. préc., n° 8.

¹¹⁰⁰ Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit.

¹¹⁰¹ B. SAUGEY, *Rapport du Sénat n° 36* du 17 octobre 2007, sur la proposition de loi relative à la simplification du droit, p. 71.

¹¹⁰² Loi org. n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, sur laquelle v. *supra* n° 231.

modes de participation aux procédures. Pourtant, cette affirmation doit être relativisée. Cette vision est en effet partielle – et peut-être partielle ? – et il est en réalité nécessaire de nuancer ce bilan économique négatif de la présence, tant sur le fond que sur la méthode.

Section 2 : La relativisation nécessaire du bilan économique négatif de la présence

256. Relativisation nécessaire quant au fond et quant à la méthode – Si la tendance est à la présentation d'un bilan économique négatif de la présence qui justifierait son recul dans l'ensemble du droit processuel, cette affirmation doit cependant être nuancée. En effet, il est sans doute nécessaire de remettre en cause cette justification économique du recul de la présence pour au moins deux raisons qui tiennent pour l'une au fond et pour l'autre à la méthode employée. S'agissant du fond d'abord, l'argument économique de l'impact négatif de la présence doit être manipulé avec réserve dès lors qu'il n'est pas certain que le bilan économique de la présence soit à ce point négatif (§1). S'agissant de la méthode ensuite, il est permis de douter que l'utilisation de l'analyse économique soit véritablement adaptée à l'institution judiciaire et partant, ce n'est pas le bilan économique qu'il est nécessaire de relativiser mais son utilisation (§2), y compris lorsqu'elle conduit à faire reculer la présence.

§1 : Incertitudes sur l'exactitude du bilan économique négatif de la présence

257. Rôle positif de la présence à l'égard des deux axes de l'analyse économique – Alors que la présence est fréquemment présentée comme une source de coûts économiques, cette analyse peut cependant être contredite ou à tout le moins nuancée. Plusieurs raisons permettent de penser que la présence n'est pas seulement une entrave à l'efficacité des procédures et peut parfois même en être le moteur. L'analyse économique de la justice repose en réalité sur deux axes principaux. Le premier étudie les modes de résolution des litiges et se fonde sur l'idée du prix Nobel d'économie Ronald Coase selon laquelle dans un univers idéal, les conflits devraient être directement résolus par les parties, sans avoir recours à l'institution judiciaire¹¹⁰³. Le second axe s'intéresse pour sa part à l'organisation du système judiciaire et à l'efficacité de ses règles de procédure. Ces deux axes tendent ainsi à montrer que pour maximiser l'efficacité de la Justice, il faut d'une part encourager l'évitement du juge par le recours aux modes alternatifs extrajudiciaires de résolution des litiges et d'autre part minimiser les coûts judiciaires une fois le juge saisi si sa saisine ne pouvait être évitée. Or, dans cette perspective économique, l'étude de l'impact de la présence révèle que celle-ci peut présenter des avantages à ces deux égards, puisque la présence joue un rôle à la fois dans la

¹¹⁰³ V. B. DEFFAINS, « Approche économique de la justice », art. préc., p. 5.

minimisation des coûts par l'évitement du juge (A) et dans la minimisation des coûts du procès lui-même (B).

A- Présence et minimisation des coûts par l'évitement du juge

258. Présence, modes extrajudiciaires de règlement des conflits et analyse économique – Face à l'engorgement des tribunaux, les stratégies d'évitement du juge se multiplient grâce au développement des modes extrajudiciaires de règlement des litiges¹¹⁰⁴. L'analyse économique montre que sur un marché de biens et services classique, le « *prix complet que les consommateurs payent est la somme du prix monétaire et du temps passé dans la file d'attente* »¹¹⁰⁵. Or, il faut constater que dans un système de concurrence entre les modes de règlement des litiges judiciaires et extrajudiciaires¹¹⁰⁶, les seconds sont plus performants économiquement dans la mesure où en plus d'être plus rapides, ils minimisent les coûts (1). Dans ce contexte, la présence des acteurs de ces processus permet de maximiser l'efficacité de ces stratégies d'évitement du juge et partant, de minimiser les coûts économiques de la Justice (2).

1- Analyse économique et modes extrajudiciaires de règlement des litiges

259. Annonce – L'analyse économique de la Justice s'intéresse aux coûts supportés par les parties comme par l'Etat pour tenter de les réduire, de les rationaliser. C'est pour cette raison que les modes alternatifs de règlement des litiges intéressent particulièrement la science économique puisqu'ils présentent un prix à payer moindre, à la fois pour l'Etat (a) et pour les parties (b).

¹¹⁰⁴ Le législateur a d'ailleurs à nouveau cherché à encourager ces modes alternatifs de règlement des litiges par le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends. Pour plus de développements sur les modes extrajudiciaires de règlement des litiges, v. *supra* n° 163 et s.

¹¹⁰⁵ B. DEFFAINS, « L'analyse économique des modes alternatifs de règlement des litiges », in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice* (dir. Y. DESDEVISES et P. MILBURN), La Documentation française, 2003, p. 89.

¹¹⁰⁶ Le propos est ici nécessairement schématique puisqu'il n'y a en réalité pas de concurrence parfaite entre ces modes de règlement des litiges dans la mesure où ils peuvent parfois être complémentaires : en ce sens v. L. CADIET, « Ordre concurrentiel et justice », in *L'ordre concurrentiel : Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Editions Frison-Roche, 2003, p. 109, spéc. n° 24. Sur la complémentarité des différents modes de règlement des litiges, v. également B. DEFFAINS, « L'analyse économique des modes alternatifs de règlement des litiges », art. préc., spéc. p. 91 ; P. THERY, « Les modes alternatifs de règlement des litiges. Le point de vue du juriste », in *Droit et économie du procès civil*, préc., p. 145.

a- Minimisation des coûts pour l'Etat

260. Unanimité du constat du coût moindre des modes alternatifs de règlement des litiges – Les modes alternatifs extrajudiciaires de règlement des litiges ont le vent en poupe ces dernières années, comme en témoigne la multiplication des incitations de l'Union européenne à développer ces processus. Plusieurs directives européennes récentes¹¹⁰⁷ visent à faciliter le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges. Cet engouement¹¹⁰⁸ fait d'ailleurs l'unanimité. Ainsi, le rapport rendu en 2013 par l'Institut des Hautes Etudes de la Justice souligne que de l'ensemble des rapports rendus sur la Justice ces trente dernières années, « *le consensus se fait sur les remèdes, à savoir la nécessité [...] de développer des modes alternatifs de règlement des conflits* »¹¹⁰⁹. En effet, déjà en 1997, le rapport Coulon soulignait l'intérêt des modes alternatifs de règlement des litiges et y consacrait un chapitre entier¹¹¹⁰. De même, les propositions 47 à 52 du rapport Guinchard étaient consacrées au développement des modes alternatifs de règlement des litiges¹¹¹¹. Ce sont également les rapports rendus par la société civile qui soulignent l'intérêt d'encourager le développement des modes alternatifs de règlement des litiges pour améliorer le fonctionnement de la justice¹¹¹². Dans l'esprit de tous, les modes alternatifs de règlement des litiges sont « *supposés plus souples et moins coûteux* »¹¹¹³ que la justice classique.

261. Explication de la minimisation des coûts par l'évitement du juge – Plusieurs raisons permettent d'expliquer ce gain financier pour l'Etat. Sans doute, un premier argument tient aux sommes allouées par l'Etat au titre de l'aide juridictionnelle, moins élevées que dans le cadre d'un règlement judiciaire du litige¹¹¹⁴. Il est vrai qu'aujourd'hui le règlement extrajudiciaire des litiges peut, dans une certaine mesure, être pris en charge au titre de l'aide

¹¹⁰⁷ V. par exemple la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 transposée par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 (sur laquelle v. N. NEVEJANS, « L'ordonnance du 16 novembre 2011.- Un encouragement au développement de la médiation ? », *JCP G* 2012, doctr. 148) ou encore la directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 sur le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, transposée par l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (sur laquelle v. B. MALLET-BRICOUT, « Médiation et droit de la consommation : une avancée vers la généralisation des modes extrajudiciaires de règlement des litiges », *RTD Civ.* 2015, p. 952).

¹¹⁰⁸ On remarquera cependant que le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges n'exclut pas systématiquement l'intervention d'un juge, mais cherche néanmoins à l'éviter dans un premier temps pour ne le faire intervenir qu'*a posteriori*.

¹¹⁰⁹ A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE, *La prudence et l'autorité : L'office du juge au XXI^e siècle*, Rapport remis au Garde des Sceaux, mai 2013, p. 159.

¹¹¹⁰ J.-M. COULON (dir.), *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Rapport au ministre de la justice, La documentation française, 1997, p. 51 et s.

¹¹¹¹ S. GUINCHARD, (dir.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, préc., p. 23-24.

¹¹¹² D. CHEKROUN, H. NALLET (dir.), *Pour un Etat de justice*, Fondation Jean Jaurès, 2012, p. 194 et 259.

¹¹¹³ L. CADIET, « Ordre concurrentiel et justice », art. préc., n° 24.

¹¹¹⁴ En ce sens, v. D. CHEKROUN, H. NALLET (dir.), *Pour un Etat de justice*, préc., p. 194 et 259.

juridictionnelle par l'Etat. Ainsi, depuis la loi du 22 décembre 2010¹¹¹⁵, l'article 10 alinéa 2 de la loi du 10 juillet 1991 prévoit désormais que l'aide juridictionnelle peut être accordée « *en vue de parvenir, avant l'introduction de l'instance, à une transaction ou à un accord conclu dans le cadre d'une procédure participative* ». Si l'on peut regretter que la conciliation et la médiation extrajudiciaires ne soient pas explicitement visées, il semble quand même qu'elles soient concernées par cette disposition. En outre, la loi du 29 décembre 2015¹¹¹⁶ a créé un article 64-5 relatif à l'aide à la médiation, qui permet l'attribution de l'aide juridictionnelle dans le cadre de la médiation extrajudiciaire. Au surplus, la loi du 10 juillet 1991¹¹¹⁷ comprend également une partie relative à l'aide accordée dans le cadre de procédures non juridictionnelles notamment applicable en matière de médiation pénale¹¹¹⁸. Toutefois, le recours aux modes extrajudiciaires permettrait malgré tout un gain sur les sommes allouées au titre de l'aide juridictionnelle prise dans sa globalité pour deux raisons. D'abord, l'aide juridictionnelle accordée dans le cadre de la médiation extrajudiciaire semble subordonnée à la saisine d'un juge pour homologation, ce qui signifie que l'aide ne sera pas accordée, d'une part, en cas d'échec de la médiation¹¹¹⁹ et, d'autre part, en l'absence de demande d'homologation. Ensuite, les modes extrajudiciaires de règlement des litiges sont globalement moins coûteux¹¹²⁰ de telle sorte que, même en prenant en charge les frais engendrés par ces modes de règlement de litige au titre de l'aide juridictionnelle, les économies réalisées par l'Etat persistent.

Surtout, le développement des processus extrajudiciaires de règlement des conflits est perçu comme un moyen de déjudiciariser une partie du contentieux¹¹²¹, qui permet un gain de temps et d'argent¹¹²². Le gain de temps procuré par la déjudiciarisation renvoie à l'idée de désengorgement des tribunaux, et les modes alternatifs de règlement des litiges sont alors présentés comme un « *moyen d'accélérer le cours de la justice et comme un mode de désengorgement des tribunaux* »¹¹²³, certains parlant même de « *circuits de dérivation du*

¹¹¹⁵ Loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires.

¹¹¹⁶ Loi n° 2015-1785 du 29 décembre 2015 de finances pour 2016.

¹¹¹⁷ Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

¹¹¹⁸ Art. 64-2 de la loi du 10 juillet 1991.

¹¹¹⁹ En ce sens, v. N. FRICERO, « Procédure civile – janvier 2015-2016 », *D.* 2016, p. 449.

¹¹²⁰ Pour un exemple de coût d'une médiation familiale, v. D. GANANCIA, I. COPPE-BESSIS, « Dossier : coût du divorce – coût de la médiation familiale », *AJ Famille* 2016, p. 89. V. également D. CHEKROUN, H. NALLET (dir.), *Pour un Etat de justice*, préc., p. 194.

¹¹²¹ B. DEFFAINS, « L'analyse économique des modes alternatifs de règlement des litiges », art. préc., p. 91.

¹¹²² S. AMRANI-MEKKI, « La déjudiciarisation », art. préc. L'auteur y remet cependant en cause la légitimité de la déjudiciarisation à l'égard de ces objectifs.

¹¹²³ J. PHILIPPE, « Les modes alternatifs de règlement des litiges, le point de vue de l'économiste », in *Droit et économie du procès civil*, préc., p. 121.

contentieux »¹¹²⁴. Le développement des modes extrajudiciaires de règlement des litiges participe ainsi largement à la gestion des flux¹¹²⁵, ce qui allège les charges pesant sur l'Etat.

Le constat d'une réduction des coûts pour l'Etat grâce à l'évitement du juge n'est cependant pas suffisant pour affirmer que les modes extrajudiciaires de règlement des litiges sont économiquement avantageux. En effet, dans une analyse macroéconomique, la situation optimale est souvent décrite comme celle dans laquelle l'optimum de Pareto est atteint, c'est-à-dire celle dans laquelle il n'est pas possible d'améliorer la situation d'un acteur sans dégrader celle d'un autre¹¹²⁶. Suivant un raisonnement analogue à cette logique, les modes extrajudiciaires de règlement des conflits ne sont globalement avantageux économiquement qu'à condition que les gains retirés par l'Etat ne soient pas compensés par des coûts plus importants pesant sur les parties. Cela étant, il semble que ce ne soit pas le cas puisque l'évitement du juge permet également de minimiser les coûts pour les parties.

b- Minimisation des coûts pour les parties

262. « Mauvais arrangement mieux vaut que bon procès » – Ce proverbe populaire, que l'on retrouve notamment dans l'œuvre de Balzac¹¹²⁷, exprime bien cette idée qu'il est plus intéressant pour les parties de s'entendre plutôt que d'aller plaider. L'adage invite en effet les parties à régler amiablement le différend, car un procès « *détruit la tranquillité et avive les passions, [...] engloutit des sommes importantes* »¹¹²⁸. Un autre adage se fait l'écho de cette sagesse populaire, selon lequel « *il n'est pas de meilleure justice que celle que les parties s'administrent elles-mêmes* ». Or, on le voit, l'argument économique des moindres frais pour les parties vient alimenter cette idée bien ancrée dans la conscience populaire.

263. Etudes empiriques – Les études empiriques viennent d'ailleurs confirmer cette idée de façon générale. Ainsi, une enquête réalisée par le cabinet Fidal et l'*American Arbitral Association*, dont les résultats ont été présentés lors d'un colloque organisé par l'Institut d'expertise, d'arbitrage et de médiation le 11 octobre 2010 autour du thème « Expertise-Médiation », révélait que, parmi les entreprises ayant eu recours aux modes alternatifs de règlement des litiges, initiés à 81% de manière conventionnelle, 70 % de celles interrogées

¹¹²⁴ B. OPPETIT, « Arbitrage, médiation et conciliation », *Rev. arbitrage* 1984, p. 307 et s., spéc. p. 322.

¹¹²⁵ En ce sens, v. N. FRICERO (dir.), *Le guide des modes amiables de résolution des différends*, 2^e éd., Guide Dalloz 2016-2016, Dalloz, 2015, n° 0.12.

¹¹²⁶ Sur l'optimum de Pareto, v. J.-S. LENFANT, « Manuel d'économie politique, livre de Vilfredo Pareto », *Encyclopædia Universalis [en ligne]*, consulté le 9 juillet 2015, disponible à l'adresse : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/manuel-d-economie-politique>.

¹¹²⁷ V. H. DE BALZAC, *Les illusions perdues*, La Pleiade, t. IV, p. 1054.

¹¹²⁸ H. ROLAND, L. BOYER, « Mauvais arrangement mieux vaut que bon procès », in *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999, p. 431.

dans le cadre de cette enquête confirmaient que les litiges étaient résolus plus vite, et 65 % d'entre elles affirmaient que la médiation permettait de réduire les coûts de procédure¹¹²⁹.

264. Explication économique – Les avantages en termes de minimisation des coûts pour les parties s'expliquent en réalité par la théorie des coûts de transaction, inspirée de Ronald Coase dans son article fondateur de l'analyse économique du droit *The Problem of Social Cost*¹¹³⁰ et développée par Oliver Williamson¹¹³¹. Selon cette théorie, afin de choisir entre deux modes d'organisation des transactions, les agents rationnels prennent en compte non seulement les coûts économiques habituels, mais également les coûts de transaction, qui correspondent à des coûts de coordination de l'institution¹¹³². En d'autres termes, alors que les économistes se sont longtemps fondés sur l'idée que les transaction par le marché ne peuvent être mieux organisées que par la fameuse « *main invisible* » d'Adam Smith¹¹³³, la théorie des coûts de transaction met en avant l'idée que les transactions peuvent être mises en œuvre par d'autres modes d'organisation, qui présentent chacun des coûts de transactions différents. Or, dans l'analyse économique du droit et de la justice, la décision de justice, et plus largement la solution au litige, est envisagée comme un bien économique fourni par une institution, qui peut être l'institution judiciaire ou les modes extrajudiciaires de règlement des litiges. Dans cette perspective, lorsqu'il s'agit pour les parties d'arbitrer, elles auront une préférence pour régler leur litige à l'amiable par les modes alternatifs de règlement des litiges car les coûts de transaction y sont moindres. En effet, à solution constante, un mode extrajudiciaire de règlement des litiges présente des coûts de transaction inhérents à l'institution inférieurs à ceux du système judiciaire, notamment parce que la procédure est moins longue et que l'incertitude y est théoriquement moins importante¹¹³⁴. Pour cette raison, l'évitement du juge a un intérêt économique pour les parties.

¹¹²⁹ M. ANTOINE, « L'enquête du cabinet Fidal sur l'utilisation des modes alternatifs de règlement des conflits », *Gaz. Pal.* 2010, n° 299, p. 10.

¹¹³⁰ R. COASE, « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics*, 1960. Sur cet article, v. E. BERTRAND, « The problem of social cost, livre de Ronald H. Coase », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 24 juin 2015, disponible à l'adresse : www.universalis-edu.com/encyclopedie/the-problem-of-social-cost/.

¹¹³¹ V. C. MENARD, « Williamson Oliver E. (1932-) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 24 juin 2015, disponible à l'adresse : www.universalis-edu.com/encyclopedie/oliver-e-williamson.

¹¹³² C. BARRERE, « Les approches économiques du système judiciaire », *RIDE* 1999/2, p. 153 et s., spéc. p. 157.

¹¹³³ *Ibid.*

¹¹³⁴ L'incertitude est en effet un des facteurs pris en compte dans l'analyse des coûts de transaction en raison de l'aversion pour le risque des agents rationnels : v. C. MENARD, « Coûts de transaction », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 24 juin 2015, disponible à l'adresse : www.universalis-edu.com/encyclopedie/couts-de-transaction/.

2- Rôle de la présence dans les stratégies d'évitement du juge

265. Contribution de la présence à l'évitement du juge – Les modes alternatifs de règlement des litiges, dont le succès repose en grande partie sur la présence des parties¹¹³⁵, démontrent que la présence organisée des parties n'est pas synonyme de hausse des coûts. En réalité, il va sans dire que pour l'Etat comme pour les parties, la minimisation des coûts économiques due au développement des possibilités d'évitement du juge n'est effective que si, d'une part, les parties choisissent effectivement ces voies parallèles et si, d'autre part, cette entreprise est couronnée de succès – en effet, en cas d'échec, l'avantage escompté de l'évitement du juge est nettement réduit¹¹³⁶. En réalité, ces deux éléments sont liés. Afin de comprendre comment la présence peut participer à l'évitement du juge et donc à améliorer l'efficacité de la Justice, il est nécessaire de partir du constat selon lequel la présence favorise les processus de règlement amiable des conflits notamment extrajudiciaires, en permettant un meilleur échange des informations, une meilleure écoute, et donc un meilleur dialogue¹¹³⁷. Fort de ce postulat, on peut alors observer que la présence a deux effets bénéfiques sur le développement des stratégies d'évitement du juge. D'abord, parce que la présence augmente le taux de réussite des processus extrajudiciaires de résolution amiable des litiges, elle permet mécaniquement de réduire la proportion des litiges qui devront être résolus en ayant recours au juge pour obtenir une solution juridictionnelle en cas d'échec du processus extrajudiciaire de règlement du litige¹¹³⁸. Par conséquent, inciter à la mise en présence des parties au litige devant un conciliateur ou un médiateur permet de réduire les coûts et d'augmenter l'efficacité procédurale. Ensuite, dans le prolongement de cette idée, si l'on admet que la présence augmente les chances de succès de tels processus, il peut s'agir là d'un élément qui sera intégré aux éléments d'informations utilisés par les agents rationnels dans leur calcul économique, au stade de l'arbitrage entre les modes de résolution des litiges extrajudiciaires et le recours à la justice étatique. Or, cet élément d'information fait diminuer les risques du recours à ces modes de résolution du conflit et ainsi diminuer les coûts de transaction. Par conséquent, si, sur un plan juridique, l'incitation au recours aux modes extrajudiciaires de règlement des litiges conduit, indirectement, à inciter à la présence inhérente à ces processus, sur un plan économique, le fait que ces processus reposent sur l'organisation de la présence des parties peut inciter celles-ci à y recourir. L'information sur le rôle de la présence dans le succès de ces processus peut en effet conduire à encourager les parties à y avoir recours. Dès lors que les théories économiques partent du postulat que les agents économiques sont

¹¹³⁵ V. *supra* n° 164 et s.

¹¹³⁶ Il n'est cependant pas certain qu'il soit nul : v. *infra* n° 267 et s.

¹¹³⁷ V. *supra* n° 164 et s.

¹¹³⁸ Il ne s'agit ici que de prendre en compte la diminution du recours au juge pour obtenir une solution juridictionnelle de la part du juge, et non pour obtenir l'homologation d'une solution obtenue de façon amiable : cette question sera évoquée *infra* n° 268.

rationnels¹¹³⁹, informer les parties sur le fait que ces processus sont fondées sur leur mise en présence les unes des autres, laquelle augmente les chances de trouver un accord – ce qui revient à communiquer davantage sur ces modes de résolution des conflits¹¹⁴⁰ – participe à une incitation indirecte à recourir à ces modes de règlement des litiges. Il y aurait donc par ces mécanismes un cercle économiquement vertueux à encourager la présence dans ces processus extrajudiciaires de résolution des conflits.

Néanmoins, résolution extrajudiciaire des litiges et saisine du juge ne sont pas incompatibles, soit qu'en cas d'accord, les parties puissent avoir intérêt à demander l'homologation de celui-ci pour lui conférer force exécutoire, soit qu'en cas d'échec, le recours au juge se présente comme l'ultime solution pour résoudre le litige¹¹⁴¹. Mais quelle que soit la solution envisagée, la présence peut également être un facteur de minimisation des coûts lorsque le juge est saisi.

B- Présence et minimisation des coûts du procès

266. Annonce – Deux arguments principaux viennent étayer l'idée selon laquelle, même lorsque le juge est saisi, la présence peut également permettre de minimiser les coûts liés au procès. Le premier s'inscrit dans la continuité de l'analyse des avantages économiques de la présence dans le cadre des processus extrajudiciaires de règlement des conflits. En effet, l'analyse économique appréhende le procès comme un échec de la coopération¹¹⁴², ce qui tendrait à admettre que les deux types de procédure sont substituables l'un à l'autre et dans une véritable concurrence. Pourtant, ce constat est trop caricatural¹¹⁴³ dès lors que processus de règlement extrajudiciaire des litiges et procès peuvent se succéder, voire se compléter. Telle est d'ailleurs la philosophie actuelle qui préside au développement des modes extrajudiciaires de règlement des litiges. Ainsi, le décret du 11 mars 2015¹¹⁴⁴ incite les parties à entreprendre des démarches en vue d'un règlement amiable préalablement à la saisine du juge, signe que les deux processus peuvent être complémentaires. De même, la procédure participative est envisagée comme une forme de mise en état conventionnelle puisque l'article

¹¹³⁹ C. BARRERE, « Les approches économiques du système judiciaire », art. préc., p. 155.

¹¹⁴⁰ Il semble en effet que l'information pouvait encore être améliorée il y a quelques années. Sur cette question, v. M. ANTOINE, « L'enquête du cabinet Fidal sur l'utilisation des modes alternatifs de règlement des conflits », art. préc.

¹¹⁴¹ R. Coase analyse d'ailleurs le recours à la justice comme un échec des processus de négociation privée : v. B. DEFFAINS, « Introduction à l'analyse économique des systèmes juridiques », art. préc., spéc. p. 1153.

¹¹⁴² B. DEFFAINS, « Introduction à l'analyse économique des systèmes juridiques », art. préc., p. 1153.

¹¹⁴³ En ce sens, v. B. DEFFAINS, « Approche économique de la justice », *Rech. Droit et justice*, 2011, n° 36, p. 5, qui relève que « l'analyse économique ne conteste pas pour autant le rôle bénéfique de l'intervention du juge dans certaines circonstances ».

¹¹⁴⁴ Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends.

1559 du Code de procédure civile dispense les parties ayant eu recours à la procédure participative de passer par la phase de mise en état judiciaire, cet aspect ayant vocation à être consolidé par le projet de loi relatif à la Justice du 21^{ème} siècle¹¹⁴⁵. Ce projet de loi envisage également de permettre le recours à une procédure participative alors que le juge est déjà saisi, ce qui témoigne incontestablement de la complémentarité des différents modes de règlement des litiges souhaitée par le législateur¹¹⁴⁶. Dans pareille hypothèse, l'idée vient alors spontanément à l'esprit que les avantages escomptés grâce au recours à une procédure extrajudiciaire vont s'annuler du fait du recours au juge, et que les coûts des deux procédures vont s'additionner. Mais en réalité, il n'est pas certain que le bilan soit si négatif et les avantages accumulés au cours du processus extrajudiciaire de règlement des litiges irriguent sans doute encore le procès, malgré la saisine d'un juge. Surtout, des processus de règlement amiable existent même une fois le juge saisi, de telle sorte que dans cette hypothèse également, un phénomène de minimisation des coûts existe, qui est lié à l'existence antérieure ou concomitante d'un processus de règlement amiable des litiges (1). Le second argument tient à ce qu'indépendamment de toute mise en œuvre d'un processus de règlement amiable des conflits – ce qui correspond encore aujourd'hui à la majorité des situations –, le bilan économique de la présence n'est peut-être pas si négatif, comparé notamment à celui des autres modes de participation (2).

1- Minimisation des coûts judiciaires liés à l'existence antérieure ou concomitante d'un processus de règlement amiable

267. Bénéfice de la présence sur les coûts économiques du procès – L'organisation de la présence des parties, qu'elle ait lieu durant les processus extrajudiciaires de règlement des litiges ou lors du procès, peut s'avérer bénéfique sur les coûts économiques du procès y compris lorsque les processus de règlement amiable ou juridictionnel se succèdent ou se complètent. Ces différents modes de règlement des conflits sont en effet loin de s'exclure les uns les autres.

268. Diminution des coûts de l'instance postérieure à l'obtention d'un accord – D'abord, lorsqu'une procédure de règlement extrajudiciaire des litiges a été mise en œuvre, le juge peut être saisi. Il peut l'être en cas de succès du processus de négociation au titre d'une demande d'homologation de l'accord obtenu. La demande d'homologation de l'accord est en

¹¹⁴⁵ Le projet de loi J21 prévoit, dans sa version telle qu'adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture le 24 mai 2016, de réécrire l'article 2063 du Code civil qui disposerait alors que la convention de procédure participative est contenue dans un écrit qui précise « *les pièces et informations nécessaires à la résolution du différend ou à sa mise en état* [...] » (art. 5 du projet de loi).

¹¹⁴⁶ En ce sens, v. S. AMRANI-MEKKI, « L'avocat du 21^{ème} siècle.- Projet J21, procédure participative et acte de procédures d'avocats », *JCP G* 2015, 1052.

effet prévue dans les trois contentieux majeurs. Elle est ainsi prévue par les articles 1565 et suivants du Code de procédure civile, par les articles 41-1-1¹¹⁴⁷, 41-2¹¹⁴⁸, 495-9¹¹⁴⁹ du Code de procédure pénale. S'agissant du contentieux administratif, le Conseil d'Etat a, par création prétorienne, reconnu au juge administratif une nouvelle attribution consistant en l'homologation d'une transaction administrative en dehors même de tout litige porté devant le juge¹¹⁵⁰. Or, ces procédures d'homologation sont nécessairement moins lourdes qu'une procédure juridictionnelle classique. Par exemple, l'article 495-9 du Code de procédure pénale prévoit qu'en cas de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, la personne est « aussitôt présentée devant le Président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui, saisi par le procureur de la République d'une requête en homologation ». En matière civile, la procédure d'homologation suit les règles de la procédure gracieuse¹¹⁵¹, qui est également moins formaliste que la procédure contentieuse. En définitive, la présence dans le cadre des processus alternatifs de résolution des litiges favorise l'obtention d'un accord, lequel permet par la suite d'avoir recours à une procédure judiciaire plus rapide. Indirectement donc, l'organisation de la présence lors de ces procédures permet de minimiser les coûts de la procédure. Ce constat se vérifie d'ailleurs également lorsque les parties ne parviennent qu'à un accord partiel, lequel peut également faire l'objet d'une demande d'homologation.

En outre, en cas d'accord partiel, la saisine du juge aux fins de jugement du différend persistant portera mécaniquement sur un litige allégé, amputé d'une partie de ses aspects, et donc théoriquement moins complexe à résoudre. Ainsi, même en l'absence d'accord, « *il est certain que les discussions ont pu permettre la clarification des éléments factuels et (ou) juridiques du différend* »¹¹⁵². Cette affirmation conserve également sa pertinence dans le cadre d'une saisine du juge aux fins de jugement de l'entier différend, pertinence qui aurait d'ailleurs été renforcée si le projet de loi relatif à la modernisation de la justice du 21^{ème} siècle avait persisté sur la voie de la reconnaissance d'actes de procédure d'avocats¹¹⁵³.

269. Diminution des coûts du procès dans le cadre duquel un accord est obtenu –

Ensuite, et partant toujours du postulat qu'elle favorise la solution amiable du litige, la présence peut permettre une diminution des coûts du procès, y compris si le juge est saisi

¹¹⁴⁷ S'agissant de la transaction pénale proposée par un officier de police judiciaire.

¹¹⁴⁸ S'agissant de la validation de la composition pénale.

¹¹⁴⁹ Pour l'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

¹¹⁵⁰ CE, 6 déc. 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-roses*, req. n° 249153 : *AJDA* 2003, p. 280, comm. F. DONNAT et D. CASAS ; *Dr. adm.* 2003, comm. 20 ; concl. G. LECHATELIER : *RFDA* 2003, p. 291.

¹¹⁵¹ Prévue par les articles 25 et suivants du Code de procédure civile pour les principes directeurs la régissant.

¹¹⁵² N. FRICERO (dir.), *Le guide des modes de résolution amiable des différends*, préc., n° 515.23.

¹¹⁵³ En ce sens, v. S. AMRANI-MEKKI, « L'avocat du 21^e siècle.- Projet J21, procédure participative et acte de procédure d'avocats », art. préc. Il semble cependant que les actes de procédure d'avocats aient disparu du projet dans sa dernière version.

avant même l'obtention d'un accord. En effet, en matière civile du moins, selon l'article 21 du Code de procédure civile, « *il entre dans la mission du juge de concilier les parties* » et par ailleurs, de nombreux préalables de conciliation sont prévus par des textes spéciaux¹¹⁵⁴, comme ce peut être le cas devant le tribunal d'instance ou la juridiction de proximité. De même en contentieux administratif, l'article L. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire dispose que « *dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, les chefs de juridiction peuvent, si les parties en sont d'accord, organiser une mission de conciliation et désigner à cet effet la ou les personnes qui en seront chargées* ». Or, dans le cadre de ces missions de conciliation, si les parties parviennent à conclure un accord, ce dernier mettra fin à l'instance accessoirement à l'action. En effet, l'article 384 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile dispose que « *en dehors des cas où cet effet résulte du jugement, l'instance s'éteint accessoirement à l'action par l'effet de la transaction, de l'acquiescement, du désistement d'action [...]* ». Or, à l'issue d'un processus de négociation réussi, plusieurs solutions sont envisageables : soit les parties parviennent à un accord au sein duquel on peut identifier des concessions réciproques, et il s'agira alors au sens du droit des contrats¹¹⁵⁵ d'une transaction¹¹⁵⁶; soit l'accord ne comporte pas de concessions réciproques, c'est donc que l'une des parties a renoncé totalement à ses prétentions, ce qui peut s'analyser en un désistement d'action¹¹⁵⁷. Ainsi, dans les deux cas, l'instance s'éteint avant l'obtention d'un jugement sur le fond, ce qui se traduit par une réduction du temps du procès et donc une réduction des coûts, à la fois pour les parties et pour l'Etat en raison du mécanisme de l'aide juridictionnelle et de la mobilisation de moyens matériels et humains nécessaires à l'organisation d'un procès¹¹⁵⁸. Si ces solutions conventionnelles sont favorisées par la présence des parties, c'est donc bien que celle-ci peut permettre de façon indirecte d'alléger les coûts du procès. Il y a là un premier élément de relativisation du bilan économique négatif de la présence tel qu'il est présenté à l'heure actuelle, qui mérite au moins que l'on n'affirme pas de façon catégorique que la présence est une entrave à l'efficacité procédurale. Cette relativisation est en outre d'autant plus nécessaire que même en cas d'échec du processus de conciliation, il ne s'agit pas nécessairement de temps perdu, le procès qui s'en suit étant plus « apaisé »¹¹⁵⁹ et donc moins susceptible d'être ralenti par les parties.

¹¹⁵⁴ V. *supra* n° 171.

¹¹⁵⁵ V. art. 2044 C. civ.

¹¹⁵⁶ Et ce, quel que soit le processus – médiation ou conciliation – au terme duquel la transaction est intervenue. En ce sens, v. L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 423.

¹¹⁵⁷ En ce sens, v. E. JEULAND, *Droit processuel général*, préc., n° 342 et 349.

¹¹⁵⁸ Pour des développements sur les coûts liés au temps, v. *supra* n° 239 et s.

¹¹⁵⁹ En ce sens, v. Inspection générale des services judiciaires, *Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends*, Avril 2015, spéc. p. 44

En outre, un autre élément vient plaider en faveur de la relativisation de ce bilan économique supposé négatif, qui tient à la comparaison des coûts causés par la présence avec ceux créés par les autres modes de participation au procès et en particulier par la représentation.

2- Relativisation du bilan économique de la présence par comparaison avec la représentation

270. Remise en question de la rationalisation économique par le développement de la représentation – La représentation est souvent présentée comme un moyen de rationalisation économique des procédures en la privilégiant au détriment de la présence¹¹⁶⁰. Pourtant, il nous semble que cet argument doit être sinon contredit, du moins interrogé, et ce pour plusieurs raisons.

271. Cumul possible des frais de présence et de représentation – D’abord, à supposer que les arguments tendant à montrer que la représentation ait un coût moindre que la présence soient acquis, ils ne sont en réalité opérants qu’à condition que la représentation soit exclusive de la présence, ce qui n’est pas nécessairement le cas¹¹⁶¹. On peut donc envisager une situation dans laquelle une partie, qui aurait choisi ou qui aurait été obligée de se faire représenter à l’instance, décide d’assister à l’audience de jugement. Dans pareille situation, imposer la représentation ne diminue donc pas les coûts du procès, puisque les frais inhérents à la présence que sont notamment les frais de déplacement¹¹⁶² sont toujours engagés, malgré le recours à la représentation.

272. Nécessité de prendre en compte les coûts spécifiques de la représentation – Ensuite, il ne peut être affirmé que la représentation est économiquement plus avantageuse que la présence en se fondant sur le seul coût de la présence. Ce serait en effet ignorer que la représentation a également un coût, qui est celui de la rémunération des avocats, lequel peut s’avérer supérieur aux frais engagés nécessaires à la mise en œuvre de la présence. Il ne faudrait cependant pas tomber dans l’argument inverse trop simpliste qui consisterait à dire que la rémunération de l’avocat rend la représentation systématiquement plus coûteuse que la présence. En réalité, le problème est plus complexe puisqu’il faudrait prendre en compte, en plus de la rémunération de l’avocat et des frais inhérents à la présence, l’éventuelle maximisation des chances de succès du procès engagé pour la partie. Il est effectivement possible de considérer que dans des procès complexes, le recours à un professionnel du droit par le mécanisme de la représentation augmente ses chances d’obtenir une décision de justice

¹¹⁶⁰ V. *supra* n° 250.

¹¹⁶¹ V. *supra* n° 85.

¹¹⁶² V. *supra* n° 235.

en sa faveur, ce qui revient à minimiser les risques et donc à diminuer les coûts de transaction¹¹⁶³. Sans discréditer totalement l'idée que la représentation peut être source d'économies, cette complexité de la réalité économique en cas de recours à la représentation permet au moins de relativiser la présentation d'un bilan économique négatif de la présence qui justifierait que la représentation prenne progressivement sa place. Il faudrait à tout le moins envisager des modèles plus complexes, prenant en compte par exemple le type de contentieux¹¹⁶⁴ ou la complexité de l'affaire afin d'évaluer plus précisément les avantages comparés de la représentation sur la présence.

273. Complexité de l'analyse économique de la représentation – D'ailleurs, si les juristes ne semblent pas toujours sensibles à cette complexité de l'analyse, les économistes prennent ce critère en compte dans des études qui s'intéressent spécifiquement à l'analyse économique de la représentation dans le procès civil¹¹⁶⁵. Or, ces analyses font apparaître un autre élément qui invite à relativiser les avantages économiques de la représentation en comparaison avec la présence. En effet, les économistes prennent également en considération le fait que les avocats eux-mêmes sont des agents économiques rationnels¹¹⁶⁶, c'est-à-dire des agents dont « *le comportement peut être décrit en termes de maximisation d'un objectif, comme s'ils utilisaient un calcul économique marchand* »¹¹⁶⁷. Ainsi, les intérêts économiques de l'avocat et de son client ne convergent pas nécessairement¹¹⁶⁸ dès lors que l'intérêt du client est de voir son dossier bien traité par l'avocat à moindre coût, alors que l'intérêt de l'avocat est d'optimiser sa rémunération. Dans cette perspective, il n'est pas inévitablement dans l'intérêt de l'avocat de voir la durée du procès réduite pour minimiser les coûts du procès supportés par son client. La détermination des intérêts économiques de l'avocat à l'égard de cette question dépendra en réalité du mode de rémunération choisi – honoraires de résultat, rémunération au temps passé ou rémunération forfaitaire¹¹⁶⁹. En définitive, le bénéfice économique qui peut être tiré de la représentation est loin d'être totalement acquis, ou à tout le moins, est relativement variable en fonction du mode de rémunération choisi, de la complexité

¹¹⁶³ Sur cette notion relevant de la science économique, v. *supra* n° 264.

¹¹⁶⁴ V. *infra* n° 282.

¹¹⁶⁵ V. par ex. E. AVENEL, « Eléments d'analyse économique de la représentation des parties dans le procès civil », in *Droit et économie du procès civil* (dir. D. COHEN), préc., p. 67 et s., spéc. p. 68. L'auteur y relève que l'analyse économique de la représentation ne peut reposer sur le modèle de la concurrence pure et parfaite en raison de l'hétérogénéité des affaires.

¹¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 68.

¹¹⁶⁷ C. BARRERE, « Les approches économiques du système judiciaire », art. préc., p. 155.

¹¹⁶⁸ Ce constat n'implique cependant pas que les avocats agissent au mépris des intérêts de leurs clients : v. en ce sens, E. AVENEL, « Eléments d'analyse économique de la représentation des parties dans le procès civil », préc. p. 68.

¹¹⁶⁹ Pour une analyse économique des implications de ces différents modes de rémunération de l'avocat, v. E. AVENEL, « Eléments d'analyse économique de la représentation des parties dans le procès civil », art. préc.

de l'affaire, ou encore de la conscience qu'ont les parties de la complexité de leur dossier¹¹⁷⁰. Il nous semble donc quelque peu caricatural de présenter un bilan économique catégoriquement négatif de la présence pour justifier son recul au bénéfice de la représentation dans le procès, d'autant que certains économistes semblent prendre le contrepied en proposant comme modèle de justice optimal un procès sans représentation¹¹⁷¹.

274. Bilan – En définitive, l'utilisation d'un bilan économique négatif sans nuance de la présence apparaît largement discutable car elle repose sur des approximations, ou du moins sur des incertitudes quant à l'exactitude de ce bilan. On peut notamment relever que si la visioconférence est économiquement plus avantageuse que la présence, il n'est pas certain que la situation soit identique pour la représentation. La remise en cause des arguments économiques de fond invite par conséquent à s'interroger plus largement sur la méthode du recours à l'analyse économique, et sur l'utilisation qui est faite de ces arguments économiques. Ainsi, même si les avantages économiques du recours à la visioconférence ne font pas débat sur le fond, il est néanmoins permis de s'interroger sur la méthode employée qui consiste à faire primer les arguments économiques quand il est question de la justice. C'est donc qu'au-delà de la remise en cause du bilan économique négatif de la présence, il est nécessaire de relativiser également l'utilisation qui doit en être faite.

§2 : Remise en cause de l'utilisation de l'analyse économique de la présence

275. Inadaptation de l'analyse économique – Dans le contexte économique actuel, bien que le budget de la Justice croisse faiblement¹¹⁷², le droit, et plus encore le droit processuel, ne peuvent évidemment occulter totalement l'analyse économique tant les objectifs de rationalisation des procédures sont omniprésents¹¹⁷³. Toutefois, l'utilisation de l'analyse économique ne doit pas être faite aveuglément et quoi qu'il en soit, pas de façon prioritaire, car en réalité, elle n'est pas parfaitement adaptée à l'appréhension de la justice. Cette analyse repose en effet nécessairement sur une modélisation qui se fait « *au prix de*

¹¹⁷⁰ Sur ce point également, v. E. AVENEL, « Eléments d'analyse économique de la représentation des parties dans le procès civil », art. préc.

¹¹⁷¹ En ce sens, v. T. KIRAT, « La qualité des décisions de justice au prisme de la science économique », in CEPEJ, *La qualité des décisions de justice*, Les études de la CEPEJ n° 4, Editions du Conseil de l'Europe, 2008, p. 78 et s. V. spéc. p. 85 où l'auteur décrit, comme situation de référence révélant un idéal de justice, un modèle dans lequel « *un conflit entre deux voisins peut être réglé équitablement par un tiers, avec une petite connaissance ou un faible usage du droit, sans avocat, sans procédure écrite, sans contrainte procédurale [...]* ».

¹¹⁷² Augmentation de 2,3% en 2015 par rapport au budget 2014. Le budget alloué à la Justice en 2015 est de 7,8 milliards d'euros : art. 50 L. n° 2014-1654 du 29 décembre 2014 de finances pour 2015 et annexe Etat B.

¹¹⁷³ Les auteurs sont d'ailleurs nombreux à relever qu'il n'y a en réalité pas d'opposition frontale entre les logiques économique et juridique, mais que l'analyse économique doit être utilisée avec nuance. V. en ce sens L. CADIET, « Efficience *versus* équité ? », art. préc. ; G. DEHARO, A. SAUVIAT, « L'ambiguïté managériale », art. préc.

simplifications, d'abstractions, de réductions »¹¹⁷⁴. Quand bien même les modèles seraient enrichis de nuances¹¹⁷⁵, il reste cependant de l'essence de la modélisation de ne pouvoir prendre en compte toutes les spécificités du réel, d'autant plus lorsque le modèle cherche à appréhender une réalité sociale et humaine telle que la justice. Plus précisément, l'analyse économique de la justice ne peut être l'*alpha* et l'*omega* des réformes de procédures pour deux raisons. D'abord, et de façon générale, elle est sans doute insuffisamment adaptée aux spécificités de la justice (A), de telle sorte qu'indirectement, la remise en cause de la présence du fait de l'analyse économique perd en pertinence. Ensuite, cette appréhension de la justice par le prisme de l'économie est inégalement adaptée aux spécificités des différents contentieux (B).

A- L'analyse économique insuffisamment adaptée aux spécificités de la justice

276. Remise en cause de l'analyse économique par la spécificité du « bien justice » – L'analyse économique de la justice ne peut être un moteur de réformes qu'à condition qu'elle repose sur des postulats conformes à la réalité, ce qui est sans doute discutable. En effet, l'approche économique de la justice, dont le but est d'expliquer le fonctionnement du « marché de la justice »¹¹⁷⁶ repose sur l'idée que cette dernière serait un bien comme un autre¹¹⁷⁷ qui pourrait par conséquent être appréhendé par le seul prisme de l'économie, en lui appliquant les théories relatives aux marchés concurrentiels classiques. Pourtant, certains économistes eux-mêmes reconnaissent que la justice n'est pas un bien classique, et que par suite, le modèle concurrentiel traditionnel ne peut lui être appliqué¹¹⁷⁸. C'est dire que la justice, si tant est que l'on puisse la réduire à la qualification de bien au sens économique du terme, est dotée d'une grande spécificité dont l'analyse économique n'a pas, pour l'heure, pris la pleine mesure. Deux raisons viennent ainsi perturber l'analyse du « marché de la justice » selon les modèles économiques classiques des marchés de biens et services. D'abord, le « bien justice » étant un bien spécifique, car un bien public complexe (1), le « marché de la justice » ne peut être appréhendé sur le modèle du marché concurrentiel traditionnel. Ensuite et surtout, quand bien même l'on parviendrait à dépasser cette difficulté par une intégration des spécificités économiques du « bien justice » aux modèles utilisés, il

¹¹⁷⁴ C. BARRERE, « Les approches économiques du système judiciaire », art. préc., p. 165.

¹¹⁷⁵ Les économistes eux-mêmes ont ainsi proposé plusieurs approches, dont certaines intègrent des variables ou nuances tirées de la spécificité de l'institution étudiée. V. par exemple l'« approche institutionnaliste » représentée par les économistes Samuels, Schmid ou Mercurio, sur laquelle v. C. BARRERE, « Les approches économiques du système judiciaire », art. préc., p. 171.

¹¹⁷⁶ Certains auteurs parlent en effet de « marchéisation de la justice », cette marchéisation désignant « l'expansion de la logique de marché à des champs de l'activité sociale qui lui sont a priori extérieurs » : L. CADIET, « Ordre concurrentiel et justice », art. préc., n° 26.

¹¹⁷⁷ V. par ex. B. LEMMENICIER, « L'économie de la justice : du monopole d'Etat à la concurrence privée », *Justices* 1995, p. 135-146.

¹¹⁷⁸ C. BARRERE, « Les approches économiques du système judiciaire », art. préc., p. 181.

reste celle qui découle de ce que la justice est un bien que l'on pourrait qualifier d'idéal, rétif à une approche à dominante économique (2).

1- La justice, un bien public complexe

277. Inadaptation de l'analyse économique des comportements individuels – L'analyse économique de la justice fait apparaître un paradoxe. D'un côté, l'utilisation par le droit de cette analyse est majoritairement orientée vers la rationalisation de l'institution elle-même. Ce constat se reflète de façon assez évidente dans les études des juristes qui s'intéressent à l'analyse économique du droit, lesquels mettent en avant l'idée de la pénétration de la logique managériale dans l'administration de la justice¹¹⁷⁹, dans une perspective globale. D'un autre côté, les économistes, quant à eux, s'intéressent plutôt aux comportements individuels de choix des justiciables, dans une perspective microéconomique. Certes, l'analyse économique du droit comporte plusieurs branches, parmi lesquelles l'étude des comportements rationnels de choix de l'institution amenée à régler le litige et l'étude des règles de procédure¹¹⁸⁰. Mais de l'aveu des économistes eux-mêmes, les règles de procédure et donc de l'institution elle-même n'ont pas fait l'objet d'études globales¹¹⁸¹, et lorsque ces règles sont étudiées sur certains éléments particuliers, comme l'efficacité relative des procédures accusatoire et inquisitoire¹¹⁸² ou encore la charge de la preuve¹¹⁸³, c'est toujours dans la perspective d'expliquer le comportement ou la satisfaction des justiciables, pour ensuite rationaliser l'institution.

278. Inadaptation de l'analyse économique du « marché judiciaire » – L'analyse économique de l'institution de la justice elle-même, voire du marché de la justice, est quant à elle plus rare. Et les auteurs ne manquent pas de souligner qu'elle est complexe en raison de la complexité du « bien justice » lui-même. En effet, la justice produit « *un bien rare spécifique, les décisions de justice, qui sont des biens économiques particuliers, non matériels, mais produits et stockés, ayant un coût et une valeur, plus ou moins mesurables et plus ou moins connus* »¹¹⁸⁴. Plus encore, la difficulté d'appréhender exclusivement la justice dans une logique de marché tient à son inscription sur un marché protéiforme, qui réunit des acteurs

¹¹⁷⁹ V. ainsi C. VIGOUR, « Justice : l'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques », art. préc. ; G. DEHARO, A. SAUVIAT, « L'ambiguïté managériale », art. préc. ; L. CADIET, « La justice face au nombre et à la complexité », *Les Cahiers de la justice*, 2010/1, p. 13 et s. ; E. COSTA, « Des chiffres sans les lettres – La dérive managériale de la justice administrative », art. préc.

¹¹⁸⁰ B. DEFFAINS, « Approche économique de la justice », art. préc.

¹¹⁸¹ C. FLUET, « L'analyse économique des règles de procédure », *Rech. Droit et justice* 2011, n° 36, p. 8.

¹¹⁸² V. par ex. B. DEFFAINS, D. DEMOUGIN et C. FLUET, « Economie des procédures judiciaires », art. préc., spéc. p. 1274 et s.

¹¹⁸³ *Ibid.*, spéc. p. 1272 et s.

¹¹⁸⁴ C. BARRERE, « Les approches économiques du système judiciaire », art. préc., p. 181.

très différents – acteurs publics, acteurs privés, acteurs autonomes et institutions, formes marchandes et non marchandes, etc.¹¹⁸⁵. L'institution judiciaire, en outre, intervient à la fois comme un acteur ordinaire des marchés mais recourt également à la contrainte¹¹⁸⁶. Tous ces éléments font qu'il est impossible d'apposer sur la justice le sceau d'un marché concurrentiel de biens et services traditionnels. Serait-il alors possible de modéliser la justice en prenant en compte toutes les spécificités de ce marché particulier ? De nombreux économistes s'y sont essayés, en s'opposant à l'analyse néoclassique traditionnelle de la *Law and Economics*. L'approche institutionnaliste critique ainsi le postulat de l'analyse économique néoclassique de rationalité parfaite des agents pour démontrer que les comportements sont conditionnés par les institutions, et que les individus ne cherchent pas nécessairement « *la maximisation stricte de fonctions objectifs (gagner le plus d'argent possible, obtenir le dédommagement maximal...)* ; [ils] *recherchent plutôt l'obtention d'un niveau moyen (c'est-à-dire approximatif) déterminé (obtenir « justice » c'est-à-dire un dédommagement raisonnable* »¹¹⁸⁷. L'approche institutionnaliste montre donc qu'il est difficile d'aligner le judiciaire sur le fonctionnement marchand¹¹⁸⁸. Dans le prolongement de cette approche, d'autres économistes ont développé une approche dite « systémiste », qui permet de prendre en compte la « pluridimensionnalité du judiciaire », en y intégrant en plus de la dimension économique les dimensions juridiques, sociales, psychologiques et politiques¹¹⁸⁹. Mais, même dans ces approches plus complexes, il s'agit toujours d'envisager le fonctionnement de l'institution judiciaire en faisant primer la dimension économique sur la dimension sociale et politique, puisque les données extraéconomiques sont intégrées à un calcul économique. Or, il n'est pas certain que cette logique doive primer, et ce en raison de la qualité de bien « idéal » de la justice.

2- La justice, un bien idéal

279. Contestation du recul de l'« exceptionnalité de la justice » – L'analyse économique de la justice tend à faire primer sa dimension économique sur sa dimension sociale et politique. Cette idée a d'ailleurs été intégrée dans le discours de certains auteurs qui constatent un recul progressif de « *l'exceptionnalité de la justice* »¹¹⁹⁰. Un auteur relève ainsi que l'institution judiciaire est « *restée longtemps étrangère à toute rationalité managériale* »

¹¹⁸⁵ *Ibid.*

¹¹⁸⁶ *Ibid.*

¹¹⁸⁷ C. BARRERE, « Les approches économiques du système judiciaire », art. préc., spéc. p. 172. Pour une présentation générale de l'approche institutionnaliste, v. ce même article, p. 171-174.

¹¹⁸⁸ En ce sens, v. not. A. SEN, *Un nouveau modèle économique*, O. Jacob, 2000, spéc. p. 124 et s.

¹¹⁸⁹ *Ibid.* p. 175.

¹¹⁹⁰ C. VIGOUR, « Justice : l'introduction d'une rationalité managériale comme une euphémisation des enjeux politiques », art. préc., spéc. p. 427.

en raison d'une « *singularité de la justice [...] construite autour d'un éthos professionnel comprenant quatre caractéristiques majeures : l'autonomie et l'indépendance des magistrats ; le statut particulier du droit ; la qualité de la justice ou « l'éloge de la lenteur » ; et enfin, l'incapacité à penser l'institution judiciaire comme une organisation* »¹¹⁹¹. Et l'auteur d'ajouter plus loin que l'introduction de la logique managériale contribue à déspecifier l'institution et à en remettre en cause l'exceptionnalité. Pourtant, il nous semble que cette exceptionnalité ne puisse disparaître totalement en raison de la double nature de la justice, nécessairement source de tensions entre ses deux facettes. En effet, la justice doit être pensée dans sa globalité, c'est-à-dire dans sa forme intégrant à la fois sa nature de valeur ou d'idéal et sa nature d'administration¹¹⁹². Il est vrai que l'analyse économique de la justice ne prétend qu'à réformer l'administration, sans pour autant remettre en cause la valeur justice¹¹⁹³. Pour autant, nombreuses sont les réformes de procédure qui intègrent le facteur économique ayant une influence sur la valeur justice elle-même, puisqu'elles contribuent à en bousculer les principes. A titre d'exemple, c'est au nom de la célérité et donc de la rationalisation des procédures que le principe de collégialité est remis en question, alors que celui-ci a longtemps été considéré comme la condition d'une bonne justice¹¹⁹⁴. Il faut alors admettre que les deux facettes de la justice – valeur et administration – ne peuvent être dissociées l'une de l'autre, d'autant que l'administration doit être au service de la valeur qu'elle entend servir. C'est en ce sens que la nature de bien idéal de la justice, c'est-à-dire de bien tendu vers une valeur ou vers un idéal, est un obstacle à une appréhension purement économique. L'« idéal de justice », qui se traduit dans nos sociétés démocratiques par la notion de procès équitable¹¹⁹⁵, vers lequel la justice est tendue se nourrit d'exigences qui peuvent s'avérer être en contradiction avec certaines contraintes économiques.

280. Exemples de tension entre l'idéal de justice et le paradigme économique – Par exemple, l'analyse économique du procès met fréquemment en avant le fait que l'augmentation des coûts d'accès à la justice contribue à la diminution du nombre d'actions et donc au désengorgement des tribunaux¹¹⁹⁶. D'un point de vue strictement économique donc, des coûts de procès élevés amènent à des économies substantielles pour l'administration de la justice. Pourtant, un coût trop élevé est analysé par les juristes comme un obstacle au droit

¹¹⁹¹ *Ibid.*

¹¹⁹² V. L. CADIET, « La justice face aux défis du nombre et de la complexité », art. préc., p. 19.

¹¹⁹³ V. en ce sens C. VIGOUR, « La justice : l'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques », art. préc. L'auteur y relève que les réformes sont orientées vers la modification de l'organisation interne de l'institution judiciaire, en faisant la distinction entre « *la justice comme valeur (non négociable) et institution (caractérisée entre autres par l'inamovibilité et l'indépendance des magistrats) et la justice comme administration et service public, susceptibles, eux, d'être réformés* ».

¹¹⁹⁴ En ce sens, v. not. E. JEULAND, *Droit processuel général*, préc., n° 210.

¹¹⁹⁵ V. par ex. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS *et alii*, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, 8^e éd., Dalloz, 2015, Coll. Précis droit privé, n° 225.

¹¹⁹⁶ V. par ex. B. DEFFAINS, « Approche économique de la justice », art. préc., spéc. p. 6.

d'accès au juge. L'effectivité du droit d'accès au juge est en effet conditionnée par l'absence d'obstacles financiers¹¹⁹⁷, ce qui oblige les Etats, dans certaines circonstances, à mettre en place un système d'aide juridictionnelle¹¹⁹⁸. Or, si les économistes et les juristes s'accordent sur la nécessité de réformer l'aide juridictionnelle¹¹⁹⁹, il reste que pour les uns, cette aide contribue à entraver l'ajustement de l'offre et de la demande sur le marché de la justice, tandis que pour les autres, elle est indispensable à l'effectivité du droit d'accès au juge. Il y a donc là une distorsion entre les exigences économiques et les exigences juridiques¹²⁰⁰.

Un autre exemple est celui du rapport au temps. Celui-ci, on l'a vu¹²⁰¹, fait partie des éléments qui cristallisent les critiques de la rationalité économique de la justice puisqu'il contribue à une augmentation des coûts du procès. En réalité, apparaît déjà par ce biais un paradoxe de l'analyse économique du temps, puisque si les procédures les plus brèves sont les plus rationnelles sur un plan économique, il en résulte une baisse de coûts qui aboutit à inciter les parties à saisir le juge, et donc à rallonger à moyen terme la durée des procédures¹²⁰². Il y a là une aporie dans le traitement économique du temps des procédures. Par ailleurs, et même si l'on adhère à l'idée que la rationalisation économique des procédures doit passer par une réduction du temps des procédures, le problème ne peut être résolu qu'en adoptant une vision globale du temps judiciaire à réduire. Plusieurs obstacles existent en effet qui tiennent d'abord à la difficulté même de mesurer ce temps judiciaire et donc d'en tirer les conséquences sur sa nécessaire réduction¹²⁰³, et ensuite au fait qu'en réalité, le temps peut être bénéfique à la procédure. Ainsi, l'appréhension du temps doit être nuancée et l'analyse économique de celui-ci ne doit pas pousser à poursuivre aveuglément l'objectif de rapidité à tout prix. Certes, un procès trop long n'est ni économiquement bon, ni juridiquement acceptable¹²⁰⁴. Néanmoins, le

¹¹⁹⁷ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS *et alii*, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, préc., n° 306 ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, préc., n° 178 ; L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., p. 587.

¹¹⁹⁸ CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73. La Cour européenne, sans affirmer un droit absolu à l'aide juridique, consacre néanmoins ce droit dans deux hypothèses, « soit parce que la loi prescrit la représentation par avocat, soit en raison de la complexité de la procédure ou de la cause » (§ 27). V. également CEDH, 30 juil. 1998, *Aerts c. Belgique* : D. 1999, comm. 270, obs. N. FRICERO ; CEDH, 30 nov. 1999, *Faulkner c. Royaume-Uni*, req. n° 30308/98.

¹¹⁹⁹ Pour les économistes, v. A. TRANNOY et Y. DOAZAN, « Aide juridictionnelle : assistance ou assurance », in *Droit et économie du procès civil*, préc., p. 41 et s. Pour les juristes, v. E. JEULAND, « L'aide juridictionnelle et l'analyse économique du droit », in *Droit et économie du procès civil*, préc., p. 55 et s. Le législateur lui-même semble vouloir s'emparer de cette question : v. notamment le rapport « Le Bouillonnet » : J.-Y. LE BOUILLONNET, *Financement et gouvernance de l'aide juridictionnelle. A la croisée des fondamentaux. Analyse et propositions d'aboutissement*, Rapport publié le 9 octobre 2014, accessible en ligne à l'adresse : http://www.justice.gouv.fr/publication/rap_le_bouillonnet_aj_2014.pdf.

¹²⁰⁰ V. également en ce sens S. AMRANI-MEKKI, « La déjudiciarisation », art. préc., spéc. n° 15.

¹²⁰¹ V. *supra* n° 239 et s.

¹²⁰² S. AMRANI-MEKKI, « La déjudiciarisation », art. préc., n° 15.

¹²⁰³ *Ibid.*, n° 12.

¹²⁰⁴ Il y a en effet une assimilation des procédures trop longues à un déni de justice : sur cette question, v. S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, préc., n° 284 et *supra* n° 240.

temps peut être nécessaire pour la qualité du procès comme de la justice, et le législateur en prend d'ailleurs compte en ménageant des « *temps de respiration* »¹²⁰⁵, qui se traduisent notamment par la notion de temps utile nécessaire au respect du principe du contradictoire¹²⁰⁶. De même, il est nécessaire de ménager des délais de comparution suffisants pour permettre aux parties de préparer adéquatement leur défense¹²⁰⁷. L'exigence économique de réduire sans cesse les délais de procédure peut par conséquent là encore entrer en contradiction avec les exigences qui relèvent de la qualité de la justice.

281. Résolution des contradictions – Or, chaque fois que les deux paradigmes – économique et d'idéal de justice – entrent en confrontation, il est nécessaire de faire un choix, ou du moins de les hiérarchiser pour déterminer lequel doit gouverner la procédure. Il nous semble alors que le principe d'efficacité des procédures, si tant est qu'on puisse le qualifier de principe, ne doit ni ne peut tenir la première place¹²⁰⁸. Sans ignorer totalement les objectifs de rationalisation des procédures, le juriste doit en effet préférer la préservation d'un idéal de justice rattaché aux droits fondamentaux à celle d'une logique économique productiviste contestable dans sa méthode car inadaptée aux spécificités de la justice.

A cela s'ajoute que si la logique économique paraît, de façon générale, ne pas prendre suffisamment en compte les spécificités de la justice, cette remise en cause de l'utilisation des résultats de l'analyse économique de la justice résonne de façon encore plus intense dans certains types de contentieux. En effet, les propositions des économistes destinées à rationaliser les procédures – notamment en faisant reculer la présence – fondées sur des éléments de microéconomie anticipant le comportement des parties doivent être manipulées avec précaution puisque cette logique même est inégalement adaptée aux différents types de contentieux.

¹²⁰⁵ B. BERGER-PERRIN, « Les modulations du temps dans la procédure suivant l'objet du litige », in J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Le temps de la procédure*, Dalloz, 1996, Coll. Thèmes et commentaires, p. 25.

¹²⁰⁶ V. notamment art. 15 C. proc. civ. Le temps utile correspond ici à un temps suffisamment long pour laisser aux parties la possibilité de prendre connaissance des arguments de la partie adverse et d'y répondre. Cette notion de temps utile se retrouve à divers endroits du Code de procédure civile : ainsi, par exemple, le juge peut écarter des débats les pièces qui n'ont pas été communiquées en temps utile (art. 135 C. proc. civ.) ; la mise en cause du tiers doit être réalisée « *en temps utile pour faire valoir sa défense* » (art. 331 C. proc. civ.). Sur cette question, v. not. S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, préc., n° 260.

¹²⁰⁷ En ce sens, v. not. Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préf. J.-C. SAINT-PAU, Dalloz, 2013, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 239 et s.

¹²⁰⁸ En ce sens, v. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., p. 802 : « *A tout le moins il faut admettre que [la célérité] ne peut avoir la première place. Elle est au mieux derrière l'exigence de qualité de la justice* » ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, n° 51 : « *Le juste temps du procès ne peut pas être apprécié selon une approche productiviste* » ; J. NORMAND, « Le traitement de l'urgence : exception ou principe ? », in L. CADIET et L. RICHER (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'Etat*, PUF, 2003, spéc. p. 159 : « *la rapidité n'est pas, et elle n'a d'ailleurs pas à être, la préoccupation première de la justice* ».

B- L'analyse économique inégalement adaptée aux différents contentieux

282. Adaptation inégale de l'analyse économique selon le type sociologique du contentieux – L'analyse économique n'est pertinente que pour autant que le modèle proposé, s'il ne peut parfaitement épouser le réel¹²⁰⁹, s'en rapproche dans des proportions raisonnables. Or, les modèles économiques du système judiciaire proposés sont tous fondés sur une forme de rationalité économique des agents, alors que la réalité judiciaire est plus complexe que cela puisque cette rationalité est extrêmement variable selon le type de contentieux et plus précisément selon le type sociologique de contentieux observé. Ce constat disqualifie d'autant la justification que l'analyse économique serait susceptible d'apporter au recul de la présence en droit processuel. Afin de saisir cette inégale adaptation de l'analyse économique, il est nécessaire de présenter préalablement les classifications sociologiques des contentieux (1), avant de démontrer qu'en raison des variations de rationalité des agents dans ces différents types de contentieux, la pertinence de l'analyse économique n'est que très relative (2), et partant, les justifications du recul de la présence peuvent se révéler manquer d'à-propos.

1- Classification sociologique des contentieux

283. Présentation des différentes classifications – Les premières classifications sociologiques des contentieux doivent sans doute être attribuées à Carbonnier qui, dans la partie consacrée au procès de son cours de sociologie du droit dispensé en 1961¹²¹⁰, proposait de distinguer entre plusieurs types de contentieux. La première distinction exposée repose sur le facteur juridique du ministère d'avocat. Différenciant le « *procès d'avoué* » du « *procès personnel* »¹²¹¹, Carbonnier relève ainsi que ces deux types de procès s'opposent puisque dans le procès d'avoué, « *les hommes de loi vont former un écran entre le juge et les plaideurs, vont filtrer la procédure, amortir les passions. Le rôle des hommes de loi, ici, est de refroidir le procès, de lui enlever de son caractère passionnel* »¹²¹². Une deuxième distinction reposant cette fois sur le facteur sociologique de la lutte des classes propose de différencier les « *procès de classe* » des procès « *de type passionnel, extra-patrimonial, non économique* »¹²¹³. Une troisième distinction toujours proposée par Carbonnier s'appuie sur le phénomène de « *bureaucratization de la société* » - c'est-à-dire de multiplication des structures organisées au

¹²⁰⁹ Il faut en effet admettre que la modélisation économique passe nécessairement par une simplification des contours du réel, puisque l'efficacité d'une théorie économique tient souvent à sa capacité à l'abstraction et donc à la simplification. En ce sens, v. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le paramètre de la matière litigieuse dans l'analyse économique de la justice », *RIDE* 1999, p. 223.

¹²¹⁰ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique – Partie spéciale : Le procès et le jugement*, Paris, Association corporative des étudiants en droit, cours sténotypé, 1961-1962, p. 150 et s.

¹²¹¹ *Ibid.*, p. 229-230.

¹²¹² *Ibid.*

¹²¹³ *Ibid.* p. 231.

sein de la société – qui conduit à distinguer le « *procès de bureau* » mené par ces structures, personnes morales, et le « *procès personnel, représenté concrètement par tous les procès de famille et par ceux des procès patrimoniaux qui se déroulent entre particuliers* »¹²¹⁴.

D'autres classifications ont été proposées, notamment par un auteur, qui distingue pour sa part entre les « *procès d'intérêts et les procès de valeur* »¹²¹⁵. Pour cet auteur, « *les uns opposent deux personnes en quête d'un bien trop rare pour qu'elles soient l'une et l'autre satisfaites, de sorte que se manifeste une tendance à favoriser un partage ; les autres tiennent à des antagonismes relatifs à des valeurs sociales, ce qui n'ouvre guère la voie à des solutions négociées* »¹²¹⁶. La seconde distinction opérée par l'auteur est celle entre « *conflits réalistes et conflits non réalistes* », où les premiers correspondent à l'utilisation du litige comme un moyen d'atteindre un objectif déterminé, alors que dans les seconds, le comportement processuel est une fin en soi¹²¹⁷.

Plus récemment encore, il a été proposé de distinguer entre les « *contentieux dits "froids" dont les contentieux économiques sont l'archétype [et les] contentieux "chauds", où l'affect a une part importante qui semble échapper à toute rationalité* »¹²¹⁸.

284. Synthèse – Si ces différentes classifications ne sont ni superposables et substituables les unes aux autres – un procès de classe comme celui opposant un locataire et son bailleur pouvant par exemple être indifféremment un procès personnel entre deux particuliers ou un procès de bureau si le bailleur est une société –, ni exclusives les unes des autres – le procès entre le bailleur et son locataire peut être à la fois procès de classe, procès de bureau et procès personnel au sens où la représentation n'est pas mise en œuvre si le contentieux concerne le loyer¹²¹⁹ –, des éléments communs semblent pourtant se dégager dans les critères utilisés pour l'opération de catégorisation des contentieux. Ainsi, chacune de ces distinctions fait apparaître sous des formes diverses des divergences de rationalité économique des parties selon le type de contentieux retenu. En effet, les parties engagées dans un procès d'avoué seront par nature plus enclines à une rationalité économique que les parties engagées dans un procès personnel puisque « *le rôle des hommes de loi est d'enlever [au procès] son caractère passionnel* »¹²²⁰. La référence à la distinction entre passion et rationalité

¹²¹⁴ *Ibid.* p. 234.

¹²¹⁵ F. TERRE, « Esquisse d'une sociologie des procès », *APD, Le procès*, t. 40, Dalloz, 1995, p. 267 et s., spéc. p. 274.

¹²¹⁶ *Ibid.*

¹²¹⁷ *Ibid.*

¹²¹⁸ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., n° 6, spéc. p. 26.

¹²¹⁹ C'est en effet le tribunal d'instance, devant lequel la procédure est sans représentation obligatoire, qui sera compétent : art. R. 221-38 C. O. J. et art. 827 C. proc. civ.

¹²²⁰ J. CARBONIER, *Sociologie juridique – Partie spéciale : le procès et le jugement*, préc., p. 230.

économique apparaît encore dans la distinction entre procès passionnel, non économique et procès de classe¹²²¹, de même qu'elle n'est pas étrangère à la distinction entre procès personnel et procès de bureau puisque les personnes morales sont sans doute, bien plus que les personnes physiques, des agents rationnels par nature. Elle transparaît également de façon très nette dans la distinction entre les conflits d'intérêts et les conflits de valeur, dès lors qu'il y a vraisemblablement plus de passion dans un conflit de valeur et plus de rationalité économique dans un conflit d'intérêts analysé comme une confrontation autour d'un bien rare, ce qui renvoie à des notions économiques. Peut-être de façon moins évidente, l'opposition entre passion et rationalité économique est encore larvée dans la distinction entre conflits réalistes et non réalistes. Le conflit réaliste vise la satisfaction d'un objectif identifié à l'avance, il est donc plus propice à des réflexions de type économique visant à optimiser les moyens pour parvenir à cet objectif. En revanche, le conflit non réaliste est fondé sur une absence d'objectif autre que le comportement processuel, et ne se prête donc que très peu au calcul économique rationnel. A notre sens, cette opposition récurrente entre affect et raison, entre passion et rationalité économique, légitime ainsi la distinction qui peut être faite entre contentieux « chauds » et contentieux « froids », puisque le langage assimile volontiers la passion au feu et le calcul économique à la froideur – ne dit-on pas qu'il faut « garder la tête froide » pour opérer un choix raisonnable ? Or, selon le type de contentieux envisagé, la pertinence du recours à l'analyse économique pour justifier le désintérêt de la présence en droit processuel peut être largement relativisée.

2- Pertinence relative de l'analyse économique selon le type de contentieux

285. Légitimité de l'application de l'analyse économique aux contentieux « froids » – L'analyse économique de la justice n'est pas apte à appréhender tout type de litige, puisqu'elle repose sur le paradigme de l'*homo œconomicus*. Ainsi, il est vrai qu'elle peut très bien convenir aux contentieux dits froids¹²²², dont l'archétype est le contentieux économique¹²²³. En effet, ce contentieux, au premier rang duquel on retrouve les procédures collectives et le droit de la concurrence¹²²⁴, est totalement perméable à la logique économique puisqu'il est lui-même intégré à cette logique et que son objet est par nature économique. Par exemple, les procédures collectives ont pour objet de remédier à la défaillance des entreprises

¹²²¹ *Ibid.*

¹²²² On notera à ce propos que les études sur l'efficacité procédurale, comme celle de *Doingbusiness.org*, prennent en compte des variables qui concernent exclusivement les agents économiques, les entreprises.

¹²²³ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., n° 5, p. 26.

¹²²⁴ V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le paramètre de la matière litigieuse dans l'analyse économique de la justice », art. préc., spéc. p. 228 à 231.

et d'endiguer ou du moins de contenir les effets économiques néfastes de cette défaillance¹²²⁵. Quant au contentieux de la concurrence, il est lui-même intégré au processus de régulation économique, en raison de la vocation du droit substantiel de la concurrence à organiser le fonctionnement normal de l'économie. Dans ces conditions, il n'est pas illogique d'appliquer l'analyse économique à ces contentieux, dont l'objet même est d'intervenir dans l'économie. Mais l'argument ne permet pas d'asseoir la légitimité d'un recul général de la présence justifié par la logique économique dès lors qu'il ne s'agit pas des contentieux les plus imprégnés de présence. Engloutir les îlots de présence dans ces procédures ne conduirait sans doute pas à faire des économies significatives.

286. Illégitimité de l'application de l'analyse économique aux contentieux « chauds » – A l'évidence, la présence est organisée bien plus largement dans les contentieux dit chauds. Ce serait donc dans ces contentieux que le recul de la présence pourrait, si l'analyse économique y était applicable, être source d'amélioration de l'efficacité procédurale. Or, la logique économique semble bien moins leur convenir. En effet, dans la mesure où l'affect y prend une place importante, l'outil économique s'appuyant sur une rationalité économique pure de l'agent n'est pas pertinent. L'analyse économique se prête sans doute bien peu à l'appréhension du contentieux pénal ou du contentieux familial dans la mesure où tous deux mettent en cause l'honneur et l'affectif¹²²⁶. On ne peut à ce titre que penser à l'exemple de la matière pénale, qui permet la constitution de partie civile sans pour autant qu'il soit demandé des dommages et intérêts¹²²⁷, d'où l'on voit qu'il y a autre chose qui se joue que le simple enjeu économique de réparation – ce qui renforce d'ailleurs le caractère vindicatif de l'action civile¹²²⁸. C'est encore la même logique affective qui prévaut à

¹²²⁵ En ce sens, v. C. SAINT-ALARY HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2014, Coll. Domat Droit privé, n° 4. L'auteur y affirme que les procédures collectives constituent un « droit du maintien de l'activité et des restructurations économiques ». V. également F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, Coll. Manuels, n° 1.

¹²²⁶ En ce sens, v. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le paramètre de la matière litigieuse dans l'analyse économique de la justice », art. préc., spéc. n° 36.

¹²²⁷ En ce sens, v. Cass. crim., 28 mars 1974 : *Bull. crim.*, n° 136, qui affirme que la faculté de demander réparation du dommage causé par l'infraction est distincte de celle de se constituer partie civile devant les juridictions répressives. V. également Cass. crim., 17 janv. 1991 : *Dr. pén.* 1991, comm. 122 ; Cass. crim., 24 mai 1973 : *Bull. crim.* n° 238 ; *JCP G* 1974, II, 17855, note DUPEYRON ; Cass. crim., 4 juill. 1973 : *Bull. crim.* n° 315 ; et encore récemment Cass. crim., 30 juin 2009, n° 08-85.954 : *Bull. crim.* n° 139 ; *JCP G* 2009, n° 384, obs. E. CORNUT.

¹²²⁸ Certains auteurs préconisant même pour cette raison de créer une « action pénale privée » distincte de l'action civile en réparation, dont la seule fin serait de voir l'infraction réprimée et son auteur pénalement sanctionnée : v. G. RABUT-BONALDI, *Le préjudice en droit pénal*, préf. J.-C. SAINT-PAU, Dalloz, 2016, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 446. V. également P. BONFILS, *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, PUAM, 2000, n° 229 et s. ; P. BONFILS, « La participation de la victime au procès pénal, une action innommée », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire – Mélanges offerts à J. Pradel*, Cujas, 2006, p. 179 et s. ; R. SCHULZ, *L'intervention de l'assureur au procès pénal. Contribution à l'étude de l'action civile*, préf. J.-F. SEUVIC, LGDJ, 2012, Coll. Bibliothèque de sciences criminelles, n° 436 et s. ; J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « La mise en mouvement de l'action publique par la victime de l'infraction », in *Mélanges offerts à J. Brethe de la Gressaye*, Editions Bière, 1967, spéc. p. 166 ; M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien*

l'existence de l'euro symbolique¹²²⁹. De même encore, il se joue dans le contentieux des étrangers, qui fait une large place à la présence des parties¹²³⁰, bien autre chose qu'un calcul économique, puisqu'il s'agit d'un contentieux de libertés individuelles autant que d'ordre public. Par conséquent, dans ces contentieux qui sont l'illustration topique des contentieux « chauds », l'argument économique n'est pas suffisamment pertinent pour justifier le recul de la présence puisque les parties ne sont pas économiquement rationnelles et que si l'on veut bien croire que l'argument économique ne leur soit pas totalement indifférent, il est loin d'être certain que leur action en justice soit motivée par des considérations majoritairement économiques. Il est donc possible d'affirmer que dans ces contentieux, la présence ne peut être analysée comme un véritable frein à l'efficacité procédurale, puisqu'en réalité, les considérations économiques n'y sont pas dominantes.

287. Place de l'affect dans certains contentieux à dominante froide – L'affirmation doit en outre être étendue aux contentieux qui, *a priori* plutôt froids, font néanmoins une certaine place à l'affect. Pour ceux-là non plus, l'argument économique du coût de la présence n'est peut-être pas pertinent dès lors que si le calcul économique est intégré au raisonnement des agents, ceux-ci peuvent également prendre en compte de façon supérieure l'intérêt non économique qui résulterait de leur présence. Il en va sans doute ainsi du contentieux du travail : ce dernier, procès de classe par excellence, contentieux à dominante froide si l'on veut bien admettre la valeur économique du travail tant au niveau microéconomique que macroéconomique, n'exclut pour autant pas totalement l'affect du prétoire. En effet, le travail étant une part de notre identité, le contentieux prud'homal prend une coloration personnelle, qui là encore rend moins pertinente l'analyse économique à son égard. Peut-être est-ce d'ailleurs pour cette raison que parmi les procédures dites orales¹²³¹, la procédure devant le conseil de prud'hommes a fait longtemps figure d'exception dans la mesure où la représentation y était limitée pour privilégier la présence des parties¹²³². Il est sans doute même possible d'aller plus loin en remarquant que même en droit des sociétés, qui se prête

juridique protégé par le droit pénal, préf. A. D'HAUTEVILLE, LGDJ, 2010, Fondation Varennes, Coll. des Thèses, n° 713 et s.

¹²²⁹ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., p. 27.

¹²³⁰ V. ainsi, sur la nécessité pour l'étranger de consentir à l'usage de la visioconférence, *supra* n° 430429.

¹²³¹ Sur cette notion, v. *supra* n° 137 et s.

¹²³² Le décret du 1^{er} octobre 2010 réformant les procédures orales (Décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale) n'avait en effet pas modifié les modalités de comparution devant le conseil de prud'hommes. C'est chose faite depuis la loi du 6 août 2015 dite loi Macron (loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques), et son décret d'application relatif à l'assistance et la représentation des parties devant le conseil de prud'hommes paru le 20 mai 2016 (Décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail). L'article 9 du décret réécrit l'article R. 1453-1 du Code du travail, désormais rédigé comme suit : « *Les parties se défendent elles-mêmes. Elles ont la faculté de se faire assister ou représenter* », ce qui aligne les modalités de comparution devant le conseil de prud'hommes sur celles des autres juridictions dont la procédure est orale.

mal à l'analyse économique¹²³³ alors que les sociétés fonctionnent *a priori* avec une rationalité de type économique pur, l'affect n'est pas non plus totalement exclu, ce qui est d'ailleurs illustré en droit substantiel par le fait que la constitution de certaines sociétés repose sur l'*intuitu personae*¹²³⁴.

Pour toutes ces raisons, l'argument économique tendant à identifier la présence comme un frein à l'efficacité procédurale dont il serait bon de réduire l'importance doit être relativisé, dès lors que sur le fond, le bilan économique de la présence n'est pas catégoriquement négatif et que sur la méthode, l'analyse économique de la justice ne peut prétendre à gouverner tous les types de procès.

¹²³³ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le paramètre de la matière litigieuse dans l'analyse économique de la justice », art. préc., n° 22.

¹²³⁴ Il en va ainsi, par exemple, des sociétés à risque illimité : v. P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., LGDJ Lextenso-éd., 2015, Coll. Domat droit privé, n° 4 ; P. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 18^e éd., Dalloz, 2014, Coll. Précis, n° 156 (à propos des sociétés en nom collectif).

Conclusion du chapitre 2 :

288. Absence de remise en cause de la présence par l'analyse économique – Finalement, parce que « *la justice doit être rendue non au moindre coût mais à un coût compatible avec les exigences du procès équitable* »¹²³⁵, l'analyse économique de la justice et à travers elle la recherche de la performance du système judiciaire ne peuvent remettre en cause la légitimité de la présence en droit processuel.

289. Bilan économique *a priori* négatif de la présence – Certes, le bilan économique de la présence semble à première vue négatif. L'organisation de ce mode de participation au procès est en effet source de coûts, qui peuvent être subis tant par les parties que par l'Etat, et parfois, par les deux en même temps. L'organisation de la présence suppose que soient mobilisés des moyens pour rendre possible ce mode de participation. Ainsi, les parties présentes auront déboursé des frais pour leurs déplacements jusqu'aux opérations procédurales organisées en leur présence, ces frais pouvant d'ailleurs être répercutés sur l'Etat lorsque le mécanisme de l'aide juridictionnelle est sollicité. A cela s'ajoute que le prix de la présence est parfois directement imputé sur le budget de l'Etat lorsqu'il s'agit d'organiser la présence de personnes détenues ou bien encore celle de témoins dont il faudrait financer le voyage. Outre ce coût financier, la présence a également un coût temporel. Organiser la présence des différents acteurs du procès peut en effet prendre du temps, et ce temps ayant pour effet d'allonger la durée des procédures peut conduire à la fois à une perte d'efficacité de la justice qui affichera, s'il faut parler en termes économiques, un rendement moindre, et à une perte financière pour les parties qui peuvent avoir à supporter des intérêts de retard. Si l'on s'en tient à ces arguments, qui sont les plus fréquemment utilisés en la matière, le bilan économique de la présence semble donc plutôt négatif, ce qui pourrait justifier, dans un contexte économique tendu, son effacement au profit d'autres mécanismes concurrents. Le législateur a d'ailleurs sans nul doute entendu cet argumentaire puisque les réformes de procédure les plus récentes font reculer la présence dans les procédures orales où elle avait le plus de poids, au profit d'autres modes de participation au procès supposés plus économiques comme la représentation ou la visioconférence.

290. Nuances nécessaires du bilan économique négatif de la présence – Pourtant, cette vision très négative de l'influence de la présence sur l'efficacité procédurale mérite d'être nuancée à tel point que l'argument économique ne serait pas véritablement pertinent pour justifier un recul de celle-ci en droit positif. En effet, si la présence a un prix, il n'est pas certain que son bilan économique soit à ce point négatif. Grâce à son rôle favorable dans les processus de règlement amiable des litiges, son organisation peut avoir pour conséquence de

¹²³⁵ L. CADIET, « La justice face aux défis du nombre et de la complexité », art. préc.

faciliter l'évitement du juge ou du moins d'alléger la tâche de celui-ci, ce qui, si l'on en croit les économistes, permettrait d'améliorer l'efficacité des procédures. En outre, il n'est pas certain que les coûts engendrés par la représentation, que l'on tend à présenter comme plus propice à l'efficacité procédurale, soient très inférieurs à ceux de la présence. Certes, il faut bien reconnaître que la visioconférence a un coût moindre que la présence. Toutefois, ce simple constat ne suffit pas à emporter la conviction que l'analyse économique doit conduire à faire disparaître la présence. La remise en cause de l'argument économique est en effet possible sur un autre plan plus général, celui de la méthode. L'argument économique tendant à démontrer que la présence doit reculer car elle est un frein à l'efficacité économique ne peut en réalité être efficace qu'à la condition que l'outil économique soit adapté à l'objet qu'il veut étudier. Or, l'analyse économique de la justice présente de nombreuses failles, qui tiennent tantôt à la difficulté d'appréhender la justice en tant que bien spécifique, tantôt à l'adaptation inégale de l'analyse économique aux différents contentieux. La rationalité économique des agents sur laquelle repose l'essentiel de l'analyse économique est ainsi largement discutable dès lors que l'on sort du cadre des contentieux dits froids pour lesquels le calcul économique est le fondement de la prise de décision des parties.

In fine, les arguments tirés de l'analyse économique de la justice plaidant en défaveur de la présence en droit processuel n'apparaissent pas véritablement pertinents. Il n'est certes pas question de fermer les yeux sur les exigences de rationalisation économique des procédures, mais ces exigences ne remettent pas suffisamment en cause l'utilité de la présence pour justifier sa disparition totale. En d'autres termes, l'incertitude qui règne sur les conclusions du bilan en raison tant de la méthode que des résultats nous paraît suffisante pour affirmer que la présence n'est pas un obstacle dirimant à l'efficacité procédurale. L'analyse économique de la présence en droit processuel n'altère donc en rien sa légitimité.

Conclusion du titre 2 :

291. Opportunité de la reconnaissance de la présence en droit processuel – Afin d’apprécier l’opportunité d’une reconnaissance plus marquée de la présence en droit processuel, il nous appartenait de nous interroger sur les enjeux de celle-ci. A cette fin, la démarche impliquait d’envisager la façon dont la présence peut répondre aux enjeux du droit processuel contemporain, lesquels sont doubles puisque la matière s’inscrit dans un double mouvement de fondamentalisation, axé sur la qualité de la justice et la protection des droits fondamentaux processuels, et de rationalisation, orienté vers l’amélioration de l’efficacité de la Justice. Il importait donc de confronter la présence à ces enjeux.

292. Finalités de la présence – En premier lieu, la présence s’inscrit efficacement dans la dynamique du droit processuel cherchant à améliorer la qualité de la justice. C’est dans cette perspective que plusieurs finalités de la présence en droit processuel ont pu être mises en lumière.

D’abord, la présence des protagonistes à une opération procédurale est apparue comme un vecteur de qualité de la solution du litige, en ce qu’elle participe au renforcement des différents fondements de la solution juste. Partant du principe qu’une solution juste est une solution qui se fonde soit sur un accord commun des parties, soit sur la vérité, la présence est utile à la qualité de la solution puisqu’elle joue un rôle de renforcement de ces deux fondements en révélant tantôt sa fonction conciliatrice, tantôt sa fonction heuristique.

Ensuite, la présence des parties comme des tiers est un vecteur de qualité de la procédure elle-même, permettant ainsi une meilleure acceptation par les parties de la décision adoptée au terme de cette procédure. D’une part, la fonction protectrice de la présence se révèle à travers sa participation au renforcement des garanties du droit au procès équitable, qu’il s’agisse des garanties processuelles, telles le principe du contradictoire ou bien encore le droit au témoin, ou des garanties institutionnelles en favorisant un contrôle sur l’impartialité des juridictions. D’autre part, la présence des acteurs des procédures permet à la justice de remplir sa fonction pédagogique en leur permettant à la fois de mieux comprendre la décision qui leur est opposée et de l’intérioriser pour en tirer des leçons pour l’avenir, dans une dynamique de responsabilisation des personnes impliquées dans ces procédures.

Vecteur de qualité de la solution comme de la procédure, renforçant notamment certaines garanties du droit au procès équitable, la présence s’inscrit pleinement dans la recherche d’une justice de qualité, affirmant d’autant sa légitimité en tant qu’élément du droit processuel.

293. Analyse économique de la présence – L’intérêt de préserver la présence en droit processuel tient donc à ses finalités mais devait être confronté aux éventuelles réticences qui peuvent naître à l’idée de lui conserver une place essentielle au sein du droit processuel. Or, le

contexte économique actuel conduit les juristes à intégrer les données issues de l'analyse économique dans la réflexion. Il fallait alors se livrer à une analyse économique de la présence pour déterminer si celle-ci, fréquemment présentée comme un frein à l'efficacité de la Justice, devait être remise en cause en dépit de son utilité précédemment dégagée au regard de ses fonctions.

Or, si le bilan économique de la présence est fréquemment présenté comme étant négatif en raison des différents coûts qu'elle emporte, liés à la fois aux sommes financières devant être engagées et au temps qu'elle nécessite pour être organisée – ce qui a conduit le législateur contemporain à la faire reculer au gré des dernières réformes –, ce bilan n'est pas suffisamment significatif pour entraîner une annulation des effets positifs de la présence. Il faut en effet relativiser l'analyse économique négative de la présence dans la mesure où d'une part, celle-ci peut être, selon les standards même de la discipline, source d'économies. D'autre part, il est tout à fait permis de douter de la pertinence d'une utilisation déraisonnée de l'analyse économique comme moteur principal des réformes de procédure, en raison de la méthode propre à la science économique qui n'est pas parfaitement adaptée au droit processuel. Comme l'affirmait Ricœur à propos de la théorie de la Justice, « *nulle perte de liberté, quel qu'en soit le degré, ne peut être compensée par un accroissement de l'efficacité économique* »¹²³⁶.

In fine, la légitimité de la présence en droit processuel s'affirme pleinement dans la mesure où ce mode d'organisation des rapports processuels épouse les enjeux de la matière, grâce à sa capacité à améliorer la qualité de la justice sans en dégrader véritablement l'efficacité économique. Il est donc possible d'affirmer que le droit processuel contemporain ne doit pas se détourner systématiquement de cette modalité de comparution en cédant au chant des sirènes de l'analyse économique. A l'heure de son remplacement progressif par d'autres modalités de comparution, il paraît nécessaire de prôner, au contraire, une préservation de cette espèce menacée, puisque la présence des différents acteurs¹²³⁷ de la procédure est un gage de qualité de la justice et a incontestablement un rôle à jouer dans la restauration du lien social détruit par la survenance d'un conflit, restauration qui est le cœur de la fonction sociale de la Justice. C'est ainsi au regard de son utilité sociale que la légitimité de la présence en droit processuel se confirme.

¹²³⁶ P. RICOEUR, *Le Juste*, Editions Esprit, 1995, p. 85.

¹²³⁷ Au sens large.

Conclusion de la première partie :

294. Double approche de la légitimité de la présence – L’observation du mouvement d’oscillation de l’intérêt du législateur pour la présence soulève nécessairement la question de la légitimité de ce mode d’organisation des rapports processuels dans le droit processuel contemporain. Plus encore, la présence, notion *a priori* extrajuridique, paraît rarement considérée pour elle-même, et plus rarement encore comme un concept juridique autonome du droit processuel. Il était donc nécessaire, avant même de s’intéresser à sa véritable place dans l’ordre juridique normatif, de déterminer si la présence est légitime en tant qu’élément du droit processuel. Or, afin de démontrer la légitimité de la présence en droit processuel, il nous revenait de l’envisager à la fois dans ce qu’elle a de singulier, c’est-à-dire de circonscrire la notion même de présence, et comme un élément d’un tout que serait le système juridique et plus particulièrement le système de droit processuel.

295. La notion de présence en droit processuel- En premier lieu, il a fallu identifier la notion de présence, lui restituer un contenu juridique puisque la présence est à première vue une notion extrajuridique, car non définie de façon juridique. Cette nécessaire identification de la notion de présence nous a conduit à adopter une double démarche, positive et négative. L’identité juridique de la présence en droit processuel tient, en effet, à la fois à ce que la présence *est* et à ce qu’elle *n’est pas*. Très vite, il est apparu que la présence en tant que notion juridique pouvait être appréhendée de façon positive comme un mode de participation au procès, et plus spécifiquement comme un mode de participation à une opération procédurale qui repose sur l’existence d’un lien processuel immédiat. Est présent à une opération procédurale celui qui se trouve physiquement et personnellement au lieu et au moment de son déroulement. En outre, la notion de présence est une notion autonome en ce sens qu’elle n’est pas absorbée par des notions voisines. S’il y a certes des points d’achoppement entre la notion de présence et celles d’accès au juge, d’action en justice, de contradictoire ou d’oralité, ces notions ne sauraient pour autant se confondre, de telle sorte que la présence se révèle être un mode de participation aux opérations procédurales doté d’une autonomie à l’égard des autres concepts de droit processuel. C’est déjà dire qu’il est légitime de considérer la présence en elle-même et de l’envisager comme un concept juridique autonome qui ne se confond pas avec une manifestation d’autres concepts existants de droit processuel.

296. Les enjeux de la présence en droit processuel – En second lieu, puisque la présence doit être envisagée comme un élément du système processuel, l’étude de sa légitimité a conduit à s’intéresser aux enjeux de la présence en droit processuel. Plusieurs éléments ont alors été pris en compte. La présence peut être considérée comme utile en ce qu’elle sert des finalités juridiques qui sont au cœur de la poursuite de l’idéal de justice. A ce titre, il a pu être démontré que la présence des parties comme des tiers à la procédure peut

promouvoir à la fois la qualité de la décision et celle de la procédure suivie. Pour autant, et si utile soit-elle, la présence est fréquemment présentée comme coûteuse dans son organisation, et cet argument est souvent mis en avant pour justifier un mouvement de recul de celle-ci au profit d'autres modes de participation à la procédure, tels que la représentation ou le dépôt de conclusions écrites. Cependant, une analyse plus poussée des enjeux économiques de la présence permet d'affirmer que le bilan économique de celle-ci n'est pas si négatif qu'il n'y paraît, et qu'en réalité l'analyse économique ne doit pas être l'unique *ratio legis* des réformes de procédure, car cela pourrait conduire à nier certaines spécificités du droit processuel.

297. De la nécessité de préserver la présence en droit processuel – Le propos s'est ouvert sur la contemplation d'un paradoxe. Mode naturel d'organisation des rapports processuels, la présence paraissait, jusqu'à présent, être réduite au rang de donnée factuelle du procès, fréquemment remise en cause au gré des différentes réformes de procédure. Ce paradoxe conduisait donc nécessairement à questionner la légitimité de la présence en tant que véritable notion juridique autonome de droit processuel, utile à la matière. A l'issue de cette première partie de l'étude, il est possible de résoudre, au moins pour partie, ce paradoxe. La présence *doit* être considérée pour elle-même, comme un concept juridique autonome qui sert pleinement les enjeux du droit processuel. Ce droit, dont la finalité générale n'est autre que de trouver des solutions à des conflits sociaux avant d'être des conflits juridiques, gagne à organiser la présence des différents participants à la procédure parce qu'elle permet de préserver une justice à visage humain, qui retisse les liens sociaux et contribue à l'apaisement des conflits grâce à une justice efficace et de qualité. La science juridique doit donc appréhender la présence pour elle-même, en tant que concept juridique autonome et ce, d'autant plus que la notion de présence est dotée d'une véritable spécificité et ne se dissout pas dans d'autres concepts de droit processuel. En cela, ce mode d'organisation des rapports processuels est parfaitement légitime à conserver une place au sein du droit processuel et mérite à ce titre d'être préservé.

Encore faut-il s'assurer que cette légitimité de la présence trouve son prolongement dans une reconnaissance effective par le droit positif. Si la présence *doit être* considérée comme un élément légitime du droit processuel, il est encore nécessaire de vérifier qu'elle *est* véritablement reconnue par l'ordre juridique, c'est-à-dire de vérifier que ce concept est un concept doté d'une véritable normativité. Ainsi, après avoir justifié de l'intérêt d'ancrer la présence au sein du droit processuel au regard de sa légitimité, il faut donc concrétiser cet ancrage ou, plus modestement, s'interroger sur la réalité de cet ancrage dans le droit positif et, partant, s'intéresser à la normativité de la présence en droit processuel, à laquelle sera consacrée la deuxième partie de l'étude.

SECONDE PARTIE :

LA NORMATIVITE DE LA PRESENCE

EN DROIT PROCESSUEL

298. Normativité – Dans une première approche idéaliste, il a été démontré que la présence était dotée d'une légitimité certaine en droit processuel et méritait d'être organisée et préservée. Cette approche doit toutefois être complétée par une analyse plus réaliste, pour comprendre comment, dans le droit positif contemporain, la présence s'intègre à l'ordre juridique processuel. C'est donc désormais la normativité de la présence qu'il convient de questionner. La normativité, concept « *aussi insaisissable qu'essentiel* »¹²³⁸, renvoie à l'état de ce qui est normatif. Or, est normatif « *ce qui constitue ou énonce une norme* » ou « *ce qui crée, établit, prescrit des normes* »¹²³⁹. A n'en pas douter, lorsque l'on s'intéresse à la normativité de la présence, seul le premier sens semble pertinent. En effet, la présence ne crée pas de normes. Partant, l'étude de la normativité de la présence invite à se demander si la présence constitue une norme.

299. Normativité de la présence en droit processuel – L'objet de l'étude doit cependant être précisé. Il s'agit ici de s'intéresser à l'étude de la normativité de la présence *en droit processuel* : par conséquent, la normativité dont il s'agit ici est nécessairement une normativité juridique¹²⁴⁰. L'étude de la normativité de la présence en droit processuel conduit donc plus précisément à se demander si la présence est le substrat de normes juridiques. La démarche n'est pas simple dans la mesure où le concept de norme juridique – ou de règle de droit¹²⁴¹ – fait depuis longtemps l'objet de vifs débats entre théoriciens du droit¹²⁴². Cela étant,

¹²³⁸ C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Arch. phil. dr.* 2008, t. 51, p. 341.

¹²³⁹ A. LALANDE, « Normatif », *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e éd., PUF, 2010, Coll. Quadrige.

¹²⁴⁰ Et c'est en ce sens que sera employé le terme de « normativité », sauf précision contraire.

¹²⁴¹ Certains auteurs invitent d'ailleurs à distinguer ces deux termes (C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », art. préc. : pour cet auteur, la règle juridique serait une espèce particulière de norme juridique. Pour une utilisation différenciée des termes de règle et de norme, v. déjà H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, LGDJ-Bruylant, 1997, trad. B. LAROCHE et V. FAURE, p. 88 ; J. GHESTIN, « Les données positives du droit », *RTD Civ.* 2002, p. 11 et s. ; O. PFERSMANN, « Norme », in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003). Cependant, afin de ne pas complexifier inutilement le propos, les deux termes seront ici tenus pour synonymes, comme le fait une autre partie de la doctrine (v. en particulier P. AMSELEK, « Norme et loi », *Arch. phil. dr.* 1980, t. 25, p. 89 ; A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, p. 199 et s., spéc. n° 3 ; D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 218).

¹²⁴² Sur cette question, v. parmi d'autres P. AMSELEK, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, dir. C. EISENMANN, LGDJ, 1962 ; D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, préc. ; G. TIMSIT, *Archipel de la norme*, PUF, 1997 ; M. VIRALLY, « Le phénomène juridique », *RDP* 1966, p. 5 ; P. AMSELEK, « Norme et loi », art. préc. ; C. ATIAS, « Normatif et non-normatif dans la législation récente du

il est possible d'admettre qu'une norme juridique doit répondre d'abord au critère de la normativité *stricto sensu* avant de répondre à celui de la juridicité¹²⁴³. Classiquement, la norme est décrite comme un *instrument de mesure*¹²⁴⁴ qui véhicule un *modèle*¹²⁴⁵, tandis que le critère de la juridicité semble reposer aux yeux d'une majeure partie de la doctrine sur la sanction¹²⁴⁶. Si l'identification de la sanction comme critère de la juridicité a toutefois été combattue par certains auteurs¹²⁴⁷, qui proposent comme critère alternatif l'insertion de la norme dans un ordre normatif particulier qu'est l'ordre juridique, le critère de la sanction ne semble toutefois pas devoir être délaissé, à condition toutefois que la sanction soit définie comme la justiciabilité de la norme, c'est-à-dire sa capacité à être utilisée par le juge pour fonder sa décision¹²⁴⁸, et qu'elle ne soit pas retenue comme *le critère* de la juridicité mais comme *un indice* de celle-ci¹²⁴⁹. Dès lors, si une norme peut être *sanctionnée* par une autorité légitime, il s'agira d'une norme juridique. Ces éléments sommaires de définition permettent alors de préciser l'étendue de l'étude de la normativité de la présence en droit processuel, qui va consister à s'intéresser aux instruments juridiques qui sont, d'une part, porteurs d'un modèle d'organisation du procès fondé sur la présence de ses différents protagonistes et, d'autre part, susceptibles d'être utilisés par le juge pour fonder sa décision.

300. Normativité de la présence et situations juridiques présentesielles – Eu égard à la construction du droit processuel qui est d'essence doctrinale, la démarche doit nécessairement être inductive. Le droit processuel s'étant en effet construit à partir de l'étude des règles techniques applicables dans les différentes procédures, la normativité de la présence doit en premier lieu être recherchée au sein même de ces règles de procédure. Il faut

droit privé », *RRJ Droit prospectif* 1982-2, p. 219 ; Ph. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chron. p. 197 ; J.-B. AUBY, « Prescription juridique et production juridique », *RDP* 1988, p. 674 ; A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », art. préc. ; C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure », art. préc.

¹²⁴³ Sur cet ordonnancement « chronologique » des éléments de qualification d'une norme juridique, v. P. AMSELEK, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, préc., spéc. p. 62 : l'auteur y écrit que « le phénomène juridique est d'abord du genre « phénomène normatif », ensuite de l'espèce phénomène juridique ».

¹²⁴⁴ Cette idée a été particulièrement démontrée par P. AMSELEK, « Norme et loi », art. préc.

¹²⁴⁵ L'objet du modèle fait débat (modèle de conduite ou modèle portant sur des objets distincts : v. A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », art. préc.), l'assimilation de la norme à un modèle idéal semble quant à elle admise par l'ensemble de la doctrine.

¹²⁴⁶ Même si la notion de sanction elle-même en tant que critère de juridicité fait également l'objet de controverses : v. en particulier J.-B. AUBY, « Prescription juridique et production juridique », art. préc., spéc. p. 678 ; Ph. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », art. préc. ; A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », art. préc.

¹²⁴⁷ V. en particulier D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, préc., spéc. p. 250 et s. Pour un propos plus nuancé, v. également P. DEUMIER, *Le droit spontané*, préf. J.-M. JACQUET, Economica, 2002, p. 254 et s. L'auteur relève que la sanction judiciaire est l'une des caractéristiques des règles de droit mais ne fonde pas la validité du droit.

¹²⁴⁸ En ce sens, v. Ph. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », art. préc. Pour plus de développements sur ce point, v. *infra* n° 520 et s.

¹²⁴⁹ Pour plus de développements, v. *infra* n° 521.

donc observer les règles particulières de procédure et se demander si ces règles sont porteuses de modèles présents juridiquement reconnus au travers de situations juridiques de présence. En effet, s'il est possible d'identifier des situations juridiques présentes, alors la normativité juridique de la présence sera certaine, dans la mesure où ces situations ne sont juridiques, ne peuvent l'être qu'à la condition de reposer sur une règle juridique¹²⁵⁰.

301. Situations juridiques particulières et norme générale de présence – L'étude de la normativité de la présence ne peut toutefois pas se satisfaire de l'identification de situations juridiques présentes. Il faut en effet, dans une dernière étape, tenter de remonter à la norme de présence elle-même. Puisque les situations juridiques sont le reflet, l'effet des normes juridiques, il pourrait être tentant de conclure simplement à l'existence d'autant de normes de présence particulières qu'il existe de situations juridiques de natures distinctes et de s'en tenir à cette conclusion. Pourtant, le nombre important de ces situations juridiques présentes interroge nécessairement quant à l'existence d'une norme générale de présence distincte de ces règles techniques particulières qui l'organisent. Or, le droit processuel étant gouverné par des normes générales d'un tel genre, que sont les principes directeurs du procès, on ne peut que s'interroger sur l'existence d'une telle norme présente, autrement dit sur l'existence d'un principe de présence.

302. Annonce – Pour ces raisons, après avoir mis en lumière les différentes situations juridiques de présence (Titre 1), il sera nécessaire de s'interroger sur l'existence d'une norme générale de présence et plus précisément sur la reconnaissance possible d'un principe de présence (Titre 2).

Titre 1 : Les situations juridiques de présence

Titre 2 : La reconnaissance possible d'un principe de présence.

¹²⁵⁰ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005, Coll. Bibliothèque Dalloz, rééd. de l'ouvrage publié aux éditions Sirey en 1963, p. 5.

TITRE 1 :

LES SITUATIONS JURIDIQUES DE PRESENCE

303. Diversité des situations juridiques de présence – La complexité de l'appréhension juridique de la présence n'apparaît pas comme une nouveauté à ce stade de l'étude. Les exemples des manifestations de la présence ont en effet été nombreux, divers, répondant à des finalités elles-mêmes diverses. Or, sans que cela n'ait encore été rigoureusement démontré, l'on a pu pressentir que la diversité de ces manifestations de la présence en droit positif trouvait écho particulier dans la diversité de nature des situations juridiques processuelles appréhendant la présence. Il est donc nécessaire à présent d'identifier, de qualifier plus précisément ces situations juridiques, afin d'en cerner le régime et ainsi de s'approcher de la réalité juridique de la présence en droit positif et de son effectivité. C'est en effet en appréhendant l'effectivité des situations juridiques de présence qu'il sera possible d'apprécier leur normativité juridique mais également leur force normative¹²⁵¹ et, partant, d'en déduire l'existence d'une véritable norme de présence.

304. Présentation binaire des situations juridiques – L'opération de qualification, nécessaire préalable à une réflexion sur la reconnaissance de la présence en droit positif en tant que notion juridique, n'est pourtant pas chose aisée. Il n'est pas rare que les situations juridiques soient classiquement présentées de façon binaire, en opposant tantôt les droits et les obligations, tantôt les droits et les devoirs¹²⁵². Pourtant, la réalité juridique est bien plus nuancée et le droit positif offre un panel extrêmement diversifié de situations juridiques, parmi lesquelles droits subjectifs, devoirs, dettes, pouvoirs, libertés, obligations, facultés ont chacun un sens particulier. Il n'est donc pas opportun d'user de tels qualificatifs à la légère tant ces qualifications peuvent être lourdes de conséquences quant au régime juridique de ces situations. Sans pour autant préjuger des qualifications particulières, il est cependant possible de distinguer parmi toutes ces situations juridiques deux grandes catégories distinctes. Les premières peuvent être qualifiées de *prérogatives*, qui *permettent* aux individus d'adopter tel ou tel comportement ; les secondes peuvent être qualifiées de *charges*, qui au contraire *imposent* ce comportement¹²⁵³.

¹²⁵¹ En effet, alors que le concept de normativité est binaire – la normativité de la règle *est* ou *n'est pas* – le concept de force normative est quant à lui susceptible de degré, l'un des facteurs de variabilité de la force normative étant l'effectivité de la norme. En ce sens, v. C. THIBIERGE, « La force normative – Synthèse », in *La force normative* (dir. C. THIBIERGE), LGDJ Bruylant, 2009, p. 741.

¹²⁵² V. ainsi P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 15^e éd., LexisNexis, 2015, n° 271 : « toute personne est d'une part titulaire de droits [...] et d'autre part débiteur d'obligations [...] ».

¹²⁵³ Pour cette distinction, v. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005, Coll. Bibliothèque Dalloz, rééd. de l'ouvrage publié aux éditions Sirey en 1963, n° 24. V. également pour une reprise de cette distinction, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15^e éd., Sirey, 2014, Coll. Sirey Université, n° 188.

305. Dichotomie des situations juridiques de présence- Cette dichotomie se retrouve au sein des situations juridiques de présence. Il est en effet relativement aisé d'entrevoir que parmi ces situations juridiques, certaines sont imposées aux acteurs du procès, tandis que d'autres leur sont consenties. Partant, et sans préjuger des qualifications particulières que méritent de recevoir les situations juridiques présentielles, une approche par classification est nécessaire pour présenter ces situations en distinguant les charges présentielles (Chapitre 1) des prérogatives présentielles (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les charges présentielles

Chapitre 2 : Les prérogatives présentielles

Chapitre 1 : Les charges présentielles

306. Notions de charge et d'obligation *lato sensu* – De nombreuses situations juridiques processuelles imposent aux différents protagonistes du procès des charges présentielles, fréquemment visées par les auteurs sous les termes d'« *obligations de présence* » ou encore d'« *obligation de comparution personnelle* ». Ainsi, parle-t-on de l'« *obligation de présence* » de la personne convoquée à une audience disciplinaire¹²⁵⁴ ou, encore plus fréquemment, d'« *obligation de comparution personnelle* » des parties dans les procédures orales¹²⁵⁵ et en particulier en matière pénale¹²⁵⁶ ou d'« *obligation de comparution* » pesant sur le témoin¹²⁵⁷. Mais en réalité, l'emploi du terme « obligation » est ici trompeur et doit être précisé. En effet, l'utilisation de cette terminologie dans des sens qui la dénaturent est, depuis quelques temps déjà, critiquée par une partie de la doctrine¹²⁵⁸. Il y a là une synecdoque qui tend à désigner le genre par l'espèce, à savoir l'obligation. C'est qu'en effet l'obligation est une espèce particulière au sein des situations juridiques contraignantes, que l'on peut désigner sous le vocable de « charges », défini dans son sens le plus générique comme « *ce qui pèse, ce qui incombe à une personne* »¹²⁵⁹, « *ce qui est contraignant* »¹²⁶⁰. Les charges peuvent donc désigner de façon générique toute situation juridique contraignante qui place le sujet dans une situation d'assujettissement en lui imposant une norme de comportement¹²⁶¹. Or, prise dans son sens général, la notion d'obligation est synonyme de celle de charge et est, dès lors, susceptible de renvoyer à des situations différentes.

¹²⁵⁴ V. par ex. G. ROUZET, « Obligation de présence et non-comparution à l'audience », *D.* 2013, p. 1325.

¹²⁵⁵ V. par ex. C. BOUTY, « Procédure orale (dispositions communes) », *Rép. D. proc. civ.* 2013, n° 65 et s.

¹²⁵⁶ V. par ex. M. LENA, « Obligation de comparution égale obligation d'extraction », *D. actu*, 17 fév. 2010.

¹²⁵⁷ M. GIACOPELLI, Y. JOSEPH-RATINEAU, « Témoin », *Rép. D. proc. pén.* 2015, n° 9 et s. V. également P. MAISTRE DU CHAMBON, *Les aspects modernes de l'obligation de faire, en droit pénal, civil et judiciaire*, dir. J. LARGUIER, Thèse Grenoble, 1980, p. 135.

¹²⁵⁸ V. not. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005, Coll. Bibliothèque Dalloz, rééd. de l'ouvrage publié aux éditions Sirey en 1963, n° 13 : « [les juristes contemporains] ont largement usé du mot : obligation, et on peut [...] critiquer un abus ». V. également M. VILLEY, « Métamorphoses de l'obligation », *Arch. phil. dr.* 1970, t. 15, p. 287 et s. : « Combien les modernes ont extrapolé, faisant servir l'obligation à une multiplicité d'usages pour lesquels elle n'était pas faite, déformant le concept » ; J. CARBONNIER, *Droit civil, vol. II, Les biens, les obligations*, PUF, 2004, n° 922.

¹²⁵⁹ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Charge – sens gén. », *Vocabulaire juridique* (dir. G. CORNU), 11^e éd., PUF, 2016, Coll. Quadrige, p. 166.

¹²⁶⁰ A. REY (dir.), J. REY-DEBOVE (dir.), P. ROBERT (dir.), « Charge – sens II », in *Le Petit Robert de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, 2014, p. 400.

¹²⁶¹ Le terme de charge est parfois employé dans un sens plus précis, proche de l'incombance, pour désigner notamment les charges processuelles. C'est en ce sens qu'on les retrouve sous la plume de Motulsky : H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé – la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, nouvelle édition, Dalloz, 2002, Coll. Bibliothèque Dalloz, n° 83 et s. Cependant, il nous semble que le terme reste le plus adapté pour désigner de façon générique les situations juridiques contraignantes, incluant à la fois devoirs, obligations et incombances. A l'appui de ce choix terminologique, il est possible d'avoir recours à l'article 2 du Code de procédure civile, lequel dispose que « Les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent ». Les charges ainsi visées peuvent en effet renvoyer, d'une part, aux charges processuelles classiques, telles que désignées par Motulsky, et qui sont des incombances et, d'autre part,

307. Obligations civiles, devoirs et incombances – « *Une science est une langue bien faite, et on doit très humblement reconnaître que les termes dont les juristes se servent constamment manquent de netteté ; les mots : droit, action en justice, pouvoir, faculté, liberté, sont constamment employés les uns pour les autres* »¹²⁶². Le constat de la confusion entre certains termes juridiques opéré par Roubier peut sans doute être élargi aux notions d'obligation, de devoir et d'incombance, toutes trois appartenant à la catégorie des charges précédemment définies. Ainsi, le vocabulaire juridique Cornu définit l'obligation dans un premier sens général comme un « *synonyme de devoir* »¹²⁶³. Le législateur lui-même emploie parfois sans distinction les deux termes. Un auteur relevait à cet égard de nombreux exemples de l'emploi du terme obligation alors qu'il n'y a en réalité pas d'obligation au sens du droit privé¹²⁶⁴. Le droit processuel n'échappe d'ailleurs pas à cette confusion lorsque le législateur parle d'« *obligation de dire la vérité* »¹²⁶⁵ à l'égard des témoins, de « *l'obligation* » de révéler les circonstances susceptibles d'affecter son indépendance et son impartialité imposée à l'arbitre¹²⁶⁶, de l'« *obligation de constituer avocat* »¹²⁶⁷, dispositions qui sont toutes contenues dans le Code de procédure civile. L'inventaire s'allonge encore si l'on s'intéresse au Code de procédure pénale tant la liste des « obligations » pesant sur la personne poursuivie est longue : à titre d'exemple, le législateur parle d'« *obligations du contrôle judiciaire* »¹²⁶⁸, ou encore d'« *obligations résultant de l'acceptation de la transaction* »¹²⁶⁹. Or, suivant la pensée de Roubier, « *le danger est trop grand, dans notre science, que les conflits d'intérêts ne deviennent insolubles si on les double de querelles de mots* »¹²⁷⁰. Il est donc nécessaire, pour parvenir à déterminer l'exacte qualification des charges de présence qui pèsent sur les acteurs du procès, de préciser le sens précis de chacun de ces termes.

308. Notion d'obligation au sens du droit privé – Prise dans son sens plus étroit, l'obligation désigne le rapport de droit qui unit un débiteur à son créancier¹²⁷¹. La doctrine

à certains devoirs processuels, tel que par exemple le devoir de communiquer ses conclusions et pièces à l'adversaire en vertu du principe du contradictoire. Sur les distinctions entre ces notions, v. *infra* n° 307 et s.

¹²⁶² P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, préc., préface p. II.

¹²⁶³ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Obligation – sens 1 », *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., (dir. G. CORNU), PUF, 2013, Coll. Quadrige, p. 699.

¹²⁶⁴ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. LEDUC, Dalloz, 2012, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 116, n° 8.

¹²⁶⁵ Art. 211 C. proc. civ.

¹²⁶⁶ Art. 1456 C. proc. civ.

¹²⁶⁷ Art. 902 et 1036 C. proc. civ.

¹²⁶⁸ Art. 142-2 C. proc. pén. Une recherche rapide sur Légifrance montre que l'expression d'« *obligations du contrôle judiciaire* » est employée à 46 reprises dans le Code de procédure pénale.

¹²⁶⁹ Art. 41-1-1 C. proc. pén.

¹²⁷⁰ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, préc., préface p. II.

¹²⁷¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey, 2014, Coll. Sirey Université, n°s 38 et 39 ; A. BENABENT, *Droit des obligations*, 14^e éd., LGDJ, 2014, Coll. Domat droit privé, n° 2 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*. 1- *Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., PUF, 2012, Coll.

classique y voit donc un lien de droit unique, une notion unitaire avec deux facettes, la première correspondant à la dette du débiteur, aspect passif de l'obligation, et la seconde au droit de créance du créancier, aspect actif de celle-ci¹²⁷², ce droit de créance se caractérisant par le pouvoir qu'il confère à son titulaire d'exiger quelque chose du débiteur¹²⁷³. Une doctrine récente a quant à elle proposé une notion « néo-classique » de l'obligation en affirmant que bien que celle-ci soit faite d'une dette et d'une créance, ces dernières ne sont pas de même nature et ne peuvent donc être analysées comme deux facettes d'un même rapport. Au contraire, il s'agirait de deux phénomènes juridiques distincts, la dette étant un « devoir spécial » et donc une norme de droit objectif individuelle astreignant le débiteur à faire quelque chose au profit du créancier tandis que la créance est un droit subjectif lui permettant de recevoir et d'exiger la prestation qui lui est due¹²⁷⁴. Quoi qu'il en soit et quelle que soit la conception retenue – deux aspects d'une même facette ou autonomie de la dette et de la créance –, il reste que l'obligation n'existe qu'à condition que l'on puisse identifier simultanément une dette et une créance reliées entre elles. En effet, dans la doctrine classique, le lien est évident si dette et créance sont l'endroit et l'envers d'un rapport de droit unique tandis que dans la conception néo-classique, l'exécution de la dette semble être l'objet du droit du créancier¹²⁷⁵. De ce lien entre dette et créance découle naturellement un lien entre débiteur et créancier dans la conception classique et entre « *adressataire de la norme* » et « *bénéficiaire de la norme* » dans la conception néo-classique, qui sont les deux sujets de l'obligation¹²⁷⁶. D'où l'on déduit qu'il reste dans l'obligation un aspect subjectif, individuel, obligeant à identifier au moins un débiteur et un créancier en particulier.

309. Notion de devoir – Le devoir au contraire revêt un caractère *a priori* objectif, qui n'engage celui qui en est tenu qu'à l'égard de la société, qui le lie à l'ordre juridique et non à

Thémis, p. 2 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, Coll. Précis Dalloz, n° 2 ; P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, 13^e éd., LexisNexis, 2014, Coll. Manuel, n° 7 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 7^e éd., LGDJ, 2015, Coll. Droit civil, n° 1. Pour une étude de l'analyse étymologique du terme ayant abouti à lui donner son sens civiliste, v. G. PIERI, « Obligation », *APD*, t. 35, 1990, p. 221-231.

¹²⁷² En ce sens, v. P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, préc. n° 1 ; P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, préc., n° 7 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. I- Contrat et engagement unilatéral*, préc., p. 2 (l'auteur y écrit que « du côté du débiteur (du côté passif) l'obligation est une dette, tandis que du côté du créancier (du côté actif) elle est une créance ; mais il s'agit des deux aspects de la même obligation ») ; A. BENABENT, *Droit des obligations*, préc., n° 2. La notion classique d'obligation envisagée comme un concept à deux faces nous est héritée des juristes des XIX^e et XX^e siècles : sur la généalogie de la notion unitaire d'obligation telle que nous la connaissons, v. G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préc., spéc. n° 233-244.

¹²⁷³ V. *ex multis* J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., PUF, 2013, Coll. Thémis, p. 157, n° 8.

¹²⁷⁴ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préc., spéc. n° 251 et s.

¹²⁷⁵ *Ibid.*, n° 295 et s.

¹²⁷⁶ *Ibid.*, n° 301 et s.

un créancier particulier¹²⁷⁷, et ce, en vue du bien commun¹²⁷⁸. Il est vrai que Roubier analysait le devoir juridique comme le « *principe possible d'une dette, qui n'existe auparavant qu'à l'état d'éventualité* »¹²⁷⁹, ou encore comme une « *dette éventuelle* »¹²⁸⁰. Néanmoins, l'éminent juriste reconnaissait lui-même qu'« *il y a quantité de devoirs juridiques qui n'aboutiront à créer aucun droit subjectif* »¹²⁸¹. Pour cette raison, le devoir peut se définir comme une « *norme de droit objectif imposant un comportement sous la menace d'une sanction de nature coercitive ou répressive* »¹²⁸², qui ne comporte pas de contrepartie pour une personne déterminée¹²⁸³. Plus encore, il semble possible, lorsqu'on s'intéresse au devoir, d'aller plus loin encore en affirmant que le devoir renvoie davantage au comportement imposé par la norme qu'à la norme imposant ce comportement. Il nous paraît alors utile de distinguer, à la suite de Roubier, le devoir de la dette¹²⁸⁴, dans la mesure où la dette est *exigible* par un créancier alors que le devoir ne l'est jamais¹²⁸⁵.

310. Notion d'incombance – A l'instar du devoir, la notion d'incombance ne suppose pas l'existence d'un lien subjectif entre un créancier et un débiteur. Notion issue de la doctrine allemande, traduite en français par les juristes suisses¹²⁸⁶, l'incombance peut être définie comme une norme de comportement imposée à une personne dans son propre intérêt en vue d'éviter la perte d'un droit. Cette définition semble alors correspondre à la notion de charge *stricto sensu* sous la plume de certains auteurs¹²⁸⁷. Pourtant, si le concept d'incombance

¹²⁷⁷ *Ibid.*, n° 260. L'auteur y affirme que les devoirs « *ne correspondent, pour les autres sujets de droit, à aucun droit subjectif. [...] Si l'on peut trouver des sujets auxquels l'observation d'un devoir profite, il n'est pas vrai que ces sujets disposent du droit d'exiger d'autrui le respect de celui-ci* ». V. également P. MAISTRE DU CHAMBON, *Les aspects modernes de l'obligation de faire en droit pénal, civil et judiciaire*, préc., p. 35 : « Ce n'est plus que par la présence ou l'absence de créancier, ainsi que par l'objectif poursuivi que peut être distinguée l'obligation du devoir juridique ».

¹²⁷⁸ En ce sens, v. P. MAISTRE DU CHAMBON, *Les aspects modernes de l'obligation de faire en droit pénal, civil et judiciaire*, préc., p. 29 et s.

¹²⁷⁹ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, préc., n° 13.

¹²⁸⁰ *Ibid.*

¹²⁸¹ *Ibid.*, n° 14, p. 106.

¹²⁸² G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préc., n° 257.

¹²⁸³ *Ibid.*, n° 260. V. également en ce sens Y. PICOD, « Obligations », *Rép. D. droit civil*, 2009, n° 11.

¹²⁸⁴ Le propos est cependant nuancé par certains auteurs qui voient dans la dette un devoir spécial : v. G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préc., n° 266. L'auteur y définit la dette comme un devoir spécial et affirme qu'elle est différente des prérogatives dont le créancier peut se prévaloir.

¹²⁸⁵ J. CARBONNIER, *Les obligations*, 22^e éd., PUF, 2000, n° 7, p. 25 ; J.-C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, Durand et Hachette, 1870, n° 4, p. 5 ; A.-S. DUPRE-DALLEMAGNE, *La force contraignante du rapport d'obligation (recherche sur la notion d'obligation)*, PUAM, 2004, n° 6.

¹²⁸⁶ Pour un aperçu de la conceptualisation de l'incombance en droit allemand et suisse, v. B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, dir. L. SAUTONIE-LAGUIONIE, Thèse Université de Bordeaux, 2015, n° 10 et s.

¹²⁸⁷ Et principalement sous celle de Motulsky, qui désignait sous le vocable de charges processuelles, les nécessités pesant sur les parties tel un fardeau, que ces dernières doivent satisfaire sous peine de voir le sort de leur procès compromis : H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, préc., n° 83. La définition de la notion de charge en ce sens est notamment reprise par le *Vocabulaire juridique* Cornu qui la

n'est pas pleinement ancré dans le droit positif français, certains auteurs l'ayant qualifié de « *faux concept* »¹²⁸⁸, il nous semble cependant que cette catégorie s'avère utile pour l'analyse. En effet, d'abord, elle se distingue de l'obligation, en ce qu'elle ne suppose pas de lien personnel entre un créancier et un débiteur, et du devoir, en ce qu'ils n'ont ni le même objet, ni la même finalité¹²⁸⁹, l'incombance étant érigée non dans l'intérêt général mais dans l'intérêt de celui sur qui pèse la norme. Ensuite et surtout, l'emploi du terme d'incombance pour désigner ce que certains visent sous l'appellation de charges permet d'éviter de multiplier les acceptions d'un même mot et ainsi de dissiper la confusion. De la sorte, retenir le terme d'incombance ne relève pas d'un choix terminologique arbitraire mais plutôt d'une clarification utile permettant de désigner par le terme de charge le genre et par les termes d'incombances, d'obligations et de devoirs, les espèces particulières de situations juridiques contraignantes.

311. Charges de présence – Ces distinctions terminologiques étant posées, il devient alors possible d'entreprendre d'identifier plus précisément les charges présentielles en droit processuel, et de tenter d'en cerner la qualification et le régime juridique. La démarche consistera donc à étudier ces différentes charges, afin de s'interroger sur la cohérence de leur régime en droit positif au regard de leur qualification. Il est alors nécessaire de les étudier en opérant une première classification selon les sujets de ces charges de présence. En effet, en raison du foisonnement des droits procéduraux naissant à la faveur d'un renforcement du procès équitable, la situation des acteurs de la procédure, entendus comme les détenteurs d'une action, ou à tout le moins d'une action potentielle¹²⁹⁰ est plus complexe que celle des tiers¹²⁹¹, qui ne sont que des « collaborateurs de la procédure ». La situation des acteurs de la procédure procède en effet d'un enchevêtrement de charges et de prérogatives processuelles. Pour cette raison, il sera nécessaire d'envisager en premier lieu les charges de présence pesant sur les collaborateurs de la procédure (Section 1) avant d'envisager en second lieu les charges de présence pesant sur les acteurs de la procédure (Section 2).

définit comme « *la nécessité imposée par la loi au plaideur dans la mise en œuvre de ses prétentions sous peine de voir écarter celles-ci* » : ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Charge », in *Vocabulaire juridique* (dir. G. CORNU), préc., p. 166.

¹²⁸⁸ B. LABBE, « L'incombance : un faux concept », *RRJ Droit prospectif* 2005, p. 183 et s. Adde G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. LEDUC, Dalloz, 2012, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 116, n° 491 et s.

¹²⁸⁹ Pour une illustration de ces distinctions en matière contractuelle, v. B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, préc.

¹²⁹⁰ Les personnes mises en cause en matière pénale ne sont pas encore parties au stade de l'enquête mais sont néanmoins susceptibles de le devenir.

¹²⁹¹ Que l'on peut définir comme ceux qui ne sont ni parties initiales ni parties en cours d'instance. En ce sens, v. P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, (préf. J. HAUSER), LGDJ, 2000, Coll. Bib. droit privé, p. 34. V. aussi S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, PUF, 2014, n° 170 : les auteurs définissent le tiers comme celui qui ne formule aucune prétention et à l'égard desquels aucune prétention n'existe ; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., LexisNexis, 2013, coll. Manuel, n° 499 : le tiers y est défini comme celui qui n'est pas partie à l'instance.

Section 1 : Les charges de présence pesant sur les collaborateurs de la procédure

312. Recherche d'une cohérence dans le régime des charges de présence des collaborateurs de la procédure – La loi impose parfois la présence de certains collaborateurs du procès qui sont tiers à la procédure. C'est le cas notamment lorsqu'elle fait peser sur les témoins et experts une charge de présence, c'est-à-dire qu'elle leur impose de se déplacer physiquement et en personne devant l'autorité qui a requis leur présence. Cette charge s'explique par la finalité heuristique¹²⁹² de la présence, puisqu'elle est supportée par les personnes susceptibles d'apporter leur concours à la manifestation de la vérité. Afin de préciser l'efficacité de ces charges de présence et leur véritable place dans le système juridique processuel, il est donc nécessaire d'étudier la cohérence en droit positif de leur régime juridique. A cette fin, et avant même d'en étudier le régime proprement dit (§2), un préalable est néanmoins requis, qui exige de qualifier juridiquement ces situations (§1).

§1 : La qualification de la charge de présence pesant sur les collaborateurs de la procédure

313. Choix à opérer entre deux qualifications – La qualification de l'exigence de présence pesant sur les tiers collaborateurs de la procédure n'est pas chose aisée et le législateur n'est pas d'une grande aide dans cette entreprise. En effet, ces charges de présence ne sont pas qualifiées directement par le législateur, les textes affirmant que les témoins « *sont tenus* » de déposer et de comparaître¹²⁹³ ou prévoyant les sanctions applicables en cas de non-comparution¹²⁹⁴. Il faut alors se libérer des textes et envisager les différentes qualifications susceptibles d'être applicables. Une chose est certaine : l'exigence de présence pesant sur certains tiers au procès n'est pas érigée par le droit positif dans l'intérêt de ces tiers. En effet, qu'il s'agisse des témoins ou des techniciens, leur qualité de tiers tient à ce que leur intérêt propre n'est pas en jeu dans la procédure. De fait, la qualification d'incombance doit immédiatement être rejetée. Cependant, *a priori*, les qualifications d'obligation et de devoir sont envisageables aussi bien l'une que l'autre pour appréhender les situations juridiques imposant un comportement aux individus en vertu d'un intérêt autre que le leur. Une première observation rapide des situations juridiques imposant la présence des tiers semble alors faire émerger des hésitations sur la qualification idoine (A). Pourtant, une analyse plus poussée conduit à admettre qu'en réalité, seule la qualification de devoir est adéquate (B).

¹²⁹² V. *supra* n° 179 et s.

¹²⁹³ Art. 206 C. proc. civ. ; art. R. 623-4 C. J. A.

¹²⁹⁴ V. par ex. art. 102 C. proc. pén.

A- Hésitations sur la qualification idoine

314. Données du problème – A première vue, l’observation du droit positif fournit matière à hésitation sur la qualification à retenir entre l’obligation *stricto sensu* et le devoir s’agissant de la présence des tiers à la procédure.

315. Qualification retenue par la jurisprudence – D’abord, la jurisprudence utilise parfois le terme d’« obligation » de comparution pour qualifier la présence des témoins en matière pénale prévue par les articles 109 et 153 du Code de procédure pénale. Ainsi, les juges de la Chambre criminelle mentionnaient dans un arrêt rendu le 19 septembre 2007 « *l’obligation faite à un parlementaire de comparaître en qualité de témoin* »¹²⁹⁵ ou, dans un arrêt rendu le 10 octobre 2001, « *l’obligation de comparaître en tant que témoin* »¹²⁹⁶. Il n’est cependant pas certain que ces références à une obligation de comparution soient significatives de l’existence d’une obligation de comparution au sens strict. En effet, d’abord les occurrences sont trop rares pour pouvoir en tirer quelque conclusion que ce soit, la jurisprudence se contentant parfois de la périphrase contenue dans les textes selon laquelle les témoins sont tenus de comparaître, sans qualifier cette exigence à leur égard¹²⁹⁷. Ensuite, il est permis de douter que ces rares occurrences découlent d’une opération de qualification réfléchie et voulue par les juges dans la mesure où la question posée à la Cour n’était pas celle de la qualification de cette exigence. Ainsi, l’arrêt d’Assemblée plénière du 10 octobre 2001 était relatif à la possibilité de soumettre le Président de la République à une telle « obligation », alors que celui de 2007 s’interrogeait sur cette même possibilité à l’égard d’un parlementaire. Gageons donc qu’il s’agit tout au plus d’une qualification « par inadvertance », qui ne peut faire foi.

316. Corrélation entre obligation de présence du témoin et droit au témoin ? – Le doute sur la pertinence de la qualification d’obligation à accorder à l’exigence de présence à laquelle les tiers sont soumis persiste néanmoins dès lors que lorsque la jurisprudence statue sur la question de cette exigence, elle le fait fréquemment à la lumière du droit d’interroger ou de faire interroger les témoins prévu par l’article 6§3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’Homme et des libertés fondamentales¹²⁹⁸. Ainsi, dans un arrêt du 12 septembre 2012, la Chambre criminelle de la Cour de cassation censure la décision d’une cour

¹²⁹⁵ Cass. crim., 19 sept. 2007, n° 06-85003 : *Bull. crim.* n° 217 ; *AJ Pénal* 2007, p. 537 ; *Dr. pén.* 2009, chron. 1, obs. D. GUÉRIN.

¹²⁹⁶ Cass. ass. pl., 10 oct. 2001, n° 01-84922 : *Bull. A. P.* n° 11 ; *D.* 2001, p. 3365, note L. FAVOREU ; *D.* 2002, p. 237, note C. DEBBASCH ; *D.* 2002, p. 674, note J. PRADEL ; *RFDA* 2001, p. 1169, note O. JOUANJAN et C. WACHSMANN ; *RFDA* 2001, p. 1187, note O. BEAUD ; *RSC* 2002, p. 128, obs. A. GIUDICELLI ; *Dr. pén.* 2001, comm. 144, obs. A. MARON ; *Dr. pén.* 2002, chron. 1, note G. DELALOY.

¹²⁹⁷ V. par ex. Cass. crim., 31 mars 1981, n° 80-94773.

¹²⁹⁸ Sur ce droit au témoin, v. déjà *supra* n° 213 et *infra* n° 412 et s.

d'appel restée indifférente à l'absence de renseignement sur le caractère obligatoire de la comparution des témoins donné par le greffe à ceux-ci aux motifs que ce défaut de renseignement a provoqué une atteinte au droit pour tout accusé d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge¹²⁹⁹. La jurisprudence européenne ne juge pas différemment puisqu'elle analyse les conditions et les conséquences de l'absence du témoin à l'aune du droit pour l'accusé de pouvoir l'interroger ou le faire interroger. Ainsi, dans un arrêt de grande chambre, les juges de Strasbourg ont pu affirmer que « *l'absence d'un témoin doit être justifiée par un motif sérieux et lorsqu'une condamnation se fonde uniquement ou dans une mesure déterminante sur des dépositions faites par une personne que l'accusé n'a pu interroger ou faire interroger ni au stade de l'instruction, ni pendant les débats, les droits de la défense peuvent se trouver restreints d'une manière incompatible avec les garanties de l'article 6* »¹³⁰⁰.

En outre, on pourrait envisager que les parties soient considérées comme victimes de l'infraction de refus de comparaître prévue par les articles 434-15-1 du Code pénal, 109, 326 et 438 du Code de procédure pénale, ce qui démontrerait que leur intérêt est en jeu et, partant, que l'obligation du témoin est le *verso* du droit au témoin des parties. La jurisprudence ne s'est en effet jamais prononcée sur la question mais a adopté un raisonnement analogue à propos des délits de modification des lieux ou de destruction de documents dans le but de faire obstacle à la manifestation de la vérité, arguant que ces infractions ne sont pas des infractions d'intérêt général¹³⁰¹ et ont également pour but la protection des intérêts privés¹³⁰².

Il est alors tentant de voir dans l'exigence de présence pesant sur les témoins le simple revers d'un droit à la présence des témoins dont seraient titulaires les parties¹³⁰³, dans la mesure où la présence de celui-là concourt à la préservation des intérêts de celles-ci. Or, les textes ne semblent *a priori* contredire cette analyse en aucune matière puisqu'ils prévoient la faculté pour les parties de solliciter la comparution de témoins en vue de leur audition. Ainsi l'article R. 623-1 du Code de la justice administrative prévoit que l'enquête, c'est-à-dire

¹²⁹⁹ Cass. crim., 12 sept. 2012, n° 11-82.086.

¹³⁰⁰ CEDH, Gde ch., 15 déc. 2011, *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, req. n° 26766/05 et n° 22228/06, § 119 ; *Dr. pén.* 2012, chron. 3, obs. E. DREYER. Et encore très récemment CEDH, 23 juin 2015, *Balta et Demir c. Turquie*, req. n° 48628/12.

¹³⁰¹ Sur la théorie des infractions d'intérêt général, v. J. LARGUIER, « Action individuelle et intérêt général », in *Problèmes contemporains de procédure pénale : recueil d'études en hommage à M. Louis Hugueney*, Sirey, 1964, p. 87 et s. ; S. DETRAZ, « La théorie des infractions d'intérêt général : moribonde ou assainie ? », *Procédures* 2009, ét. 10 ; PH. BONFILS, *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, PUAM, 2000, n° 29 et s. ; F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 4^e éd., Economica, 2015, Coll. Corpus, n° 1375 et s. ; C. AMBROISE-CASTEROT, « Action civile », *Rép. D. dr. pén. et proc. pén.*, 2012, n° 148 à 155. Selon cette théorie jurisprudentielle, aucun particulier ne peut être considéré comme victime de ces infractions et ne peut par conséquent en demander réparation devant le juge pénal en usant de l'action civile.

¹³⁰² Cass. crim., 3 févr. 2000, n° 99-84.448 ; *Bull. crim.* n° 78 ; *Dr. pénal* 2000, comm. 70, obs. M. VERON et comm. 132, obs. A. MARON.

¹³⁰³ Pour une étude plus approfondie de l'existence d'un tel droit, v. *infra* n° 412 et s.

l'audition de témoin, peut avoir lieu à la demande des parties, l'article 222 du Code de procédure civile prévoit la possibilité pour les parties de solliciter l'ouverture d'une enquête auprès du juge et l'article 82-1 du Code de procédure pénale offre aux parties le moyen de solliciter l'audition d'un témoin devant le juge d'instruction, tandis que les articles 281 et 435 du même code prévoient cette sollicitation au stade du jugement. Or, cette corrélation entre un droit subjectif – celui pour la partie d'interroger ou de faire interroger les témoins – et une norme de comportement – celle imposant au témoin d'être présent dans l'intérêt des parties – fait irrémédiablement écho à la définition classique de l'obligation.

Pourtant, malgré ces éléments, l'hésitation doit être dépassée en même temps que ces premières impressions faisant alors apparaître qu'en réalité, l'exigence de présence qui pèse sur les tiers n'est pas une obligation liée à un droit subjectif des parties mais un devoir.

B- La qualification retenue d'un devoir de présence pesant sur les tiers

317. Indices et confirmation de la qualification de devoir de présence – Malgré ces quelques hésitations, l'opération de qualification de l'exigence de présence imposée aux tiers, nécessaire pour mieux en appréhender le régime juridique, doit conduire à se déterminer en faveur de l'existence d'un devoir de présence. Il est vrai que cette présence peut servir les intérêts des parties¹³⁰⁴ mais il apparaît, en confrontant l'exigence de présence pesant sur les tiers au critère de distinction entre l'obligation et le devoir, que l'absence de lien personnel entre un « débiteur » – le tiers présent – et un « créancier » – les parties – permet de disqualifier l'obligation (1). En outre, le caractère objectif de la fonction principale de la présence des tiers vient à l'inverse confirmer la qualification de devoir de présence (2).

1- La disqualification de l'obligation

318. Recherche d'un « créancier » particulier lié au débiteur – Une recherche infructueuse d'un lien de droit unissant le tiers dont la présence est requise avec un créancier particulier permettrait de délaisser définitivement la qualification d'obligation pour orienter l'analyse vers celle de devoir. La démarche conduit donc à rechercher l'existence d'un créancier particulier lié personnellement au tiers dont la présence est requise. Les hésitations sur la réalité d'un tel lien provenaient de l'existence éventuelle d'un droit subjectif à la présence du tiers dont seraient titulaires les parties et qui serait le reflet de l'obligation de présence du tiers. Mais à y regarder de plus près, il existe entre les droits dont disposent les parties et le devoir de présence du tiers des différences irréductibles qui conduisent à affirmer que le tiers n'est pas débiteur d'une obligation mais bien d'un devoir de présence. Ces

¹³⁰⁴ Et ce au titre d'un renforcement des garanties spéciales de défense : v. *supra* n° 213.

différences, qui viennent confirmer qu'il n'existe pas de lien unique unissant un débiteur à un créancier tiennent, pour l'une, à l'objet des deux situations juridiques en confrontation (a) et, pour l'autre, à l'impossibilité pour les parties d'exiger directement du tiers sa présence (b).

a- Différence irréductible tenant à l'objet

319. Démarche – La première différence irréductible, qui interdit de considérer que la charge de présence des tiers aurait pour corollaire un droit à leur présence détenu par les parties, et serait en cela une obligation, tient à l'objet de ces deux situations juridiques. Pour s'en convaincre, il convient d'identifier l'objet sur lequel porte la charge de présence avant de rechercher celui du droit dont disposent les parties.

320. Le devoir des tiers ayant pour objet la présence – L'entreprise consistant à déterminer sur quel objet porte la charge de présence des tiers au procès conduit à observer les textes qui prévoient cette exigence. En matière pénale, les différents textes l'évoquant mentionnent, par différentes formules, le devoir de « comparaître » des témoins. Ainsi, les articles 62, 78, 109 et 437 du Code de procédure pénale disposent que les témoins sont « *tenus de comparaître* ». De même, si l'article 326 du Code de procédure pénale relatif à la comparution du témoin devant la Cour d'assises ne reprend pas exactement cette formule, il envisage cependant les sanctions encourues lorsqu'un témoin « *ne comparaît pas* », d'où l'on déduit que la charge ainsi sanctionnée porte également sur la comparution. Or, en matière de témoignages, point de représentation possible. L'objet de cette charge pesant sur les témoins est donc, en principe¹³⁰⁵, une présence physique et personnelle. Le constat est le même s'agissant des experts en matière pénale, puisque ces derniers exposent à l'audience, selon l'article 168 du Code de procédure pénale, le résultat des opérations techniques auxquelles ils se sont livrés. L'alinéa 3 de cet article précisant qu'après leur exposé, ils assistent aux débats, à moins que le président ne les autorise à se retirer, ne laisse aucun doute quant au fait que, là encore, leur charge porte bien sur leur présence physique – sans quoi ils ne pourraient ni assister aux débats, ni « *se retirer* ». Les textes ne sont sans doute pas si clairs en procédure civile ou en contentieux administratif mais les conclusions sont pourtant identiques. Si en effet l'article 206 du Code de procédure civile se contente d'affirmer que les personnes légalement requises sont tenues de déposer, l'article 207 quant à lui prévoit les sanctions des charges des témoins en distinguant entre les témoins défaillants – c'est-à-dire ceux qui ne comparaissent pas – et ceux qui refusent de déposer. Il est donc permis d'en déduire que sur les témoins civils également pèse une charge de présence, dès lors que le principe de la comparution des témoins est celui d'une comparution par la présence de ceux-ci¹³⁰⁶. Quant au

¹³⁰⁵ Par exception, il peut être recouru à la visioconférence : art. 706-71 C. proc. pén.

¹³⁰⁶ L'exception de la visioconférence est également prévue en la matière : art. L. 111-12 C. O. J.

Code de justice administrative, il dispose en son article R. 623-4 qu'est tenu de déposer quiconque en est légalement requis. Un raisonnement identique peut alors être appliqué, qui conduit à affirmer qu'il existe un véritable devoir qui porte sur la présence des témoins, puisqu'aucune disposition ne prévoit une autre modalité de déposition. En définitive et quel que soit le contentieux, le devoir supporté par les tiers au procès est bien un devoir dont l'objet est une présence physique et personnelle.

321. Le droit des parties n'ayant pas pour objet la présence – A l'opposé, il n'est pas certain que les parties disposent d'un droit subjectif ayant pour objet la présence des témoins. Si une première appréhension des prérogatives des parties, notamment à l'égard des demandes d'audition de témoin qu'elles sont en mesure de formuler auprès du juge, permettait de s'interroger, une étude plus minutieuse de ces prérogatives conduit néanmoins à affirmer que la présence des témoins n'est pas l'objet même de ces droits. Les parties ont ainsi un droit à l'audition de témoin. Ce droit, composante du droit à la preuve¹³⁰⁷, se traduit par la possibilité pour elles de solliciter le juge afin qu'il procède à l'audition d'un témoin¹³⁰⁸, demande à laquelle le juge doit accéder si cette mesure d'instruction présente un intérêt probatoire certain¹³⁰⁹. Or, ici, il est permis de penser que ce droit porte sur le témoignage lui-même bien plus que sur la présence du témoin. Plusieurs éléments attestent en effet que l'absence du témoin n'entraîne pas nécessairement d'atteinte au droit au témoin. En matière civile, d'abord, le juge dispose, selon les juges du Quai de l'Horloge, du pouvoir discrétionnaire de préférer une attestation écrite à une audition du témoin nécessitant la présence de ce dernier¹³¹⁰, pouvoir que les juges du fond ne manquent pas d'utiliser pour déclarer mal fondée la demande d'enquête émanant des parties¹³¹¹. Ce pouvoir discrétionnaire empêche donc de considérer que le droit dont disposent les parties porte sur la présence du témoin. L'argument du pouvoir discrétionnaire se retrouve également en contentieux administratif puisqu'en la matière, les juges considèrent que l'organisation d'une enquête sur la demande des parties constitue une simple faculté pour le juge¹³¹², ce dernier n'ayant même pas à répondre expressément aux conclusions à fin d'enquête des parties¹³¹³. En matière pénale, enfin, c'est un autre argument qui permet d'aboutir à la même conclusion. Selon l'article 706-71 du Code de procédure pénale, l'audition des témoins peut avoir lieu par visioconférence et les parties n'ont pas le pouvoir de s'opposer à cette modalité de

¹³⁰⁷ A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, préf. J.-C. SAINT-PAU, LGDJ, 2010, Coll. Bib. de droit privé, spéc. n° 297.

¹³⁰⁸ Art. 222 et s. C. proc. civ. ; art. 82-1, 281, 435, 536 C. proc. pén. ; art. R. 623-1 C. J. A.

¹³⁰⁹ A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, préc., spéc. n° 341 et s.

¹³¹⁰ Cass. civ. 3^e, 11 janv. 1978, n° 76-12771 : *Bull.civ. III* n° 30 : *RTD civ.* 1978, p. 925, obs. R. PERROT.

¹³¹¹ V. par ex. CA Paris, Ch. 2 Sect. A, 19 mai 2007, n° 06/18072.

¹³¹² CE, 28 avr. 1954, *Aubry* : *Rec.* p. 237 ; CAA Nantes, 22 juil. 1998, *M. Dutertre*, n° 96NT01492.

¹³¹³ CAA Lyon, 13 juil. 2012, *M. Patrick A.*, n° 11LY00759.

témoignage. Il en résulte que, si droit il y a, il ne peut porter que sur le témoignage lui-même et non sur la présence du témoin¹³¹⁴. De tous ces éléments, il ressort qu'alors que l'objet du devoir pesant sur les tiers peut être identifié comme la présence de ces derniers, le droit dont les parties sont titulaires porte tout au plus sur le témoignage lui-même, peu importe le mode de réception de celui-ci, voire sur la présence des parties lors du recueil du témoignage mais non sur la présence du témoin¹³¹⁵.

Au surplus, outre cette différence d'objet entre le devoir de présence et le droit dont les parties sont titulaires, il existe un obstacle encore plus dirimant à la qualification d'obligation de présence qui tient à l'impossibilité pour les parties d'exiger la présence du tiers, empêchant alors de considérer la charge de présence du tiers et les droits des parties comme deux facettes d'un même lien d'obligation.

b- Impossibilité pour les parties d'exiger directement du tiers sa présence

322. Impossibilité pour les parties d'exiger la présence du tiers – L'absence de lien de nature obligationnelle entre les parties et les témoins découle de l'absence d'identité des sujets du devoir de présence d'une part et des droits dont disposent les parties d'autre part. En effet, la reconnaissance d'une obligation de présence pesant sur le témoin au profit des parties est impossible dès lors que le témoin n'est pas redevable de cette obligation envers les parties et que les parties ne peuvent exiger du témoin qu'il soit présent. Si les parties sont titulaires d'un droit au témoignage et, en matière pénale, d'un droit d'interroger ou de faire interroger les témoins, elles ne peuvent cependant exiger directement du témoin sa présence¹³¹⁶. En matière civile en effet, l'enquête est toujours ordonnée par le juge et non directement par les parties, et ce, qu'il s'agisse d'une enquête ordinaire¹³¹⁷ ou d'une enquête sur le champ¹³¹⁸, les témoins étant par ailleurs convoqués non par les parties elles-mêmes mais par le secrétaire de la juridiction¹³¹⁹. Le juge a d'ailleurs toujours le pouvoir discrétionnaire d'ordonner ou de refuser la mesure d'instruction d'audition de témoins¹³²⁰. En contentieux administratif, il revient certes aux parties de présenter leurs témoins, au besoin en les assignant par acte d'huissier de justice¹³²¹. Néanmoins ce n'est pas l'assignation qui confère force obligatoire au devoir de présence du témoin mais le seul article R. 623-4 du Code de justice administrative,

¹³¹⁴ V. cependant sur l'existence, non d'un droit à la présence du témoin, mais d'un droit à être mis en présence du témoin, *infra* n° 412 et s.

¹³¹⁵ V. *infra* n° 412 et s.

¹³¹⁶ Pour plus de développements sur cette question, v. *infra* n° 412 et s.

¹³¹⁷ Art. 222 C. proc. civ.

¹³¹⁸ Art. 231 C. proc. civ.

¹³¹⁹ Art. 228 C. proc. civ.

¹³²⁰ Cass. civ. 3^e, 5 avr. 2006 : *JCP G* 2006, IV, 2004.

¹³²¹ Art. R. 623-3 C. J. A.

lequel prévoit en son alinéa 4 qu'« est tenu de déposer quiconque en est légalement requis ». L'analyse est sensiblement la même en matière pénale. En cette matière, les parties peuvent prendre l'initiative de citer des témoins¹³²² mais elles ne peuvent exiger elles-mêmes la présence des témoins. Cette prérogative revient au juge qui est habilité à décerner un mandat d'amener à l'encontre du témoin, soit au stade de l'instruction¹³²³, soit au stade du jugement, ce pouvoir étant remis à la cour en matière criminelle¹³²⁴ et au tribunal en matière correctionnelle¹³²⁵ et contraventionnelle¹³²⁶. Dès lors, seul le juge¹³²⁷ a véritablement le pouvoir d'exiger la présence du témoin à l'exclusion des parties¹³²⁸. Tout au plus celles-ci peuvent solliciter du juge qu'il décerne un tel mandat, ce dernier ne pouvant le refuser qu'en motivant sa décision¹³²⁹. Il en résulte que le destinataire du droit d'interroger ou de faire interroger le témoin n'est pas le témoin lui-même mais le juge¹³³⁰.

Partant, si les parties ne disposent pas de prérogatives leur permettant d'exiger la présence du témoin, c'est donc qu'elles ne sont pas créancières d'une obligation de présence dont le témoin serait le débiteur, ce dernier étant par conséquent tenu par un devoir contraignant de présence. Cette analyse est d'ailleurs confortée par la fonction objective du devoir de présence.

¹³²² Art. 281 C. proc. pén. devant la Cour d'assises ; art. 435 C. proc. pén. devant le tribunal correctionnel ; art. 536 C. proc. pén. devant le tribunal de police.

¹³²³ Art. 109 C. proc. pén.

¹³²⁴ Art. 326 C. proc. pén. Ce pouvoir était traditionnellement réservé à la cour à l'exclusion du président (Cass. crim. 22 fév. 1984 : *Bull. crim.* n° 69) mais la Chambre criminelle a, opérant un revirement de jurisprudence, refusé d'annuler un mandat d'amener délivré par le président au motif que l'irrégularité invoquée n'avait pas porté atteinte aux intérêts de l'accusé (Cass. crim., 29 mai 2002 : *Bull. crim.* n° 125).

¹³²⁵ Art. 439 C. proc. pén.

¹³²⁶ Art. 536 C. proc. pén.

¹³²⁷ L'hypothèse d'un lien d'obligation entre le tiers présent et le juge ne mérite pas d'être étudiée et doit être exclue d'emblée dès lors que le juge n'ayant pas d'intérêt au procès – sans quoi il y aurait atteinte au principe d'impartialité – il ne peut être titulaire d'un droit subjectif contenu dans le cadre du procès.

¹³²⁸ Pour de plus amples développements sur cette faculté du juge à contraindre le témoin à se présenter, v. *infra* n° 341 et s.

¹³²⁹ Cass. crim., 20 sept. 2011, n° 11-81.134 : *RSC* 2012, p. 198, obs. J. DANET. V. dans le même sens Cass. crim., 4 mars 2014, n° 13-81.916 : *Bull. crim.* n° 403 ; *Dr. pén.* 2014, comm. 82, note A. MARON et M. HAAS ; *Procédures* 2014, comm. 120, note A.-S. CHAVENT-LECLERE. La Cour de cassation casse la décision d'une juridiction du fond qui s'était abstenue de répondre à la requête tendant à l'audition d'un témoin.

¹³³⁰ En ce sens, v. A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, préc., spéc. n° 283 et s. L'auteur y raisonne sur le destinataire du droit à la preuve mais le droit d'interroger ou de faire interroger le témoin en étant une émanation, le raisonnement peut lui être transposé sans difficulté. En outre, l'auteur démontre que le droit à la preuve n'est pas corrélé avec le devoir de coopération à la manifestation de la vérité (n° 126 et s., spéc. n° 132). Cette démonstration assoit l'idée que le devoir des tiers en matière de témoignage n'est pas l'envers d'un droit au témoignage des parties.

2- La qualification de devoir de présence par sa fonction objective

323. Fonction heuristique de la présence des tiers – Lorsqu'elle est exigée par le législateur, la présence de certains tiers au procès – plus précisément celle des témoins et dans une certaine mesure de certains techniciens¹³³¹ – a pour principale fonction la manifestation de la vérité¹³³². En effet, la simple lecture des textes qui prévoient ce devoir de présence permet de parvenir à cette conclusion dès lors que cette présence est toujours organisée dans le cadre de mesures d'instruction, dont l'objectif est la manifestation de la vérité. Ainsi, la présence des témoins est organisée au titre des mesures d'instruction, qui se définissent comme des « *mesures que le juge peut ordonner pour s'éclairer dans l'administration judiciaire de la preuve* »¹³³³, ce qui renvoie à la recherche de la vérité¹³³⁴. C'est en effet parmi les mesures d'instruction susceptibles d'être ordonnées par le juge civil que l'on trouve la possibilité pour le juge d'ordonner une enquête qui fera naître à la charge du témoin un devoir de présence¹³³⁵ ; on retrouve également ce devoir de présence du témoin en matière pénale au stade de l'instruction préparatoire¹³³⁶ ou de l'instruction définitive à l'audience¹³³⁷ ; c'est encore au titre des « *moyens d'investigation* » offerts au juge que le devoir de présence du témoin est prévu par le Code de justice administrative¹³³⁸. Enfin, même lorsque le devoir de présence des témoins est envisagé en dehors du cadre formel de la phase d'instruction, comme ce peut être le cas en matière pénale au stade de l'enquête¹³³⁹, il a néanmoins pour objectif affiché de permettre la manifestation de la vérité, puisqu'il s'agit d'entendre des personnes « *susceptibles de fournir des renseignements* »¹³⁴⁰.

324. Caractère objectif de la fonction heuristique – Or, la manifestation de la vérité présente certes un intérêt pour les parties mais plus encore pour la société dans son ensemble

¹³³¹ V. *infra* n° 333 et s.

¹³³² Pour plus de développements, v. *supra* n° 179 et s.

¹³³³ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Mesure d'instruction », in *Vocabulaire juridique* (dir. G. CORNU), préc., p. 654.

¹³³⁴ V. *supra* n° 179.

¹³³⁵ L'art. 206 C. proc. civ. est intégré, dans le livre premier du Code de procédure civile, au titre VII relatif à l'administration judiciaire de la preuve et plus particulièrement, au sous-titre II relatif aux mesures d'instruction.

¹³³⁶ L'article 109 du Code de procédure pénale relatif au devoir de présence des témoins devant le juge d'instruction est intégré, au sein du premier livre du Code de procédure pénale, à un titre III relatif aux juridictions d'instruction. V. également art. 153 C. proc. pén., relatif à ce devoir de présence dans le cadre de l'exécution d'une commission rogatoire.

¹³³⁷ V. art. 326 C. proc. pén. appartenant à une section relative à la production et à la discussion des preuves devant la Cour d'assises. Comp. art. 437 C. proc. pén. relatif aux dépositions de témoin devant le tribunal correctionnel qui appartient à un paragraphe intitulé « De l'administration de la preuve ».

¹³³⁸ Art. R. 623-4 C. J. A.

¹³³⁹ Art. 61 C. proc. pén. dans le cadre d'une enquête de flagrance et art. 78 C. proc. pén. dans le cadre d'une enquête préliminaire.

¹³⁴⁰ Art. 61 C. proc. pén.

et, en cela, la présence de ces tiers au procès a une fonction objective. Cette affirmation est évidente dans le procès pénal puisque la fonction du droit pénal est de protéger les intérêts de la société. Le Conseil constitutionnel ne manque pas de le rappeler lorsqu'il observe à propos du devoir de présence imposé – entre autres – aux témoins « *qu'en imposant que toute personne convoquée par un officier de police judiciaire soit tenue de comparaître et en prévoyant que l'officier de police judiciaire puisse, avec l'autorisation préalable du procureur de la République, imposer cette comparution par la force publique à l'égard des personnes qui n'y ont pas répondu ou dont on peut craindre qu'elles n'y répondent pas, le législateur a assuré entre la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infraction, d'une part, et l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, d'autre part, une conciliation qui n'est pas déséquilibrée* »¹³⁴¹. A n'en pas douter, il y a dans la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infraction une dimension éminemment objective. Ce caractère objectif transparaît d'ailleurs également des sanctions appliquées à ce devoir de présence¹³⁴², qui peuvent emprunter un caractère pénal, puisque les textes prévoient, à la fois dans le Code de procédure pénale et dans le Code pénal, que le défaut de comparution du témoin est constitutif d'une contravention de 5^{ème} classe punie de 3750 € d'amende¹³⁴³. Or, si la fonction du droit pénal est de protéger les intérêts de la société, on peut aisément déduire de l'existence d'une répression pénale du défaut de présence le caractère objectif de l'intérêt protégé, et ce d'autant plus que l'infraction visée ici figure, à en juger par le plan du Code pénal, parmi les atteintes à l'autorité de l'Etat et, en particulier, les atteintes à l'action de justice.

Il est vrai que le plan du Code pénal n'est pas normatif et que ces sanctions pénales ne sont applicables qu'au défaut de comparution du témoin en matière pénale¹³⁴⁴. Une analyse similaire peut cependant être menée en procédure civile également. Certes, l'article 10 du Code civil prévoit un devoir général de coopération à la manifestation de la vérité, sanctionné notamment par l'octroi de dommages et intérêts, ce qui démontre que le devoir de présence, émanation de ce devoir général de coopération, n'est pas totalement étranger aux intérêts particuliers¹³⁴⁵. La Cour de cassation a toutefois eu l'occasion d'affirmer que « *le concours visé par l'article 10 du Code civil est celui qui doit être apporté, non aux particuliers, mais à l'autorité judiciaire* »¹³⁴⁶. Cette affirmation ne dit pas autre chose que le devoir de coopération à la manifestation de la vérité, dont la charge de présence des témoins et des experts est une

¹³⁴¹ Cons. const., 18 juin 2012, 2012-257 QPC, n° 7 : *Gaz. Pal.* 10 juil. 2012, p. 17, comm. O. BACHELET ; *AJ Pénal* 2012, p. 602, obs. J.-B. PERRIER ; *Constitutions* 2012, p. 442, chron. A. DARSONVILLE ; *RSC* 2013, p. 441, obs. B. DE LAMY.

¹³⁴² Sur lesquelles, pour de plus amples développements, v. *infra* n° 340 et s.

¹³⁴³ Art. 326 C. proc. pén. ; art. 438 C. proc. pén. ; art. 434-15-1 C. pén.

¹³⁴⁴ V. *infra* n° 345 et s.

¹³⁴⁵ En ce sens, v. A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, préc. n° 127.

¹³⁴⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 25 oct. 1994 : *Bull. civ.* I, n° 306.

déclinaison, est érigé avant tout dans l'intérêt général¹³⁴⁷. En outre, il reste en dernière analyse que la recherche de la vérité dans le procès a toujours une fonction objective générale, visant à préserver les intérêts de la société dans la mesure où la vérité est conçue comme une condition de la Justice, laquelle constitue le ciment de la société. Cette fonction de la Justice est en effet soulevée par tous les grands philosophes, des plus anciens – au premier rang desquels Platon, pour qui la Justice « *préside au bonheur de la cité* »¹³⁴⁸, et Aristote, pour qui elle est également une nécessité de l'institution politique¹³⁴⁹ – aux plus modernes, comme Paul Ricœur, qui mettait en avant la fonction sociale de la justice¹³⁵⁰, ou encore John Rawls qui considérait la justice comme une « *force de cohésion et d'intégration de la société* »¹³⁵¹. Ainsi, à la lueur de ces éclairages philosophiques, il apparaît que si la Justice a une fonction sociale, objective, de concourir au bien-être de la société et que la présence des tiers, par sa fonction heuristique, concourt à l'œuvre de Justice, les règles imposant la présence dans une telle perspective devraient exister sous forme de devoirs envers la société et non sous forme d'obligations ne profitant qu'à des personnes identifiées.

Partant, il nous revient de mettre au jour le régime de ce devoir de présence.

§2 : Le régime du devoir de présence imposé aux collaborateurs de la procédure

325. Conditions et sanctions – La qualification de devoir de présence permet de mieux expliquer, dans une certaine mesure, le régime juridique de ce devoir imposé aux collaborateurs de la procédure. L'étude du régime juridique du devoir de présence, c'est-à-dire du « *corps cohérent de règles* »¹³⁵² applicable à celui-ci, permettra ainsi d'en apprécier la mise en œuvre et, avec elle, son effectivité. Il apparaît alors que le régime du devoir de présence pesant sur les tiers est doté d'une cohérence relative. Le législateur semble attaché à l'organisation de la présence des tiers en l'érigeant, par principe, en véritable devoir et les conditions qui entourent la mise en œuvre de celui-ci sont globalement en cohérence avec sa nature. Cependant, son effectivité est quelque peu atténuée par les sanctions susceptibles d'être mises en œuvre. Pour cette raison, il faudra donc envisager d'abord la mise en œuvre conditionnée du devoir de présence (A) avant de porter ensuite l'intérêt sur la mise en œuvre sanctionnée du devoir de présence (B).

¹³⁴⁷ En ce sens, v. A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, préc., n° 131.

¹³⁴⁸ Cité par C. AUDARD, « Justice », in *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale* (dir. M. CANTO-SPERBER), 4^e éd., PUF, 2004, p. 1001 et s.

¹³⁴⁹ *Ibid.*

¹³⁵⁰ P. RICOEUR, *Le Juste*, Editions Esprit, 1995, spéc. p. 185 et s.

¹³⁵¹ Cité par C. AUDARD, « Justice », art. préc.

¹³⁵² ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Régime – sens III.1 », in *Vocabulaire juridique* (dir. G. CORNU), préc., p. 879.

A- La mise en œuvre conditionnée du devoir de présence pesant sur les tiers

326. Conditions générales et conditions spéciales – Le devoir de présence ne peut être mis en œuvre et exigé qu'à certaines conditions. En effet, son domaine est circonscrit, qui découle de la finalité heuristique de ce devoir de présence. La mise en œuvre du devoir de présence est donc conditionnée par son domaine général (1). Par ailleurs, le devoir de présence ne peut être imposé au tiers qu'à condition que ce dernier soit informé de l'existence de la charge pesant sur lui. Au-delà du domaine général, le devoir de présence est donc conditionné à l'existence d'une information préalable (2).

1- Le domaine général du devoir de présence

327. Domaine personnel du devoir de présence – S'intéresser au domaine général du devoir de présence revient en réalité à s'interroger sur les personnes assujetties à ce devoir, c'est-à-dire à son domaine personnel.

328. Témoins et techniciens – Il importe alors de déterminer qui, parmi les tiers collaborateurs de la procédure, supporte un véritable devoir de présence. *A priori*, en raison de la fonction essentiellement heuristique du devoir de présence, toutes les personnes détenant des informations utiles à la solution du litige devraient être concernées. La réflexion est alors immédiatement orientée vers les témoins, définis dans un sens très général comme ceux qui « *communiquent à autrui la connaissance d'un évènement passé* »¹³⁵³. L'acception est cependant trop large et trop imprécise pour désigner les personnes à qui incombe ce devoir, d'autant que le droit européen des droits de l'Homme donne à la notion de témoin en matière pénale une étendue extrêmement vaste¹³⁵⁴. Or, en droit français, quelle que soit la matière, le droit positif fait désormais la différence entre le témoin au sens strict et les techniciens (expert, constatant et consultant)¹³⁵⁵. Il est donc nécessaire de s'intéresser plus avant aux témoins au sens large sur lesquels pèserait ce devoir de présence pour s'apercevoir que s'il ne fait pas de doute qu'un devoir de présence pèse sur les témoins au sens strict, qui doivent être

¹³⁵³ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Témoin – sens 2 », in *Vocabulaire juridique* (dir. G. CORNU), préc., p. 1019.

¹³⁵⁴ Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe définit le témoin comme « *toute personne qui, indépendamment de sa situation au regard des textes régissant la procédure pénale nationale, dispose d'informations en rapport avec une affaire pénale* » : Recommandation (97)13 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 10 septembre 1997 sur l'intimidation des témoins et les droits de la défense. Pour les conséquences de cette définition sur la jurisprudence européenne, v. notamment F. KUTY, *Justice pénale et procès équitable, Volume I- Notions générales. Garanties d'une bonne administration de la justice*, préf. J. du JARDIN, Larcier, 2006, n° 1941 et s.

¹³⁵⁵ En matière pénale, cette distinction a vu le jour avec l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale et la création de son article 168 consacré aux experts. V. J.-L. CROZIER et C. GUERY, « Expertise », *Rép. D. dr. pén. et proc. pén.*, 2013, n° 195.

présents en raison de qualités personnelles (a), la question est en revanche plus épineuse s'agissant des techniciens dont la présence peut être exigée au regard de leurs qualités professionnelles (b).

a- Le devoir de présence pesant sur les témoins au sens strict

329. Notion de témoin déterminée au regard de l'opération procédurale accomplie – On ne saurait se satisfaire d'affirmer que le témoin est débiteur d'un devoir de présence sans préciser la notion même de témoin. Cette notion telle qu'elle est entendue ici mérite en effet quelques précisions. De prime abord, il faut remarquer que la qualité de témoin est une qualité qui découle de l'opération procédurale à laquelle la personne va être amenée à prendre part, à savoir le témoignage. Or, la notion de témoignage se définissant comme la « *déclaration tendant de la part de son auteur à communiquer la connaissance personnelle qu'il a d'un évènement passé dont il atteste la véracité* »¹³⁵⁶, deux critères déterminants de la qualité de témoin apparaissent, qui justifient d'ailleurs que sur ces personnes repose un devoir de présence.

330. Premier critère : la connaissance d'un élément utile à la manifestation de la vérité – D'abord, le témoin est celui qui dispose d'éléments *utiles à la manifestation de la vérité*. Ce critère assez évident se retrouve en effet à la lecture de tous les textes de droit positif qui s'intéressent aux témoins. Ainsi, les articles 218 du Code de procédure civile et R. 623-3 du Code de justice administrative autorisent le juge à convoquer ou entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile à la manifestation de la vérité, une disposition similaire figurant à l'article 101 du Code de procédure pénale relatif aux auditions de témoins au stade de l'instruction. Si les termes employés diffèrent au stade de l'enquête pénale – les témoins étant alors les personnes « *susceptibles de fournir des renseignements* »¹³⁵⁷, l'idée est cependant la même et est en adéquation avec la fonction heuristique de la présence. De même, si les parents du mineurs délinquant sont entendus en qualité de témoin, c'est entre autres¹³⁵⁸ parce qu'ils détiennent des éléments sur la personnalité du mineur et son cadre de vie, lesquels sont susceptibles d'avoir une influence sur la nature de la mesure prononcée à l'encontre du mineur. A ce titre pèse sur eux un devoir de présence¹³⁵⁹. Ainsi, de façon générale, la présence du témoin est organisée parce qu'il est celui qui a connaissance

¹³⁵⁶ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Témoignage – sens 1 », in *Vocabulaire juridique* (dir. G. CORNU), préc., p. 1016.

¹³⁵⁷ Art. 61 C. proc. pén.

¹³⁵⁸ Il y a également là un lien avec la fonction pédagogique de la présence. Sur cette fonction, v. *supra* n° 221 et s.

¹³⁵⁹ Qui découle des articles 10 al. 2 et 10-1 de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, réformée notamment par la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs.

d'éléments utiles à la manifestation de la vérité¹³⁶⁰ et que sa présence permet aux juges d'observer son comportement et de se forger une opinion sur sa crédibilité¹³⁶¹.

331. Second critère : la connaissance personnelle de l'élément – Le second critère renforce également l'analyse de la fonction heuristique du devoir de présence imposé au témoin puisque ce dernier doit avoir une connaissance personnelle des informations qu'il entend transmettre. En réalité, ce critère est relativement souple puisque la jurisprudence accepte que les éléments transmis soient connus du témoin indirectement¹³⁶². Plus que la connaissance directe, l'élément déterminant est ici la connaissance à titre personnel de l'information, qui justifie également que le devoir de contribution à la manifestation de la vérité qui incombe aux témoins soit un devoir de présence personnelle et physique, puisqu'il convient d'éprouver la crédibilité intrinsèque de ces personnes.

332. Acquisition du statut de témoin par la convocation – Néanmoins, la question se pose de savoir à quel moment les personnes qui ont connaissance d'informations utiles deviennent de véritables témoins assujettis un devoir de présence. Plus précisément, il faut déterminer si ce devoir de se présenter en justice pèse sur toute personne ayant cette connaissance ou seulement sur celles appelées à témoigner. Or, dans la mesure où seul l'accomplissement ou du moins la perspective de l'accomplissement de l'opération procédurale de témoignage offre à la personne sa qualité de témoin, seuls sont concernés par le devoir de présence les témoins au sens juridique du terme, c'est-à-dire ceux qui ont été officiellement appelés à témoigner, quelles que soient les modalités de cet appel¹³⁶³. Il en résulte que le devoir de présence pèse en premier lieu sur les personnes convoquées¹³⁶⁴ dans le cadre d'une procédure pour communiquer les éléments utiles à la manifestation de la vérité dont elles ont connaissance à titre personnel.

¹³⁶⁰ V. par exemple J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15^{ème} édition, Sirey, 2014, n° 222 ; M. REDON, « Enquêtes, témoins, attestations (déclarations de tiers) », *Rép. D. proc. civ.* 2010, spéc. n° 187 et s. ; L. CADIET, G. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., n° 261, spéc. p. 867. En matière pénale, sont considérés comme témoins les « personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits ou les objets saisis » (art. 61 al. 2 C. proc. pén.). Cette connaissance personnelle peut aller jusqu'à la connaissance de la personnalité de la personne poursuivie (art. 331, 444 et 536 C. proc. pén.).

¹³⁶¹ En ce sens, v. CEDH, 23 juin 2015, *Balta et Demir c. Turquie*, préc., spéc. n° 57 et *supra* n° 191.

¹³⁶² En matière civile, v. Cass. civ. 2^e, 18 janvier 1957, *Bull. civ. II*, n°65 ; Cass. civ. 2^e, 27 fév. 1979, *Bull. civ. I*, n°75 ; M. REDON, « Enquêtes, témoins, attestations (déclarations de tiers) », préc. n° 188. La preuve par commune renommée n'est toutefois pas admise en principe. En matière pénale, v. M. GIACOPELLI, Y. JOSPEH-RATINEAU, « Témoin », *Rép. D. dr. pén. et proc. pén.*, 2015, n° 4. V. aussi ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Témoin », *Vocabulaire juridique* (dir. G. CORNU), préc., p. 1019, le témoin est la « personne [...] qui peut faire état non seulement de ce qu'elle a vu ou entendu mais de ce qu'elle a entendu dire [...] ». En matière administrative, l'article R. 623-3 du Code de justice administrative ne vise même pas le critère de la connaissance personnelle.

¹³⁶³ Sur lesquelles v. *infra* n° 337.

¹³⁶⁴ Sur la nécessité d'une convocation pour faire naître le devoir de présence, v. *infra* n° 336.

Cette connaissance à titre personnel permet de distinguer les témoins « simples » de certains techniciens participant à la procédure, qui ont pour leur part une connaissance d'informations utiles à titre professionnel. Or, l'existence d'un devoir de présence pesant sur ces derniers est plus ambiguë et mérite que quelques développements y soient consacrés.

b- L'ambiguïté du devoir de présence pesant sur les techniciens

333. Soumission historique des techniciens aux devoirs des témoins – Historiquement, les experts étaient assimilés aux témoins et les devoirs de ces derniers, dont celui de comparaître, leur étaient donc applicables. Ainsi l'article 12 du titre 8 de l'Ordonnance criminelle de 1670 dispose que « *les Experts seront ouïs, recollés et confrontés séparément, ainsi que les autres témoins* »¹³⁶⁵, d'où se déduit l'idée que les experts, à l'instar des témoins, devaient être présents à l'audience pour présenter leurs conclusions.

334. Absence de devoir explicite de présence pesant sur les techniciens – Pourtant, sans doute en raison de la spécialisation et de la « professionnalisation » des experts¹³⁶⁶, ces derniers, et plus largement les techniciens, se sont distingués des témoins et font désormais l'objet de dispositions spécifiques dans les différents codes de procédure du droit positif¹³⁶⁷. Or, ces dispositions ne font pas apparaître de façon explicite un devoir de présence imposé aux techniciens en vue d'exposer leurs conclusions.

335. Devoir déontologique de présence – Il est cependant possible de déduire l'existence d'un tel devoir de ces dispositions. En matière civile, la distinction est faite entre différentes catégories de techniciens. Le Code de procédure civile qualifie en effet différemment le technicien selon le degré de technicité et la nature de l'opération accomplie. Ainsi, le constatant se situe « *sur le versant pratique* » de la dichotomie entre « *un savoir pratique et appliqué (qualifié de technique) [...] et un travail théorique (qualifié de scientifique)* »¹³⁶⁸. Le consultant, lui, « *se place sur l'autre versant, celui de la connaissance, du savoir théorique* »¹³⁶⁹ et intervient sur une « *question purement théorique qui sans être matière à constatations ne requiert pas davantage d'investigations complexes* »¹³⁷⁰. Quant à

¹³⁶⁵ Cité par O. LECLERC, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 2005, Coll. Bib. de droit privé, n° 53.

¹³⁶⁶ A propos desquels v. O. LECLERC, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, préc., spéc. n° 21 et s. et n° 310 et s.

¹³⁶⁷ V. ainsi art. 156 et s. C. proc. pén. ; art. 232 et s. C. proc. civ. ; art. R. 621-1 et s. C. J. A.

¹³⁶⁸ O. LECLERC, *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, préc., n° 8.

¹³⁶⁹ *Ibid.*

¹³⁷⁰ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 618. V. également S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, PUF, 2014, n° 302 ; N. FRICERO, P. JULIEN, *Procédure civile*, 5^e éd., LGDJ, 2014, n° 648.

l'expert, il se distinguerait¹³⁷¹ du consultant et du constatant en ce que son intervention, théoriquement subsidiaire¹³⁷², combinerait des éléments techniques relevant de constatations à un travail d'analyse intellectuelle¹³⁷³. Or, malgré ces différences de mission, chacun de ces techniciens peut se voir imposer un devoir de présence selon l'appréciation de l'utilité de la présence opérée par le juge. Ainsi, le constatant consigne ses constatations par écrit, mais le juge peut en ordonner la présentation orale¹³⁷⁴, ce qui suppose nécessairement sa présence. Le consultant, lui, présente en principe¹³⁷⁵ son rapport oralement, ce qui nécessite sa présence. Enfin, le juge peut également décider d'entendre l'expert en personne¹³⁷⁶, ce qui là encore, exige sa présence. Or, si les textes envisagent cette présence sous l'angle de la faculté pour le juge de l'organiser ou d'y renoncer, le caractère obligatoire de ce devoir pour les techniciens découle non de la loi mais des règles déontologiques. En effet, l'article 6-2 de la loi 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires¹³⁷⁷, complété par les articles 22 et 25 du décret du 23 décembre 2004¹³⁷⁸, dispose que l'expert encourt des sanctions disciplinaires s'il contrevient aux lois et règlements relatifs à sa profession ou à sa mission d'expert. Or, le Conseil national des compagnies d'experts de justice (anciennement Fédération nationale des compagnies d'experts judiciaires) a édicté un « code de déontologie de l'expert de justice »¹³⁷⁹, qui prévoit, en son article II-1) que « *l'expert observe une attitude déférente envers les magistrats* ». Il est donc permis de penser que dès lors que le magistrat sollicite du technicien son audition, celui-ci est tenu d'y déférer et est donc le débiteur d'un devoir déontologique de présence. En contentieux administratif, il n'y a pas de lieu de distinguer entre différentes catégories de techniciens, puisque le recours au technicien par le juge administratif est destiné à lui confier une expertise¹³⁸⁰. Là encore, aucun texte légal ou réglementaire n'impose la présence de

¹³⁷¹ Cette distinction théorique est cependant remise en cause par les praticiens, pour qui les consultations et constatations sont vécues comme des « petites expertises ».

¹³⁷² Bien qu'elle soit présentée comme telle par l'article 263 du Code de procédure civile, l'expertise reste la mesure d'instruction confiée à un technicien la plus fréquemment ordonnée. O. LECLERC, *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, préc., n° 8.

¹³⁷³ *Ibid.*

¹³⁷⁴ Art. 251 C. proc. civ.

¹³⁷⁵ Le juge peut en effet prescrire que la consultation soit consignée par écrit : art. 257 C. proc. civ.

¹³⁷⁶ Art. 282 al. 1 C. proc. civ.

¹³⁷⁷ Loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires, modifiée par la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires.

¹³⁷⁸ Décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires.

¹³⁷⁹ Disponible sur le site du CNCEJ à l'adresse :

www.fncej.org/documents/uploads/246_REGLES_DEONTOL_090512.pdf

¹³⁸⁰ O. LECLERC, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre la science et le droit*, préc., n° 8 ; J.-P. PASTOREL, *L'expertise dans le contentieux administratif : contribution à l'étude comparative de l'expertise en contentieux administratif et en procédure civile*, LGDJ, 1994, Coll. Systèmes Droit administratif, n° 6 ; L. DUBOIS, « Les rôles respectifs du juge administratif et du technicien dans l'administration de la preuve », in *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, Xe colloque des IEJ, Poitiers, 26-28 mai 1975, PUF, 1976, spéc. p. 87.

l'expert au cours d'une audience pour y rendre compte de ses conclusions mais le juge peut décider que « *le ou les expert se présenteront devant la formation de jugement ou l'un de ses membres, [...] pour fournir toutes explications complémentaires utiles* »¹³⁸¹. Il n'y a donc pas, par principe, de devoir légal de présence pesant sur les experts mais, là encore, le juge peut faire naître un devoir déontologique à la charge de l'expert, susceptible d'être sanctionné par des poursuites disciplinaires.

Enfin, en matière pénale, l'analyse conduit à tirer des conclusions analogues. L'article 168 du Code de procédure pénale dispose que l'expert dépose, « *s'il y a lieu* », ses conclusions à l'audience, ce qui supposerait sa présence. Cette incise dans l'alinéa 1^{er} de l'article 168 peut être interprétée comme conférant un pouvoir discrétionnaire à la juridiction de jugement d'auditionner l'expert. C'est d'ailleurs en ce sens que se prononce la Cour de cassation s'agissant de l'audition des experts devant la Cour d'assises¹³⁸², les juges du Quai de l'Horloge rejetant un pourvoi dont le moyen prétendait que tous les experts étaient tenus de déposer à l'audience au motif que l'article 168 ne dispose pas que l'expert *doit* déposer, mais qu'il dispose seulement qu'il dépose « *s'il y a lieu* ». La présence de l'expert serait alors facultative, faute d'exigence explicite de la comparution de tous les experts commis au cours de l'instruction¹³⁸³. La jurisprudence a d'ailleurs précisé qu'aucun texte n'exige que tous les experts, même régulièrement convoqués, comparaissent devant la Cour d'assises, notamment lorsqu'ils se sont accordés pour que, parmi les cosignataires d'un même rapport, seuls certains d'entre eux viennent déposer à la barre¹³⁸⁴. Pour autant, la présence de l'expert n'est en réalité facultative que pour le juge et non pour l'expert lui-même, qui, dès lors qu'il est convoqué, devient le débiteur d'un devoir de présence qui découle de ses obligations déontologiques de déférence à l'égard du juge.

En définitive, pour les techniciens, la situation n'est pas si différente de celle des témoins, puisqu'il revient au juge d'apprécier en vertu de son office, pour les uns comme pour les autres, l'utilité de mettre en œuvre un devoir de présence, imposé ici par les règles de déontologie. Or, ce n'est qu'à compter du moment où l'autorité – policière ou judiciaire – estime nécessaire la présence du témoin ou des techniciens que le devoir de présence naîtra véritablement, en même temps que l'information qui doit leur être délivrée.

¹³⁸¹ Art. R. 621-10 C. J. A.

¹³⁸² Cass. crim., 20 nov. 1968, n° 68-91.370 : *Bull. crim.* n° 305.

¹³⁸³ V. également Cass. crim., 20 mai 1968 : *Bull. crim.* n° 65 ; Cass. crim., 3 sept. 1977 : *Bull. crim.* n° 278.

¹³⁸⁴ Cass. crim., 6 août 1996 : *Bull. crim.* n° 303.

2- L'exigence de convocation de la personne assujettie au devoir de présence

336. Nécessité commune d'une convocation – La convocation du titulaire du devoir est une condition de mise en œuvre de celui-ci dans la mesure où elle conditionne l'impératif de la norme. Le devoir de présence ne devient ainsi opposable aux personnes concernées qu'à partir du moment où celles-ci ont été dûment informées qu'un tel devoir pesait sur elles. Ce n'est en effet qu'une fois que le tiers, témoin ou technicien, aura été sollicité pour comparaître que pèsera sur lui un véritable devoir de présence juridiquement normatif susceptible d'être sanctionné¹³⁸⁵. En réalité, plusieurs modalités d'information du tiers existent, les textes faisant peser le devoir de présence sur les témoins « *légalement requis* »¹³⁸⁶ ou encore sur les témoins « *cités* »¹³⁸⁷ ou « *convoqués* »¹³⁸⁸. Il semble cependant que, si le degré de formalisme exigé pour la régularité de l'audition du tiers est variable, un principe se dégage qui exige la connaissance du devoir de présence par son destinataire.

337. Diversité des formes de convocations – Ainsi, le formalisme exigé pour la convocation des tiers est variable. S'agissant des techniciens, leur devoir de présence est envisagé en toute matière comme une faculté du juge de les entendre, sans précision des textes sur la forme de leur convocation. Il est donc possible d'en déduire qu'aucun formalisme n'est véritablement exigé, à l'exception de la procédure pénale de jugement, au cours de laquelle ces derniers sont cités dans les mêmes conditions que les témoins ordinaires¹³⁸⁹. En matière pénale, ce formalisme varie, pour ce qui concerne les témoins, selon le stade de la procédure auquel on se trouve. Ainsi, le formalisme est inexistant au stade de l'enquête, les textes mentionnant seulement la convocation des témoins par les officiers de police judiciaire, laquelle peut dès lors être effectuée par simple voie administrative ou par avis inséré dans la presse¹³⁹⁰. Au stade de l'instruction, plusieurs formes semblent offertes au juge d'instruction pour convoquer le témoin : l'article 101 du Code de procédure pénale dispose en effet en son alinéa 1^{er} que le juge d'instruction fait citer les témoins « *par un huissier ou un agent de la force publique* », tandis que l'alinéa 2 précise que les témoins peuvent également être convoqués par lettre simple, lettre recommandée ou par la voie administrative. Enfin, devant les juridictions de jugement, les témoins doivent être cités par huissier soit par le ministère

¹³⁸⁵ Sur ces sanctions, v. *infra* n° 343 et s.

¹³⁸⁶ Art. 206 C. proc. civ. ; art. R. 623-4 C. J. A.

¹³⁸⁷ Art. 109 C. proc. pén. ; art. 326 C. proc. pén. ; art. 437 C. proc. pén.

¹³⁸⁸ Art. 61 al. 2 C. proc. pén.

¹³⁸⁹ Art. 281 C. proc. pén. devant la Cour d'assises.

¹³⁹⁰ M. GIACOPELLI, « Témoin », *Rép. D. dr. pén. et proc. pén.*, 2008, n° 50.

public, soit par les parties¹³⁹¹. Néanmoins, devant la Cour d'assises, le formalisme peut être allégé puisque le président de la Cour d'assises peut lui-même appeler pour l'entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile à la manifestation de la vérité¹³⁹², aucun formalisme n'étant précisé par les textes¹³⁹³. En matière civile, le formalisme est moindre, puisqu'en matière d'audition de témoin, l'article 228 du Code de procédure civile prévoit que les témoins sont convoqués par le secrétaire de la juridiction. En matière administrative, les témoins peuvent être soit assignés par les parties, soit convoqués par le juge¹³⁹⁴.

338. Nécessité d'information sur les conséquences du défaut de comparution – Malgré cette diversité des formes de convocation des témoins, une condition semble néanmoins commune à toutes pour conférer au devoir de présence sa portée normative. Le devoir de présence n'est en effet opposable aux tiers qu'à condition que ceux-ci en soient spécifiquement informés. S'agissant des experts, on peut supposer que cette information est présumée à partir de la connaissance qui est la leur de leurs obligations déontologiques auxquelles appartient le devoir de présence¹³⁹⁵. S'agissant des témoins en revanche, cette information est spécifiquement prévue pour chaque situation. Ainsi, s'agissant des témoins en matière civile au stade de la mise en état, la convocation qui leur est adressée doit reproduire les dispositions des deux premiers alinéas de l'article 207 qui sont relatives au devoir de comparution¹³⁹⁶. Une mention analogue doit figurer dans la citation ou la convocation du témoin en matière pénale par le juge d'instruction selon l'article 101 alinéa 3 du Code de procédure pénale. On peut cependant s'interroger à ce propos sur la formulation de l'article 109 du même code qui prévoit que les témoins « cités » peuvent être contraints à comparaître par le recours à la force publique, ce qui interroge sur la possibilité de recourir à la contrainte à l'égard des témoins simplement « convoqués » par le juge d'instruction. Le dernier alinéa de l'article 101 fait quant à lui référence au témoin cité ou convoqué, d'où l'on pourrait déduire que l'omission de l'article 109 est en réalité un défaut d'harmonisation des dispositions législatives. Par conséquent, quel que soit le mode d'information du témoin, le devoir de présence lui est néanmoins opposable. Le doute n'est cependant pas totalement levé dans la mesure où la Cour de cassation a jugé que l'amende pénale sanctionnant le témoin défaillant

¹³⁹¹ En matière criminelle, la citation des témoins par les parties est plus rare puisque l'article 281 du Code de procédure pénale prévoit que le ministère public est tenu de citer les témoins dont la liste lui a été communiquée par les parties cinq jours avant la date d'ouverture des débats.

¹³⁹² Art. 310 C. proc. pén.

¹³⁹³ On notera toutefois que ces « témoins » peuvent être identifiés comme des témoins secondaires, puisqu'en réalité, ils ne prêtent pas serment et que leurs déclarations ne sont considérées que comme de simples renseignements en application de l'article 310 *in fine* du Code de procédure pénale.

¹³⁹⁴ Art. R. 623-3 C. J. A.

¹³⁹⁵ V. *supra* n° 335.

¹³⁹⁶ Art. 229 C. proc. civ.

ne pouvait être prononcée qu'autant que le témoin a été régulièrement cité¹³⁹⁷. Une clarification serait sans doute utile. Devant la juridiction de jugement, l'information du témoin étant réalisée par la voie de la citation, il faut se reporter aux dispositions qui la régissent pour découvrir qu'une telle mention est également nécessaire. En effet, l'article 551 du Code de procédure pénale en son dernier alinéa fait figurer parmi les mentions obligatoires de la citation de témoin l'information selon laquelle le défaut de comparution est puni par la loi. Une telle exigence ne figure cependant pas dans la convocation adressée par un officier de police judiciaire au stade de l'enquête, puisque celle-ci est dépourvue de tout formalisme. Cette absence est regrettable dans la mesure où, depuis la loi du 4 janvier 1993¹³⁹⁸, les officiers de police judiciaire peuvent faire comparaître les témoins défaillants par le recours à la contrainte. Il serait donc souhaitable qu'une mention informant les témoins des sanctions encourues soit exigée dans les convocations qui leur sont adressées par les autorités de police judiciaire. La situation est également troublante en contentieux administratif, puisque cette mention n'est pas exigée par les textes. Cependant, il semble qu'en la matière, aucune sanction ne soit spécifiquement prévue : nulle trace en effet ni d'une possibilité de faire comparaître les témoins par la contrainte publique ni d'une quelconque amende encourue. La distinction entre le régime de l'audition de témoin dans l'enquête civile et dans l'enquête administrative est d'autant plus étonnante que les dispositions administratives ont été largement inspirées du Code de procédure civile. Il est donc regrettable que les régimes n'aient pas été harmonisés dans leur ensemble. Il en résulte qu'en contentieux administratif, le devoir de présence semble dépourvu de portée normative, aucune sanction n'étant encourue ni, par conséquent, mentionnée dans l'assignation qui peut éventuellement être délivrée au témoin par les parties. Il apparaît alors que l'information délivrée aux témoins convoqués conditionne la gradation de la force normative du devoir de présence en fonction de la matière, ce qui invite à s'interroger plus spécifiquement sur les sanctions du devoir de présence.

B- La mise en œuvre sanctionnée du devoir de présence pesant sur les tiers

339. Sanctions et justifications de l'inexécution – Pour être effectif, le devoir de présence doit être juridiquement sanctionné. Or, il apparaît en la matière que le panel de sanctions offert par le droit positif est relativement large et propose des sanctions de gravité variable. Néanmoins, ce devoir n'est pas un devoir absolu et le législateur permet par conséquent aux titulaires de ce devoir d'y échapper, ainsi qu'à ses sanctions. Il convient donc d'étudier en premier lieu les sanctions du devoir de présence (1) avant d'observer les possibles dérogations aux sanctions du devoir de présence (2).

¹³⁹⁷ Cass. crim., 18 oct. 1956 : D. 1956, p. 774. En ce sens, v. également C. RIBEYRE, « Refus de comparaître, de prêter serment ou de déposer devant le juge d'instruction », *J-Cl. pén.*, Fasc. 20, 2010, n° 5.

¹³⁹⁸ Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.

1- Les sanctions du devoir de présence

340. Force relative des sanctions et variations de l'efficacité du devoir de présence – Les sanctions du devoir de présence imposées aux tiers sont autant d'indices de l'effectivité de celui-ci. D'abord, plusieurs mécanismes existent pour provoquer les tiers à l'exécution de leur devoir, de façon non coercitive. Ces mécanismes consistent en effet, en cas de constat d'une première défaillance du témoin, à offrir une sorte de « deuxième chance » à celui-ci pour lui permettre de se présenter ultérieurement. C'est ainsi que le Code de procédure civile prévoit, s'agissant de l'enquête, que, si le témoin est dans l'impossibilité de se présenter devant le juge pour déposer devant lui, le juge peut lui accorder un délai¹³⁹⁹. La même logique prévaut en matière pénale, puisque les juridictions de jugement ont le pouvoir, en cas de défaillance du témoin, de renvoyer l'affaire à une nouvelle audience¹⁴⁰⁰. Ces reports de la date de déposition permettent ainsi d'inciter implicitement le témoin à se présenter devant le magistrat ayant requis sa présence, en dépit de sa défaillance initiale. Franchissant un degré supplémentaire, l'incitation à l'exécution du devoir de présence peut également être formulée, de façon cette fois plus explicite mais toujours sans coercition, devant la Cour d'assises par le président. En effet, l'article 310 du Code de procédure pénale dispose que le président est investi du pouvoir discrétionnaire de prendre toutes mesures qu'il croit utiles à la manifestation de la vérité, la jurisprudence ayant précisé que rentre dans ce pouvoir discrétionnaire, la faculté de faire rechercher les témoins défaillants en vue de les inviter à se présenter pour être entendus à l'audience¹⁴⁰¹. Le principe est ici l'absence de coercition, qui transparaît dans le choix des termes opéré par la Cour de cassation, puisqu'une « invitation » *a priori* n'est pas contraignante, les juges précisant par ailleurs que l'invitation avait eu lieu « *sans décerner contre [le témoin] de mandat d'amener, ce que seule la cour eût pu faire* » – le pouvoir de coercition est en effet réservé à la cour elle-même, qui dispose selon l'article 326 du Code de procédure pénale du pouvoir de décerner mandat d'amener à l'encontre du témoin acquis aux débats mais défaillant¹⁴⁰². Néanmoins, depuis un revirement de jurisprudence de 2002¹⁴⁰³, le recours à la coercition ordonné par le président de la Cour n'est plus sanctionné à la demande de l'accusé que si ce dépassement de pouvoir du président porte

¹³⁹⁹ Art. 217 C. proc. civ.

¹⁴⁰⁰ Art. 326 C. proc. pén. devant la Cour d'assises ; art. 439 C. proc. pén. devant le tribunal correctionnel ; art. 536 C. proc. pén. pour le tribunal de police.

¹⁴⁰¹ Cass. crim., 30 avr. 1986 : *Bull. crim.* n° 149.

¹⁴⁰² Sur la faculté réservée à la cour de décerner mandat d'amener, v. Cass. crim., 22 févr. 1984 : *Bull. crim.* 1984, n° 69. Pour des arrêts plus récents rappelant que la cour est seule compétente pour ordonner la comparution d'un témoin acquis aux débats, v. par ex. Cass. crim., 4 janv. 2012, n° 10-87.927 ; Cass. crim., 12 déc. 2012, n° 12-81.872.

¹⁴⁰³ Cass. crim., 29 mai 2002 : *Bull. crim.* n° 125 ; *JCP G* 2002, IV, 2363,

atteinte à ses intérêts¹⁴⁰⁴. Cette jurisprudence conduit ainsi à atténuer la frontière entre les incitations à l'exécution théoriquement non coercitives et l'exécution forcée du devoir de présence, désormais renforcée à l'égard des témoins. C'est qu'en effet, si ces mécanismes d'incitation non coercitifs se révèlent insuffisants, plusieurs types de sanctions peuvent alors être mis en œuvre, qu'il s'agisse d'exécution forcée¹⁴⁰⁵, de sanctions disciplinaires ou encore d'amendes, civile ou pénale, dont la gravité fait fluctuer l'efficacité du devoir de présence. Parmi ces sanctions, il est possible de distinguer en isolant d'une part l'exécution forcée du devoir de présence et d'autre part les sanctions de l'inexécution définitive de ce devoir. Leur étude révèle alors que l'absence d'automaticité de ces sanctions, qu'il s'agisse de l'exécution forcée (a) ou des sanctions de l'inexécution du devoir de présence pesant sur les tiers (b), vient dans une certaine mesure affaiblir le devoir de présence.

a- L'exécution forcée du devoir de présence

341. Domaine limité de l'exécution forcée du devoir de présence – L'exécution forcée du devoir de présence implique d'avoir recours à la contrainte étatique, à la force publique pour assurer le respect de ce devoir. Parce que ce recours à la force publique entraîne une présence forcée, et donc nécessairement une privation, bien que temporaire, de la liberté d'aller et venir, la gravité de cette sanction exige que son domaine soit circonscrit. Ainsi, il est d'abord limité à la matière pénale. Le recours à la force publique pour faire comparaître le témoin, prévu en divers endroits du Code de procédure pénale¹⁴⁰⁶, ne trouve son pendant ni en procédure civile ni en contentieux administratif. Sans doute faut-il y voir l'intérêt supérieur que porte la matière pénale à la recherche de la vérité, celle-ci mettant en jeu l'intérêt général de la société dans son ensemble¹⁴⁰⁷. La force normative du devoir de présence en dehors de la matière pénale doit ainsi être quelque peu relativisée. Limité, le domaine de l'exécution forcée l'est également au regard des tiers susceptibles d'être contraints à comparaître par la force publique. En effet, seuls les témoins au sens strict peuvent se voir appliquer cette mesure coercitive. Ainsi en a jugé la Cour de cassation, qui relève qu'il n'existe pas pour les experts de disposition similaire à l'article 326 du Code de procédure pénale, lequel est applicable aux seuls témoins¹⁴⁰⁸. Si l'arrêt vise les seules dispositions relatives à la Cour d'assises, la solution peut naturellement s'étendre aux autres phases de la procédure pénale, puisqu'aucune disposition prévoyant le recours à l'exécution forcée à l'égard des experts n'existe, et *a*

¹⁴⁰⁴ Pour une réitération récente de cette jurisprudence, v. Cass. crim., 12 déc. 2012, préc.

¹⁴⁰⁵ L'exécution forcée peut être qualifiée de sanction du devoir dès lors qu'il s'agit d'une réaction à l'inexécution dudit devoir. Il est d'ailleurs intéressant à ce titre de faire un parallèle avec le droit des obligations, le nouvel article 1217 du Code civil issu de l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 prévoit, au titre des sanctions de l'inexécution du contrat, l'exécution forcée.

¹⁴⁰⁶ Art. 62, 109, 153, 326 et 439 C. proc. pén.

¹⁴⁰⁷ Sur les rapports entre procès pénal et vérité, v. *supra* n° 187.

¹⁴⁰⁸ V. Cass. crim., 8 nov. 1993, n° 93-82.019 : *JCP G* 1994, IV, 549.

fortiori aux autres contentieux. Bien que limité, ce domaine est néanmoins en expansion, puisque ce n'est que depuis la loi Perben II du 9 mars 2004¹⁴⁰⁹ qu'il est possible de contraindre un témoin au stade de l'enquête.

342. Mise en œuvre de l'exécution forcée – L'initiative de l'exécution forcée appartient à des personnes différentes selon le stade de la procédure auquel on se place. Au stade de l'enquête, l'initiative du recours à la contrainte appartient aux officiers de police judiciaire, qui doivent néanmoins obtenir l'autorisation du ministère public¹⁴¹⁰. Ces derniers peuvent ainsi contraindre à comparaître une personne à l'encontre de laquelle il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction et la retenir aux fins d'audition pour une durée ne pouvant excéder quatre heures¹⁴¹¹. En revanche, dès qu'une instance est pendante, cette initiative revient au juge. Ainsi, au stade de l'instruction, l'initiative du recours à l'exécution forcée du devoir de présence relève toujours de la compétence du juge d'instruction, qui peut donner l'ordre à la force publique de contraindre à comparaître un témoin simple, c'est-à-dire une personne à l'encontre de laquelle il n'existe pas d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission d'une infraction. Cette possibilité, offerte au juge d'instruction par l'article 109 du Code de procédure pénale, crée donc un ordre de comparution spécial réservé au témoin, qui est autonome du mandat d'amener susceptible d'être décerné à l'encontre d'un suspect¹⁴¹², lequel est prévu par l'article 122 du Code de procédure pénale¹⁴¹³. Au stade du jugement enfin, l'exécution forcée du devoir de présence du témoin est encore à l'initiative des juges, sous la forme de mandats d'amener autonomes de celui de l'article 122 du Code de procédure pénale, bien que plusieurs situations doivent être distinguées. En matières correctionnelle et contraventionnelle, l'initiative revient au tribunal qui dispose du pouvoir de contraindre le témoin défaillant à comparaître par le recours à la force publique¹⁴¹⁴. En matière criminelle, seule la Cour a le pouvoir de décider de l'exécution forcée du devoir de présence du témoin cité à comparaître¹⁴¹⁵. Le président de la cour d'assises, quant à lui, dispose également du pouvoir de contraindre des témoins à comparaître par le recours à la force publique¹⁴¹⁶ mais ce pouvoir ne concerne que les témoins non acquis

¹⁴⁰⁹ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

¹⁴¹⁰ Art. 78 C. proc. pén.

¹⁴¹¹ Art. 62 C. proc. pén.

¹⁴¹² En ce sens, v. S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, préc., n° 1826 ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, 18^e éd., Cujas, 2015, Coll. Préférence, n° 726. Cette dissociation date de l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale, puisque l'ancien Code d'instruction criminelle permettait l'utilisation des mandats à l'égard des témoins.

¹⁴¹³ Sur lesquels v. C. GUERY, « Mandats et suspects », *AJ Pénal* 2004, p. 356. V. également *infra* n° 373 et s.

¹⁴¹⁴ Art. 439 C. proc. pén. et art. 536 C. proc. pén. pour un renvoi à l'article 439 C. proc. pén.

¹⁴¹⁵ V. *supra* n° 322.

¹⁴¹⁶ L'article 310 du Code de procédure pénale octroie en effet au président de la juridiction le pouvoir de décerner un mandat d'amener, là encore autonome des mandats de l'article 122 du même code réservés à

aux débats¹⁴¹⁷, c'est-à-dire qui n'ont pas été cités à comparaître. Dans tous les cas, si le témoin ne comparaît pas, des sanctions de l'inexécution de son devoir de présence peuvent être prises à son encontre, de même d'ailleurs, qu'à l'encontre des techniciens.

b- Les sanctions de l'inexécution du devoir de présence

343. Nature des sanctions adaptée à la nature du devoir – La nature des sanctions de l'inexécution du devoir de présence s'adapte à la qualité du tributaire de ce devoir. En effet, dans la mesure où c'est à titre professionnel que les techniciens se voient imposer un devoir de présence, les sanctions qu'ils encourent seront-elles aussi de nature professionnelle (α). En revanche, le devoir de présence des témoins étant un devoir personnel, la nature des sanctions est alors également personnelle (β).

α - Sanctions professionnelles

344. Sanctions disciplinaires encourues par les professionnels – S'il n'existe pas, à notre connaissance, de décisions ayant prononcé des sanctions disciplinaires à l'encontre d'un expert qui n'aurait pas répondu à une convocation, plusieurs éléments permettent de considérer comme possible le prononcé de sanctions disciplinaires à l'égard d'experts qui se déroberaient à leur devoir déontologique de répondre aux convocations à l'audience. En effet, d'une part la loi du 11 février 2004 réformant le statut des experts judiciaires¹⁴¹⁸ a élargi la délimitation de la faute disciplinaire susceptible d'entraîner des sanctions disciplinaires. Avant cette loi, seule une faute professionnelle grave permettait de caractériser la faute disciplinaire. Désormais, l'article 6-2 de la loi du 29 juin 1971¹⁴¹⁹ tel que modifié par la loi de 2004 dispose que « *toute contravention aux lois et règlements relatifs à sa profession ou à sa mission d'expert, tout manquement à la probité ou à l'honneur [...] expose l'expert qui en serait l'auteur à des poursuites disciplinaires* ». Par conséquent, une faute disciplinaire simple suffit désormais à engager des poursuites¹⁴²⁰. Il est donc permis d'envisager qu'une

l'instruction, à l'encontre de toute personne qui lui paraît détenir des éléments utiles à la manifestation de la vérité.

¹⁴¹⁷ La Cour de cassation est cependant très souple quant au partage des pouvoirs entre le président et la cour puisqu'alors qu'elle décidait traditionnellement et conformément à l'article 310 du Code de procédure pénale qu'elle excède ses pouvoirs et empiète sur ceux de la Cour le président qui décerne un mandat d'arrêt contre un témoin non comparant (Cass. crim., 22 févr. 1984 : *Bull. crim.* 1984, n° 69), elle a par un revirement de jurisprudence, rejeté un moyen pris de la délivrance d'un tel mandat par le président, aux motifs que l'irrégularité invoquée n'avait porté aucune atteinte aux intérêts de l'accusé (Cass. crim., 29 mai 2002, préc.). Cette formulation laisse cependant entendre que l'irrégularité existe.

¹⁴¹⁸ Loi n° 2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques.

¹⁴¹⁹ Loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires.

¹⁴²⁰ En ce sens, v. H. HEUGAS-DARRASPEN, « Modernisation du régime des experts judiciaires ? », *AJDI* 2004, p. 442.

absence de réponse aux convocations puisse constituer une faute disciplinaire susceptible d'entraîner des sanctions disciplinaires. D'autre part, ce cas de figure est d'autant plus envisageable que la jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer que le retard dans le dépôt du rapport d'expertise peut provoquer la radiation de l'expert de la liste sur laquelle il était inscrit¹⁴²¹. Si un retard dans le dépôt du rapport d'expertise est susceptible d'entraîner la sanction disciplinaire la plus importante, gageons que le refus de déférer à une sollicitation d'un magistrat serait susceptible d'entraîner une sanction disciplinaire, même minimale telle que l'avertissement¹⁴²². Il faut cependant reconnaître que l'analyse est ici incertaine dès lors qu'aucune décision n'a, à notre connaissance, eu à se prononcer sur la faculté d'infliger une telle sanction. Tel n'est pas le cas, en revanche, des sanctions personnelles encourues par les témoins.

β- Sanctions personnelles

345. Diversité des sources des amendes – Réservées aux personnes sur lesquelles le devoir de présence pèse à titre personnel, c'est-à-dire aux témoins, des amendes, prévues par différents codes, peuvent être prononcées. Il faut en outre y ajouter, en matière civile, la mise à la charge du témoin défaillant des frais de citation¹⁴²³. Ainsi, le Code de procédure civile prévoit la possibilité pour le juge de la mise en état de prononcer à l'encontre du témoin défaillant une amende civile de 3000 € au plus¹⁴²⁴. Le Code de procédure pénale, quant à lui, recèle en son sein la faculté pour les juridictions de jugement de prononcer à l'égard du témoin défaillant une amende, pénale cette fois, pouvant aller jusqu'à 3 750 €¹⁴²⁵. Enfin, c'est dans le Code pénal que se trouve l'amende prévue pour sanctionner le témoin défaillant au stade de l'instruction, qui punit le délit de refus de comparution d'une amende de 3 750 €¹⁴²⁶.

346. Diversité apparente de nature des amendes – A la lecture des textes, il est permis de douter de l'unité de nature de ces différentes amendes, puisque deux types d'amendes peuvent être prononcés : des amendes civiles ou des amendes pénales. La différence de nature des amendes civile et pénale n'est cependant pas aisément saisissable. Le critère organique n'est en effet pas suffisamment opérant pour les distinguer dès lors que si le juge civil ne peut jamais prononcer d'amende pénale, le juge pénal est en revanche compétent

¹⁴²¹ CA Caen, 30 mai 2000 : *BICC* 15 janv. 2001, n° 74.

¹⁴²² Cette sanction est la moins grave sur l'échelle des sanctions disciplinaires mise en place par la loi du 11 février 2004.

¹⁴²³ Art. 207 al. 1 C. proc. civ.

¹⁴²⁴ Art. 307 C. proc. civ.

¹⁴²⁵ Art. 326, 438 et 536 C. proc. pén.

¹⁴²⁶ Art. 434-15-1 C. pén.

pour prononcer certaines amendes civiles¹⁴²⁷. Il semble davantage que ces deux catégories d'amende se distinguent l'une de l'autre par leur fonction respective, les premières ayant principalement une fonction de police, dissuasive ou incitative¹⁴²⁸, tandis que les secondes se distinguent par leur caractère essentiellement répressif¹⁴²⁹. Ce critère de distinction pourrait alors permettre *a priori* d'expliquer la nature civile de l'amende encourue par le témoin défaillant en matière civile et celle, pénale, de l'amende encourue par le témoin défaillant en matière pénale. En effet, dès lors que l'instance civile met principalement en jeu des intérêts privés et ne concerne donc pas l'ordre public, l'amende encourue par le témoin a pour fonction de le dissuader de se dérober à son devoir pour ne pas ralentir l'instance. En revanche, la justice pénale intéressant directement l'ordre public, il convient d'en réprimer véritablement les atteintes et tel est indubitablement l'objet des amendes contenues dans les codes pénal et de procédure pénale, le délit prévu par le Code pénal figurant d'ailleurs parmi les entraves à l'exercice de la justice.

347. Rapprochement de nature des amendes civile et pénale pour défaut de comparution du témoin – Pour autant, il semble que la nature de ces deux sanctions tende à se rapprocher. De façon générale, la ligne de démarcation entre les amendes pénale et civile à raison de leur fonction est parfois assez fuyante, dans la mesure où les amendes civiles peuvent également avoir un caractère répressif marqué, notamment en raison de l'importance de leur montant¹⁴³⁰. Or, si le caractère répressif de l'amende peut être trouvé dans l'importance de son montant et bien que les juges ne semblent pas prononcer des amendes civiles d'un

¹⁴²⁷ C'est en effet le cas, par exemple, pour certaines amendes sanctionnant la violation des conditions de formation du mariage (v. Cass. crim., 23 nov. 1949, *D.* 1950, p. 40 ; *JCP G* 1950. II. 5615, note J. MAGNOL et Cass. crim., 23 nov. 1950, *JCP G* 1951. II. 5970) ou en matière processuelle, pour l'amende civile que peuvent prononcer le juge d'instruction et la chambre d'instruction en présence d'un abus de constitution de partie civile (art. 177-2 et art. 212-2 C. proc. pén.).

¹⁴²⁸ En ce sens, v. M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *LPA* 2002, n° 232, p. 36.

¹⁴²⁹ Il est d'ores et déjà permis de relever le caractère perfectible du critère de distinction dans la mesure où la peine a également une fonction dissuasive, intimidante : en ce sens, v. E. BONIS-GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, 2^e éd., LexisNexis, 2015, coll. Manuels, n° 6 ; J.-P. CERE, « Peine (Nature et prononcé) », *Rép. D. dr. pén. et proc. pén.*, 2014, n° 4 ; J. LEBLOIS-HAPPE, « Personnalisation des peines », *J.-Cl. Pénal Code*, 2016, Fasc. 20, n° 79.

¹⁴³⁰ A titre d'exemple, le Conseil constitutionnel a décidé que les amendes civiles pouvant être prononcées en raison de pratiques anticoncurrentielles s'analysaient en des sanctions à caractère punitif : Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC : *RLC* 2011, p. 27, comm. M. BEHAR-TOUCHAIS ; *D.* 2011, p. 415, ét. Y. PICOD. Un autre exemple peut être trouvé dans le caractère répressif des amendes civiles proposées par le rapport *Jégouzo* en matière d'atteintes à l'environnement (v. F. ROUSSEAU, « Réflexion sur la répression civile des atteintes à l'environnement.- A propos du rapport remis au garde des Sceaux le 17 septembre 2013 relatif à la réparation du préjudice écologique », *Environnement* 2014, ét. 3 ; J. LAGOUTTE, « A propos de la responsabilité environnementale. Des quelques déséquilibres de la réforme à venir », *RRJ Droit prospectif* 2014-4, p. 1757). Pour une autre illustration du caractère répressif de certaines amendes civiles, v. également en matière de responsabilité sociale des entreprises, J. LAGOUTTE, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des sociétés donneuses d'ordre ou la rencontre de la RSE et de la responsabilité juridique », *RCA* 2015, ét. 11, spéc. n° 20.

montant important¹⁴³¹, il est cependant remarquable que le législateur a récemment relevé le montant de l'amende civile encourue par les témoins civils de 1500 à 3000 €¹⁴³², se rapprochant ainsi du montant de l'amende correctionnelle encourue par le témoin pénal défaillant.

Il reste qu'en pratique, ces amendes ne semblent que peu prononcées par la jurisprudence ou, à tout le moins, les amendes prononcées sont d'un montant relativement faible¹⁴³³. Ainsi, si la multiplicité des sanctions du devoir de présence, ainsi que la gradation de leur gravité semblent témoigner de l'importance que le législateur accorde à ce devoir, l'efficacité réelle du devoir de présence doit cependant être relativisée, et ce, d'autant plus qu'il existe de nombreuses possibilités de déroger à ce devoir.

2- Les dérogations aux sanctions du devoir de présence

348. Possibilité d'excuse en toutes matières – D'abord, la possibilité pour le témoin de fournir un motif d'excuse pour ne pas comparaître est admise en toute matière. Ainsi, les textes eux-mêmes prévoient cette possibilité en contentieux administratif¹⁴³⁴ et en procédure civile¹⁴³⁵. En ce qui concerne la matière pénale, lorsque ce ne sont pas les textes qui le prévoient, la jurisprudence prend le relais pour admettre cette possibilité. En effet, l'article 434-15-1 du Code pénal qui concerne le défaut de comparution devant le juge d'instruction précise que cette infraction est constituée si le témoin ne comparaît pas « *sans excuse ni justification* » et l'article 439 du Code de procédure pénale mentionne le « *motif d'excuse reconnu valable et légitime* ». Les dispositions propres à la Cour d'assises en revanche ne recèlent pas explicitement en leur sein la possibilité pour le témoin défaillant de faire valoir un tel motif mais la jurisprudence estime néanmoins de longue date que l'excuse du témoin est appréciée souverainement par la cour, ce qui démontre l'existence d'une telle possibilité¹⁴³⁶.

¹⁴³¹ Les amendes civiles prononcées à l'encontre de témoins défaillants semblent rarement atteindre le plafond fixé par le législateur : pour des exemples anecdotiques, v. Cons. prud'homme, ord. 5 nov. 2002 : *Gaz. Pal.* 2003, n° 261, p. 2, comm. J-M. SOULAT (amende civile prononcée d'un montant de 150 €) ; CA Versailles ch. 15, 6 avr. 2006, n° 04/02180 (amende civile prononcée d'un montant de 200 €) ; CA Dijon, ch. soc., 15 mai 2014, n° 13/00344 (amende civile prononcée d'un montant de 50 €).

¹⁴³² Décret n° 2005-1678 du 28 déc. 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom, art. 77.

¹⁴³³ Ainsi, une recherche sur les bases de données telles que Légifrance ou Jurisdata ne font ressortir que peu de décisions sur la question. Les résultats de la recherche montrent cependant que les amendes prononcées par les juridictions de première instance sont parfois réévaluées à la baisse par les juridictions d'appel. V. ainsi CA Paris, 17 avr. 2008, n° 06/10953 : le montant de l'amende a été réévalué de 1500 € à 100 €.

¹⁴³⁴ Art. R. 623-4 C. J. A.

¹⁴³⁵ Art. 206 C. proc. civ.

¹⁴³⁶ Cass. crim., 26 oct. 1894 : *DP* 1899. 1. 388. Et plus récemment : Cass. crim., 10 déc. 2003, n° 03-81.121.

349. Absence de prise en compte du danger pour justifier l'inexécution du devoir de présence – Il convient de prime abord d'exclure de ces excuses le danger qui pourrait être encouru par le témoin pénal en raison de son témoignage. En effet, si les textes prévoient naturellement que lorsque l'audition du témoin est susceptible de mettre gravement en danger sa vie, son intégrité physique ou celles de sa famille et de ses proches, des modalités d'audition dérogatoires n'impliquant pas la présence du témoin à l'audience au cours de laquelle les parties sont présentes peuvent être mises en œuvre¹⁴³⁷, le devoir de présence du témoin survit néanmoins puisque ce dernier doit toujours être présent sur le lieu de son témoignage. En réalité, seule l'opération procédurale référentielle du devoir de présence est modifiée, non l'existence ou l'exécution du devoir de présence. Ainsi, l'absence du témoin à l'audience dans le cadre de la procédure de protection des témoins ne peut s'analyser comme une inexécution du devoir de présence¹⁴³⁸.

350. Motifs d'excuse tenant à la personne du témoin – Pour être dispensé de comparaître, le témoin peut invoquer en toute matière une impossibilité matérielle, tenant par exemple à son état de santé¹⁴³⁹, au besoin justifié par des certificats médicaux¹⁴⁴⁰. En revanche, il semble que le fait que le témoin soit tenu par le secret professionnel ne soit pas un motif d'excuse valable pour se soustraire à son devoir de présence. En effet, le secret professionnel, protégé par les articles 226-13 et 226-14 du Code pénal, interdit la révélation d'informations couvertes par le secret professionnel et neutralise donc seulement l'obligation de déposer sur ces faits et non celle de se présenter devant la juridiction¹⁴⁴¹. De même, les liens qui unissent le témoin à l'une des parties au procès ne paraissent pas pouvoir être considérés comme un motif d'excuse valable pour ne pas comparaître, puisque les textes qui prennent en compte ces liens ne visent que la dispense de déposer¹⁴⁴², voire de prêter serment¹⁴⁴³, et non pas la dispense de comparution. En revanche, il semble admis que le défaut des ressources nécessaires pour effectuer le déplacement puisse être une excuse recevable pour ne pas comparaître¹⁴⁴⁴.

¹⁴³⁷ Art. 706-58 C. proc. pén. : ce texte vise la possibilité de recueillir les déclarations du témoin sans que son identité n'apparaisse dans le dossier de la procédure. Or, l'article 706-61 du Code de procédure pénale dispose pour sa part que, si une telle audition a été ordonnée, la personne mise en examen ou renvoyée devant une juridiction de jugement peut demander à être confrontée au témoin : c'est donc bien que l'audition du témoin préservant son anonymat n'a pas lieu au cours d'une audience à laquelle les parties sont présentes.

¹⁴³⁸ En ce sens, v. C. RIBEYRE, « Refus de comparaître, de prêter serment ou de déposer devant le juge d'instruction », art. préc., n° 6. Elle peut en revanche s'analyser comme une atteinte au droit à être présent lors du recueil du témoignage, légitime toutefois : sur ce point, v. *infra* n° 478 et s.

¹⁴³⁹ Pour une décision validant de telles excuses retenues par les juridictions du fond en matière pénale, v. par ex. encore récemment Cass. crim., 26 nov. 2014, n° 13-81.568.

¹⁴⁴⁰ Cass. crim., 27 avr. 1976, n° 75-93.298.

¹⁴⁴¹ En ce sens, v. C. RIBEYRE, « Refus de comparaître, de prêter serment ou de déposer devant le juge d'instruction », art. préc., n° 14.

¹⁴⁴² Art. 206 C. proc. civ. ; R. 623-4 C. J. A.

¹⁴⁴³ Art. 335, 448 et 536 C. proc. pén.

¹⁴⁴⁴ M. REDON, « Enquêtes, témoins et attestations », art. préc., n° 231.

351. Appréciation souveraine des juridictions du fond – Quoi qu’il en soit, la validité des différentes excuses relève de l’appréciation souveraine des juges du fond¹⁴⁴⁵, la Cour de cassation ne semblant en outre plus exiger que ces derniers motivent les arrêts rendus sur incident contentieux et statuant sur la recevabilité de telles excuses en matière pénale¹⁴⁴⁶, ce qui rend l’effectivité d’un tel devoir toute relative.

352. Bilan de la section – En définitive, malgré le choix d’une qualification juridique unique du devoir de présence pesant sur les tiers dont le concours est requis pour la manifestation de la vérité, le régime du devoir de présence est quant à lui disparate et conduit à une flexibilité importante de la force normative même de ce devoir. Cette disparité importante – qui pourrait d’ailleurs, à certains égards, être quelque peu atténuée – est cependant inévitable lorsqu’elle tient à la prise en compte des différents enjeux, qu’il s’agisse de la qualité – professionnelle ou personnelle – des tiers ou bien encore de la nature de la procédure – civile, pénale ou administrative. Surtout, il apparaît que si les réponses en droit positif à la violation de ce devoir sont diverses et d’une effectivité variable, la multiplicité des manifestations de ce devoir semble impliquer que le législateur y reste, par principe, attaché. Un constat analogue peut d’ailleurs être fait s’agissant des charges de présence pesant non plus sur les tiers mais sur les personnes intéressées à la procédure.

Section 2 : Les charges présentielles pesant sur les acteurs de la procédure

353. Déclin généralisé des charges pesant sur les acteurs de la procédure – Le législateur semble vouloir imposer la présence des acteurs de la procédure au cours de certaines opérations procédurales. De prime abord, l’efficacité de ces charges de présence semble être assez variable, selon les enjeux de la matière. En effet, le législateur accorde une grande importance aux charges de présence pesant sur le mis en cause en matière pénale, tandis que celles pesant sur les autres parties sont davantage fluctuantes. Cette différence d’intensité des charges de présence fonction de la matière et de la qualité de l’acteur de la procédure s’explique sans doute par le fait qu’en procédure pénale, l’objectif de manifestation de la vérité s’exprime de façon plus intense que dans les autres contentieux et qu’en outre, la présence du mis en cause est destinée à s’assurer de sa personne dans la mesure où les peines encourues sont susceptibles de s’exercer sur sa personne. Mais en réalité, quel que soit le

¹⁴⁴⁵ En matière pénale, v. Cass. crim., 26 oct. 1894 : *DP* 1899. 1. 388. Et plus récemment : Cass. crim., 10 déc. 2003, n° 03-81.121. En cette matière, la validité de l’excuse peut être appréciée par le Président de la Cour d’assises en l’absence de tout incident contentieux : Cass. crim., 16 mars 1988, n° 87-82.796.

¹⁴⁴⁶ Cass. crim., 10 déc. 2003, préc. *Contra* Cass. crim. 28 oct. 1975, n° 75-91.466.

contentieux en cause, le droit positif, sans pour autant les faire disparaître, semble avoir amorcé leur déclin, entraînant une certaine confusion. Ainsi, l'affaiblissement des charges de présence pesant sur les acteurs s'observe tant à l'égard du devoir de présence du mis en cause en procédure pénale (§1) que des charges pesant sur les autres parties dans les différents contentieux (§2).

§1 : Le déclin de la charge de présence du mis en cause en procédure pénale

354. Plan – La charge de présence du mis en cause dans les procédures pénales semble décliner aujourd'hui. Si les raisons de ce déclin sont loin d'être blâmables puisqu'elles relèvent de la sauvegarde des droits de la défense¹⁴⁴⁷, le phénomène entraîne néanmoins une perte d'effectivité de cette charge. Ainsi, une fois identifiée la nature et le contenu de cette charge comme un véritable devoir théorique de présence (A), il sera nécessaire d'observer l'affaiblissement important de ses sanctions, qui conduit à son déclin (B).

A- Identification théorique du devoir de présence

355. Démarche – Pour percevoir le déclin du devoir de présence spécifique à la matière pénale, il est nécessaire au préalable de justifier l'existence d'un tel devoir. A cette fin, la démarche doit être identique à celle retenue à l'égard du devoir de présence pesant sur les tiers. Il est en effet nécessaire de se livrer en premier lieu à une opération de qualification de cette charge, afin de démontrer qu'il s'agit bien ici d'un véritable devoir (1), avant d'envisager un travail de définition plus précis conduisant à envisager le contenu de ce devoir (2).

1- La qualification d'un devoir de présence pesant sur le mis en cause en procédure pénale

356. Disqualification de l'obligation *stricto sensu* – La comparution personnelle des parties, et plus particulièrement du mis en cause en procédure pénale, est de principe en droit français¹⁴⁴⁸. Si la doctrine emploie parfois les termes d'« *obligation de comparution personnelle* »¹⁴⁴⁹, l'analyse conduit plus précisément à qualifier cette charge de devoir de présence. Ici, la disqualification d'une obligation au sens strict du terme est aisée et ne mérite pas d'amples développements dans la mesure où il est évident que la personne poursuivie

¹⁴⁴⁷ V. *infra* n° 381 et s.

¹⁴⁴⁸ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, préc., n° 2433 ; M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, préc., n° 616.

¹⁴⁴⁹ M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, préc., n° 616 ; F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, préc., n° 498.

dont la présence est exigée n'est débitrice de cette exigence à l'encontre d'aucun créancier particulier, de telle sorte qu'il n'existe pas de lien personnel d'obligation. La question, en revanche, se pose avec plus d'acuité lorsqu'il s'agit de choisir entre les qualifications de devoir et d'incombance.

357. Interrogations sur la qualification d'incombance – En procédure pénale, le doute sur la nature de la charge de comparution personnelle pesant sur le mis en cause est *a priori* permis puisqu'alors que l'un des critères de distinction entre l'incombance et le devoir repose sur l'intérêt poursuivi¹⁴⁵⁰, cette charge est consacrée par le législateur à la fois dans l'intérêt de la personne poursuivie et dans l'intérêt général. En effet, la présence du prévenu ou de l'accusé à l'audience est *a priori* favorable à ce dernier puisqu'elle est pour lui une chance de pouvoir s'exprimer sur les faits qui lui sont reprochés, de pouvoir être confronté aux éventuels témoins à charge, en un mot : de pouvoir se défendre. Mais l'utilité de la comparution obligatoire de la personne poursuivie est loin de pouvoir se résumer aux seuls intérêts de cette personne. La comparution obligatoire de la personne poursuivie en procédure pénale vise aussi, et peut-être surtout, à préserver l'intérêt général¹⁴⁵¹. Il s'agit de garantir de meilleures possibilités d'accéder à la vérité, qui en la matière, intéresse la société dans son ensemble¹⁴⁵² et de s'assurer de la personne d'un individu à l'encontre duquel il existe des raisons de penser qu'il est l'auteur d'une infraction pénale et, donc, d'un trouble à l'ordre public. La comparution personnelle permet à ce titre de faciliter la mise à exécution d'une mesure de sûreté provisoire telle que la détention provisoire ou le contrôle judiciaire, voire l'exécution d'une peine privative de liberté éventuellement prononcée et assortie d'un mandat de dépôt.

358. Choix de la qualification de devoir – Pourtant, malgré cette dualité d'intérêts soustendus par la présence de la personne poursuivie au procès pénal, la qualification de devoir de présence apparaît comme étant la plus adéquate. D'abord, l'incombance suppose une norme de comportement imposée à un individu dans son intérêt en vue d'éviter la perte d'un droit¹⁴⁵³. Or, d'une part, en ne comparaissant pas personnellement, le mis en cause ne perd pas le droit de se défendre. Et, d'autre part, l'intérêt le plus à même de justifier que le législateur impose la présence de la personne poursuivie, au besoin en ayant recours à la force

¹⁴⁵⁰ V. *supra* n° 310.

¹⁴⁵¹ En ce sens, v. F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, préc., n° 498 ; S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, préc., n° 2433 ; M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, préc., n° 616. C'est également ainsi que le Conseil constitutionnel l'entend, qui considère que la comparution personnelle de l'accusé est un objectif d'intérêt général. V. Cons. const., 13 juin 2014, n° 2014-403 QPC, spéc. cons. 5 : *Dr. pén.* 2015, ét. 9, comm. J.-C. TEISSEDRE ; *LPA* 2014, p. 6, chron. V. TELLIER-CAYROL ; *Procédures* 2014, comm. 279, obs. J. BUISSON.

¹⁴⁵² V. *supra* n° 187.

¹⁴⁵³ V. *supra* n° 310.

publique¹⁴⁵⁴, est bien l'intérêt général. C'est qu'en effet la mission générale de la force publique, notion créée par la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen¹⁴⁵⁵, est celle de garantir ces droits, cette force étant « *instituée pour l'avantage de tous* »¹⁴⁵⁶. Dès lors, le recours à la force publique aux fins d'exécution forcée de l'obligation de présence semble indiquer que cette exécution intéresse principalement l'intérêt général. D'ailleurs, ce constat est corroboré par le fait qu'il n'existe pas, de façon générale, d'« obligation » de veiller à ses propres intérêts sanctionnée par le droit. Un auteur a en effet démontré l'inexistence de telles obligations juridiquement contraignantes en faisant valoir qu'il n'existe pas de devoir envers soi-même « à l'état pur » et que « *lorsqu'un devoir de veiller à ses intérêts pouvait être établi, il n'existait pas pour soi, et lorsqu'il s'agissait réellement de soi, aucune obligation ne voyait le jour* »¹⁴⁵⁷. Cette opinion est renforcée par l'analyse complémentaire d'un auteur qui affirme qu'« *à la différence du devoir qui est un ordre contraignant, la charge [tenue dans ses propos pour synonyme de l'incombance] est une norme qui appartient au domaine du non contraignant* »¹⁴⁵⁸. Or, la charge de comparution en personne, c'est-à-dire la charge de présence pesant sur la personne poursuivie est à ce point juridiquement contraignante qu'elle permet le recours à la contrainte publique pour en obtenir l'exécution forcée¹⁴⁵⁹, de sorte qu'il ne peut s'agir là que d'un véritable devoir objectif, érigé non exclusivement mais à tout le moins essentiellement dans l'intérêt général et dont le contenu doit être encore précisé.

2- Le contenu du devoir de présence pesant sur le mis en cause en procédure pénale

359. Identification double du contenu du devoir de présence – L'identification du contenu du devoir de présence implique une double démarche qui invite à préciser, en premier lieu, l'élément objectif de ce devoir, c'est-à-dire l'opération au cours de laquelle la présence est exigée et, en second lieu, l'élément subjectif, c'est-à-dire le titulaire du devoir, jusque là désigné par le terme générique de « mis en cause ».

360. Opérations procédurales d'investigation dirigées vers le mis en cause – En premier lieu, il s'agit ici d'identifier l'opération procédurale à laquelle le mis en cause en procédure pénale est tenu d'être présent. Un premier recensement des opérations procédurales

¹⁴⁵⁴ Pour plus de développements sur le recours à la force publique, v. *infra* n° 373 et s.

¹⁴⁵⁵ Sur cette question, v. J. BUISSON, « Force publique », *Rép. D. proc. pén.*, 2009.

¹⁴⁵⁶ Art. 12 D. D. H. C. : « La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée ».

¹⁴⁵⁷ A. GOGORZA, *L'obligation de veiller à ses intérêts*, dir. P. CONTE, Th. Montesquieu-Bordeaux IV, 2006, spéc. n° 638.

¹⁴⁵⁸ G. FOREST, *La notion d'obligation en droit privé*, préc., n° 494.

¹⁴⁵⁹ V. *infra* n° 373 et s.

au cours desquelles la présence du mis en cause est imposée permet d'identifier leur nature commune. En effet, lorsque la présence du celui-ci apparaît comme un devoir, il s'agit systématiquement d'opérations d'investigation visant à la manifestation de la vérité *détenue par lui*. Cette affirmation pourrait sembler tautologique tant il peut paraître évident que pour interroger un suspect, sa présence est nécessaire. Il n'en est pourtant rien si l'on considère que l'objet de cette opération d'instruction est de conduire le mis en cause à s'exprimer sur la vérité des faits, ce qui pourrait théoriquement être obtenu par d'autres moyens – tels que des déclarations écrites ou encore le recours à la visioconférence. L'assertion se vérifie si l'on contemple les moments de la procédure à l'occasion desquels le législateur a érigé un devoir de présence pour le mis en cause. Au stade de l'enquête, il s'agit de permettre aux autorités de police d'*interroger* le suspect afin de découvrir la vérité des faits. Au stade de l'instruction, le devoir de présence du mis en cause existe lorsque le magistrat instructeur souhaite l'interroger et se déduit de la possibilité pour le juge de délivrer des mandats à son encontre dont l'objet est de le contraindre à comparaître alors qu'il n'aurait pas répondu à une convocation préalable¹⁴⁶⁰. L'analyse est corroborée par le fait que le Code de procédure pénale prévoit qu'à l'issue de l'exécution des différents mandats¹⁴⁶¹, le mis en cause est interrogé. Ainsi, l'article 125 du Code de procédure pénale dispose, dans son alinéa premier, que le juge d'instruction interroge immédiatement la personne qui fait l'objet d'un mandat de comparution et prévoit, dans le deuxième alinéa, des dispositions similaires s'agissant du mandat d'amener. Quant au mandat d'arrêt, l'article 133 du même code prévoit que la personne saisie par un tel mandat sera présentée devant le juge – d'instruction en principe – « *pour qu'il soit procédé à son interrogatoire* ». Ces dispositions viennent donc asseoir l'idée que, si la présence du mis en cause est érigée en devoir, c'est afin de permettre la réalisation d'une opération d'investigation tendant à la manifestation de la vérité que celui-ci détiendrait. L'analyse est un peu différente car plus diffuse en ce qui concerne le devoir de présence de la personne poursuivie au stade du jugement mais conduit peu ou prou à la même conclusion. En effet, il a été démontré que l'audience peut s'analyser en une opération procédurale unique, et plus encore en une opération procédurale d'instruction¹⁴⁶². Or, là encore, si la présence de la personne poursuivie lui est imposée comme un devoir juridique, c'est parce que cette présence permet d'apprécier *en sa personne* les éléments de vérité qu'il serait susceptible de détenir – notamment lorsqu'il lui sera posé directement des questions ou lorsqu'il sera amené à réagir aux autres événements de l'audience du jugement. On constate en effet que lorsque

¹⁴⁶⁰ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, préc., n° 1827 ; M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, préc., n° 504. V. également C. GUERY, « Mandats et suspects », art. préc.

¹⁴⁶¹ A l'exclusion du mandat de dépôt dont la finalité est autre puisqu'il ne peut être prononcé qu'*après* que la personne a comparu. V. S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, préc., n° 1832 ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, préc., n° 728.

¹⁴⁶² V. *supra* n° 64.

l'opération procédurale ne vise pas à faire émerger la vérité du suspect lui-même, sa présence se mue d'un devoir en un droit¹⁴⁶³.

361. Justification de la qualification du titulaire du devoir de présence – En second lieu, l'appréhension du contenu du devoir de présence du mis en cause ne serait cependant pas complète s'il n'était pas apporté de précision sur la notion même de mis en cause telle qu'elle est employée ici pour désigner le sujet de ce devoir de présence. La notion de mis en cause peut en effet prêter à confusion.

362. Démarche – Jusqu'à ce stade de nos propos sur le devoir de présence des acteurs du procès pénal, le terme de mis en cause a été employé sans être véritablement justifié. Pourtant, au-delà d'une commodité de langage évidente en ce que ce terme permet d'inclure l'ensemble des personnes suspectées quel que soit leur statut procédural ou le stade de la procédure auquel on se place, la qualité de mis en cause est également la seule qui soit juridiquement adéquate pour identifier les sujets de ce devoir de présence propre à la matière pénale.

363. Rejet de l'identification des personnes assujetties au devoir de présence par la qualité de partie à l'instance – A titre liminaire, il est nécessaire d'exclure la qualité de partie comme permettant d'identifier les sujets du devoir de présence spécifique à la procédure pénale. En dépit de l'intuition qui résulte de ce qu'elle s'oppose naturellement aux tiers dont il était précédemment question, la qualité de partie est en effet impropre à désigner les sujets du devoir de présence ici étudié.

364. Notion de partie à l'instance – Si la notion de partie n'a pas reçu de définition légale en droit processuel, elle n'a cependant pas manqué d'intéresser la doctrine. De nombreuses études sont ainsi consacrées à la notion de « partie à l'instance »¹⁴⁶⁴, pour tenter de dégager un critère permettant de résoudre « l'une des plus délicates questions du droit judiciaire »¹⁴⁶⁵. Suivant une doctrine majoritaire¹⁴⁶⁶, il est alors possible de définir la notion de

¹⁴⁶³ Sur lequel v. *infra* n° 410 et s.

¹⁴⁶⁴ V. par exemple. L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 494 ; G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile*, préc., n° 219 ; G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, 3^e éd., PUF, 1996, Coll. Thémis Droit privé, n° 496 ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile*, préc., n° 378 ; F. BUSSY, « La notion de partie à l'instance en procédure civile », *D.* 2003, p. 1376 ; P. CHEVALIER, « Parties à l'instance », *J.-Cl. Proc. civ.* 2002, fasc. 105. La doctrine parle également, parfois, de « partie à l'action » : v. par exemple Y. SERRA, « La notion de partie à l'action en concurrence déloyale », *D.* 2001, p. 2587 ; Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, A. Colin, 2002, Coll. U Droit, n° 138 ; S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, préc., n° 1087 et s.

¹⁴⁶⁵ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, préc. n° 494. Pour une étude récente des difficultés entourant la notion de partie, v. J. THERON, « Ordre et désordre dans la notion de partie », *RTD Civ.* 2014., p. 231.

¹⁴⁶⁶ D'autres définitions sont parfois proposées. Ainsi, un auteur, s'appuyant sur l'existence de la notion de partie en droit substantiel comme en droit processuel, a proposé une définition unique de la notion de partie. L'auteur y

partie au regard de deux principaux critères, l'un formel et l'autre matériel¹⁴⁶⁷. Le premier critère, formel, tient à l'existence d'un lien d'instance. Les parties sont celles qui sont tenues par le lien d'instance et qui figurent ainsi dans les actes de la procédure en tant que demandeur, défendeur ou intervenant principal. Le second critère, matériel, tient à l'élévation d'une prétention. Suivant ces critères, la notion classique de partie à l'instance peut se définir, en principe¹⁴⁶⁸, comme la personne, tenue par le lien d'instance, qui est engagée dans le litige qui forme la matière du procès.

365. Absence de concordance entre les parties à l'instance et les sujets du devoir de présence – Partant de cette définition, l'absence de concordance entre la qualité de partie à l'instance et les sujets du devoir de présence procède alors d'un double constat. D'abord, des personnes qui ne sont pourtant pas des parties à l'instance sont assujetties à un devoir de présence. Il en va ainsi du suspect au stade de l'enquête pénale, qui n'a pas la qualité de partie à l'instance pénale parce qu'à ce stade, il n'y a pas encore d'instance et que, surtout, il peut ne jamais y en avoir. Il en va de même du témoin assisté qui, alors qu'il n'est pas partie à l'instance pénale déjà née¹⁴⁶⁹ se voit néanmoins imposer un devoir de présence dans les mêmes conditions qu'une personne mise en examen, et peut, comme elle, faire l'objet d'un mandat de comparution, d'amener ou d'arrêt¹⁴⁷⁰. Le devoir de présence au stade de l'instruction peut d'ailleurs peser sur une personne indifféremment de son statut, puisque désormais et depuis la loi du 9 mars 2004¹⁴⁷¹ la délivrance d'un mandat ne confère plus

démontre que le critère de la qualité de partie résiderait dans « *la participation aux effets de l'acte juridique* », et partant, la partie à l'instance doit être définie comme la personne qui sera « *conduite à subir les effets juridiques de l'acte générateur du lien d'instance, c'est-à-dire de la demande en justice* ». V. Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préf. J.-C. SAINT-PAU, Dalloz, 2013, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 423 et s.

¹⁴⁶⁷ V. par ex. P. CHEVALIER, « Parties à l'instance », art. préc. ; F. BUSSY, « La notion de partie à l'instance », art. préc. ; N. FRICERO, I. NICOLLE, B. BOVAL, B. CAPRON, « Parties et tiers en procédure civile », in *L'autorité de la chose jugée et autres questions d'actualité* (dir. L. CADIET et D. LORRIFERNE), IRJS Editions 2012, p. 129 et s., spéc. les « propos introductifs » formulés par N. FRICERO, p. 131 et s. Un critère de nécessité y est parfois ajouté, qui fait référence à la « partie nécessaire », « *objet même de la procédure* » : v. N. FRICERO, « Parties et tiers en procédure civile – Propos introductifs », art. préc. Sur les « parties nécessaires », v. également J. THERON, « Ordre et désordre dans la notion de partie », art. préc., spéc. n° 10 et s. ; L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., n° 209 ; S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, PUF, 2014, Coll. Thémis droit, n° 170.

¹⁴⁶⁸ Pour les exceptions à ce principe tenant à la dissociation des qualités de partie à l'instance et de partie au litige, v. J. THERY, « Ordre et désordre dans la notion de partie », art. préc., spéc. n° 14 et s.

¹⁴⁶⁹ V. en ce sens B. BOULOC, *Procédure pénale*, préc., n° 668-1 ; S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, préc., n° 1894 et s. ; J. PRADEL, « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000. Evolution ou révolution ? », *D.* 2001, p. 1039 ; C. RIBEYRE, *La communication du dossier pénal*, PUAM, 2007, n° 151 et 152 ; V. VALETTE, *La personne mise en cause en matière pénale*, préf. P. CONTE, Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, 2002, Coll. des thèses de l'Ecole doctorale de Clermont-Ferrand, n° 452.

¹⁴⁷⁰ Art. 122 C. proc. pén.

¹⁴⁷¹ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite Perben II.

automatiquement le statut de mis en examen ni, par conséquent, la qualité de partie¹⁴⁷². Il s'en déduit que la qualité de partie n'est pas déterminante de la qualité de sujet du devoir de présence. Ensuite, l'ensemble des parties à l'instance pénale n'est pas concerné par un tel devoir de présence. Ainsi, la partie civile n'y est pas assujettie et dispose tout au plus d'un droit de présence¹⁴⁷³, la représentation étant par principe admise¹⁴⁷⁴.

366. Concordance entre les qualités de mis en cause et de sujet du devoir de présence – Une fois la qualité de partie à l'instance écartée, il faut encore s'assurer que celle de mis en cause permet véritablement d'embrasser les sujets du devoir de présence ici identifiés. La difficulté naît en effet de la diversité des statuts procéduraux applicables aux personnes mises en cause dans la procédure pénale au gré des différents stades de la procédure. En effet, pour appréhender cette personne, le Code de procédure pénale emploie de très nombreuses expressions, diverses et variées¹⁴⁷⁵, ce qui traduit une « *balkanisation terminologique extraordinaire* »¹⁴⁷⁶. Or il y a bien, dans les sujets du devoir de présence spécialement imposé en matière pénale, une unité qui tient à leur qualité commune de mis en cause, que l'on peut définir comme une personne suspectée d'avoir commis une infraction comme auteur ou complice et désignée comme telle, quels que soient l'intensité des soupçons et le stade de la procédure¹⁴⁷⁷. Ainsi, à tous les stades de la procédure et dès lors que les autorités policières et judiciaires le souhaitent, le mis en cause est astreint à un devoir de présence. Il en va ainsi du suspect dans l'enquête pénale. Le terme de mis en cause permet également de désigner, sans périphrase superflue ni distinction de statut, la personne qui au stade de l'instruction est astreinte à un devoir de présence parce que pèsent sur elle des

¹⁴⁷² Sur cette question, v. C. GUERY, « Mandats et suspects », art. préc.

¹⁴⁷³ V. *infra* n° 435 et s.

¹⁴⁷⁴ Art. 424 C. proc. pén.

¹⁴⁷⁵ Pour un inventaire, v. F. DEFFERARD, *Le suspect dans le procès pénal*, LGDJ, 2005, Coll. Systèmes droit, p.14 et s.

¹⁴⁷⁶ *Ibid.*, spéc. p. 19. L'expression y est employée pour désigner l'éclatement terminologique de la notion de suspect mais, en réalité, il semble que la notion de suspect est souvent et communément réservée à la phase de l'enquête pénale (en ce sens, v. R. CABRILLAC (dir.), « Suspect », in *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 5^e éd., Litec, 2014, p. 482, v. également ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Prévenu », in *Vocabulaire juridique* (dir. G. CORNU), préc., p. 809 : le prévenu y est distingué du suspect qui est défini comme « la personne soupçonnée qui n'est pas encore poursuivie », cette « *balkanisation terminologique* » est davantage celle de la notion de mis en cause.

¹⁴⁷⁷ V. cependant V. VALETTE, *La personne mise en cause en procédure pénale*, préf. P. CONTE, Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, 2002, Coll. des thèses de l'Ecole doctorale de Clermont-Ferrand. L'auteur y distingue notamment la personne mise en cause de la personne mise en examen (n° 10 et s.) en raison de la nature juridictionnelle de la mise en cause. Il est pourtant notable que l'auteur admette que « la personne mise en examen est une personne mise en cause », les deux se distinguant par « l'intensité de l'imputation originelle » (n° 10). Cette définition restrictive ne semble donc pas devoir faire obstacle à l'utilisation de l'expression « mis en cause » pour désigner toute personne suspectée d'avoir commis une infraction et désignée comme telle, quel que soit le stade de procédure, la mise en examen n'étant alors qu'une espèce particulière de mise en cause. Pour une utilisation récente du terme en ce sens, v. par ex. M. TOUILLIER, « Le statut du suspect à l'ère de l'eupéanisation de la procédure pénale : entre « petite » et « grande » révolutions », *RSC* 2015, p. 127.

soupçons rendant vraisemblable sa participation à l'infraction. En ce sens, la dénomination de mis en cause sied autant au mis en examen, au témoin assisté¹⁴⁷⁸ qu'à la personne qui ne bénéficie pas – ou pas encore – de ces statuts protecteurs mais sur laquelle pèsent néanmoins des soupçons. De même, au stade du jugement, que la personne renvoyée devant la juridiction de jugement le soit en qualité de prévenu ou d'accusé selon la juridiction concernée, elle est toujours mise en cause au sens ici retenu puisqu'il existe bien à son égard des éléments rendant vraisemblable sa participation à une infraction, la certitude de cette participation n'apparaissant qu'à la toute fin de la procédure par un jugement. La qualité de mis en cause est en outre d'autant plus adéquate pour désigner les sujets du devoir de présence, que l'on constate qu'une fois ce statut perdu, le devoir de présence qui y était attaché disparaît également. Ainsi, dès lors que la personne n'est plus simplement mise en cause mais condamnée, les textes qui régissent la présence de cette personne ne l'envisagent plus sous l'angle du devoir mais seulement sous l'angle du droit de présence¹⁴⁷⁹.

En définitive, il apparaît qu'il pèse sur les personnes mises en cause le devoir d'être présent lorsque des opérations d'instruction dirigées contre elles sont envisagées. Si ce devoir apparaît *a priori* similaire à celui qui pèse sur certains collaborateurs de la procédure, leur distinction est néanmoins nécessaire, qui relève d'un paradoxe lié à cette qualité. A la différence du témoin, le mis en cause dispose¹⁴⁸⁰ en raison de sa qualité d'une protection juridique spécifique. Parce qu'il est mis en cause, il y a nécessité de se défendre, de laquelle découlent des droits, rassemblés sous le vocable de droits de la défense, qui sont venus, ces dernières années affaiblir la force normative du devoir de présence, entraînant son déclin progressif.

B- Affaiblissement du devoir de présence du mis en cause

367. Déclin du devoir de présence – Historiquement, l'efficacité normative du devoir de présence de la personne mise en cause en matière pénale tenait d'une part à l'interdiction de la représentation et d'autre part à l'efficacité des sanctions de ce devoir. Cependant, le

¹⁴⁷⁸ Il nous semble en effet que le témoin assisté, bien qu'un auteur le qualifie de « *para-suspect* » (F. DEFFERARD, *Le suspect dans le procès pénal*, préc., p. 26-28), doit être considéré comme un suspect à part entière. Puisqu'il est celui qui fait l'objet d'un réquisitoire (art. 113-1 C. proc. pén.), d'une plainte ou d'une mise en cause par le témoin ou la victime (art. 113-2 C. proc. pén.), des soupçons pèsent nécessairement sur sa personne. Et ce sont d'ailleurs ces soupçons qui justifient qu'il soit placé dans une situation plus favorable au regard des droits de la défense que le simple témoin vierge de tout soupçon. *Contra* F. DEFFERARD, *La suspicion légitime*, préf. F. BUSSY, LGDJ, 2000, Coll. Bib. droit privé, n° 295.

¹⁴⁷⁹ V. ainsi la présence de la personne condamnée lors des procédures d'application des peines, qui ne semble pas être sanctionnée : art. 712-9 C. proc. pén. Sur le droit de présence des condamnés lors de ces procédures, v. *infra* n° 419.

¹⁴⁸⁰ Ou devrait disposer... En ce sens, v. E. MATHIAS, « Pour une loi des suspects... libres », *Dr. pénal* 2011, ét. 4 ; C. GUERY, « L'avenir du suspect », *AJ Pénal* 2005, p. 232 et « L'avenir du suspect (suite...) », *AJ Pénal* 2013, p. 459.

développement des droits du mis en cause rattachés aux droits de la défense et plus largement au procès équitable, ainsi que des considérations économiques de plus en plus prégnantes ont conduit à multiplier les procédures indifférentes à la présence du mis en cause (1), tandis que la gravité des sanctions s'atténuait (2).

1- La multiplication des procédures indifférentes à la présence du mis en cause

368. Indifférence à la présence du mis en cause au stade du jugement-
L'affaiblissement de l'attachement du législateur à la présence du mis en cause a conduit à un double mouvement de développement des procédures sans audience, d'une part (a), et d'admission de plus en plus large de la représentation du prévenu (b), d'autre part.

a- Les procédures sans audience de jugement

369. Procédure de l'amende forfaitaire – L'existence de procédures pénales de jugement sans audience existe de longue date en matière contraventionnelle. Ainsi, c'est un décret-loi du 28 décembre 1926 qui est à l'origine de la première d'entre elles, puisque ce décret permettait aux contrevenants de régler entre les mains de l'agent verbalisateur le montant de l'amende correspondant à l'infraction relevée en matière de police de la circulation¹⁴⁸¹. Ce mécanisme est l'ancêtre de l'actuelle amende forfaitaire prévue aux articles 529 à 530-5 du Code de procédure pénale, qui permet de faire l'économie d'une audience de jugement et donc d'annihiler le devoir de présence du mis en cause à l'audience pour une liste de contraventions extrêmement longue – qui ne cesse d'ailleurs de s'allonger¹⁴⁸² – fixée par décrets en Conseil d'Etat et que l'on retrouve à l'article R. 48-1 du Code de procédure pénale. Le projet de loi de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle prévoit en outre la création d'un article 495-17 du Code de procédure pénale élargissant la procédure de l'amende forfaitaire à certains délits, notamment des délits routiers¹⁴⁸³. Il y a donc en la matière – extrêmement vaste – une suppression totale du devoir de présence¹⁴⁸⁴.

370. Procédure simplifiée de l'ordonnance pénale – Le même constat doit être fait s'agissant de la procédure simplifiée dite de l'ordonnance pénale, dont le domaine ne cesse également de s'élargir. Prévue à l'origine pour la seule matière contraventionnelle

¹⁴⁸¹ J.-P. CERE, « Amende forfaitaire », *Rép. D. dr. pén. et proc. pén.*, 2011, n° 1.

¹⁴⁸² Ainsi, à titre anecdotique, la liste des contraventions concernées a encore été allongée par le décret du 20 janvier 2016 (Décret n° 2015-34).

¹⁴⁸³ V. art. 15 bis A du projet de loi tel qu'adopté par l'Assemblée nationale en première lecture le 24 mai 2016.

¹⁴⁸⁴ Mais non du droit de présence : v. *infra* n° 457.

l'ordonnance pénale, procédure permettant d'éviter la mise en place d'audiences de jugement contradictoires et publiques et se déroulant par conséquent sans comparution du prévenu, a vu son champ d'application progressivement élargi. La loi du 3 janvier 1972¹⁴⁸⁵ a en effet créé aux articles 524 à 529 du Code de procédure pénale cette procédure à l'égard de l'ensemble des contraventions. Trente ans plus tard, la loi du 9 septembre 2002¹⁴⁸⁶ a étendu cette procédure aux délits, en créant les articles 495 à 495-6 du Code de procédure pénale. D'abord limité en matière délictuelle aux infractions au Code de la route, le domaine d'application de l'ordonnance pénale en matière correctionnelle a été considérablement étendu par la loi du 13 décembre 2011¹⁴⁸⁷, qui a suivi sur cette question les recommandations du rapport Guinchard dans une large mesure¹⁴⁸⁸. L'article 495 du Code de procédure pénale prévoit désormais que cette procédure est applicable à quatorze catégories de délits. Couvrant ainsi une large part du contentieux devant les tribunaux correctionnels¹⁴⁸⁹, ainsi que du contentieux contraventionnel¹⁴⁹⁰, la procédure simplifiée de l'ordonnance pénale restreint donc largement le champ du devoir de présence du mis en cause. Cette restriction du champ d'application du devoir de présence semble certes aller de pair avec la finalité de celui-ci, qui épouse la fonction heuristique de la présence. En effet, la procédure simplifiée en matière correctionnelle est applicable lorsque « *les faits reprochés au prévenu sont simples et établis* »¹⁴⁹¹, de telle sorte que l'éviction du devoir de présence correspond à un champ où il n'est plus utile de rechercher la vérité car celle-ci a déjà été mise en lumière. La justification est par ailleurs sans doute identique en matière contraventionnelle, puisqu'à cet égard, les faits se prouvent en principe par procès-verbal, de telle sorte que dans la majorité des cas, la présence du prévenu ne serait de toute façon pas un moyen pour ce dernier de contester les éléments de preuve. Quoiqu'explicable, cette restriction du champ d'application du devoir de présence conduit cependant à affaiblir sa force normative, de la même façon que la restriction qui découle, de façon plus ponctuelle, de l'admission progressive d'hypothèses de représentation de plus en plus nombreuses.

¹⁴⁸⁵ Loi n° 72-5 du 3 janvier 1972 tendant à simplifier la procédure applicable en matière de contraventions.

¹⁴⁸⁶ Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice.

¹⁴⁸⁷ Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles.

¹⁴⁸⁸ S. GUINCHARD (prés.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport remis au Garde des Sceaux en 2008, p. 139 et s.

¹⁴⁸⁹ C. FONTEIX, « Jugements par défaut », *Rép. D. dr. pén. et proc. pén.*, 2015, n° 18.

¹⁴⁹⁰ *Rationae materiae*, l'article 524 du Code de procédure pénale relatif à l'ordonnance pénale contraventionnelle permet en effet cette procédure à l'égard de toutes les contraventions de police à l'exception de celles prévues par le Code du travail.

¹⁴⁹¹ Art. 495 I. C. proc. pén.

b- L'élargissement progressif du recours à la représentation

371. Admission de la représentation du prévenu – Dans la mesure où représentation et présence sont deux notions distinctes¹⁴⁹², les avancées des hypothèses de représentation en matière pénale viennent faire concurrence au devoir de présence, l'affaiblissant d'autant plus si l'on reconnaît un « *droit à se défendre par représentation sans comparaître personnellement* »¹⁴⁹³, ce qui constitue un obstacle théorique à l'existence du devoir de présence¹⁴⁹⁴. Il s'agit en effet en la matière d'admettre la représentation comme palliatif de l'absence du prévenu¹⁴⁹⁵ à l'audience. Traditionnellement admise en matière d'audience devant le tribunal de police pour les contraventions passibles d'une peine d'amende¹⁴⁹⁶, la représentation à l'audience est largement admise en matière contraventionnelle¹⁴⁹⁷ et correctionnelle depuis la loi Perben II du 9 mars 2004¹⁴⁹⁸ qui a notamment modifié l'article 411 du Code de procédure pénale en permettant au prévenu, quelle que soit la peine encourue, de demander à être jugé en son absence en étant représenté par un avocat. Pour admettre le mécanisme de la représentation, il faut donc selon les textes, une autorisation *a priori* du président du tribunal, autorisation préalable qui devrait théoriquement conduire à préserver le devoir de présence du suspect. Pourtant, le domaine de la représentation est plus large qu'il n'y paraît. En effet, en raison de la nécessité de garantir les droits de la défense, au premier rang desquels se trouve le droit à l'assistance d'un avocat, les textes prévoient également que si l'avocat d'un prévenu absent se présente, il doit être entendu « *même hors le cas prévu par l'article 411* »¹⁴⁹⁹. La question se posait donc de savoir si cette intervention de l'avocat entraînait *de facto* l'admission de la représentation du prévenu. A la lecture des textes, le doute était permis dans la mesure où cette disposition se trouve non pas dans l'article 411 du Code de procédure pénale mais en son article 410, ce qui permettait une lecture autonome de ces deux articles, afin de distinguer les effets de l'intervention de l'avocat dans ces deux situations. Dans l'hypothèse prévue par l'article 411, il s'agit bien d'une représentation par l'avocat, laquelle conduit à qualifier le jugement rendu de jugement contradictoire¹⁵⁰⁰. En

¹⁴⁹² V. *supra* n° 82 et s. .

¹⁴⁹³ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, préc., n° 505.

¹⁴⁹⁴ Si l'on raisonne sur le même objet, il est en effet difficile d'admettre que l'on puisse avoir un devoir et en même temps un droit de se dérober à l'exécution de ce devoir. Néanmoins pour une articulation du devoir de présence et du droit de présence en raison de la différence d'objet de ces situations, v. *infra* n° 426.

¹⁴⁹⁵ Et seulement du prévenu puisque la représentation est toujours exclue de la procédure criminelle. Pour plus de développements.

¹⁴⁹⁶ Art. 544 al. 2 C. proc. pén.

¹⁴⁹⁷ Pour les contraventions punies de peines autres que l'amende pénale, l'article 544 al. 1^{er} du Code de procédure pénale renvoie en effet aux dispositions régissant l'audience devant le tribunal correctionnel prévues par les articles 410 à 415 du même code.

¹⁴⁹⁸ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

¹⁴⁹⁹ Art. 410 C. proc. pén.

¹⁵⁰⁰ Sur cette notion, v. *supra* n° 132.

revanche, si l'avocat est entendu en vertu de l'article 410 alors que l'autorisation d'être représenté n'a pas été accordée au prévenu, il y a simplement assistance et le jugement serait contradictoire à signifier, comme le prévoit l'article 410 dans son second alinéa¹⁵⁰¹. Cette interprétation aurait eu le mérite de préserver la nécessité d'obtenir une autorisation du président du tribunal pour bénéficier d'une représentation juridiquement efficace. C'est pourtant à une interprétation intermédiaire que se livre la Cour de cassation. Elle admet en effet que la lettre adressée au président pour solliciter l'autorisation de se faire représenter n'est pas une condition de l'admission de la représentation¹⁵⁰² et que le dépôt de conclusions écrites par l'avocat du prévenu absent fait présumer l'existence d'un mandat de représentation, entraînant ainsi la qualification de jugement contradictoire¹⁵⁰³. Ce faisant, la Cour de cassation invite à distinguer trois situations : soit le prévenu est régulièrement représenté en vertu de l'article 411 du Code de procédure pénale et le jugement rendu à son égard sera contradictoire ; soit le prévenu n'a pas obtenu l'autorisation de se faire représenter mais son avocat, présent à l'audience, dépose des conclusions écrites, lesquelles valent mandat de représentation et emportent ainsi le caractère contradictoire du jugement ; soit enfin le prévenu n'a pas obtenu l'autorisation de se faire représenter et son avocat présent à l'audience se contente d'intervenir oralement et le jugement ainsi rendu sera contradictoire à signifier, cette intervention orale ne valant pas représentation. Il est cependant regrettable que la distinction entre les jugements contradictoires et contradictoires à signifier repose ici sur une question de fait et dépende entièrement de l'attitude de l'avocat, qui déposera ou non des conclusions écrites, alors que cette qualification du jugement peut entraîner des conséquences lourdes pour le prévenu en termes d'exercice des voies de recours¹⁵⁰⁴.

Quoi qu'il en soit, alors même que le législateur reste visiblement attaché à la règle qui impose par principe un devoir de présence au prévenu, l'admission de plus en plus fréquente d'hypothèses de représentation conduit à faire reculer le devoir de présence du prévenu.

Ce recul du devoir de présence du mis en cause est d'autant plus palpable qu'il est accentué par celui de ses sanctions.

¹⁵⁰¹ En ce sens, v. R. FILNIEZ, « L'intervention de l'avocat devant la juridiction correctionnelle en l'absence du prévenu- Incidence sur la qualification de la décision rendue », *RSC* 2007, p. 322, note sous Cass. crim., 12 déc. 2006, n° 05-86.214 : *Bull. crim.* n° 310.

¹⁵⁰² Cass. crim., 18 mars 2015, n° 14-82.294.

¹⁵⁰³ Cass. crim., 12 déc. 2006, n° 05-86.214 : *Bull. crim.* n° 310 ; *D.* 2007, p. 445, obs. C. GIRAULT ; *AJ Pénal* 2007, p. 139, obs. C. GIRAULT ; *RSC* 2007, p. 322, note R. FILNIEZ. V. également Cass. crim., 14 oct. 2008, n° 08-81.617 : *Bull. crim.* n° 207 ; *AJ Pénal* 2009, p. 185, obs. L. ASCENSI ; *RSC* 2009, p. 411, obs. R. FILNIEZ.

¹⁵⁰⁴ Selon l'article 498 du Code de procédure pénale, le délai d'appel contre un jugement contradictoire court à compter du prononcé du jugement tandis que le délai d'appel contre un jugement contradictoire à signifier ne court qu'à compter de la signification de celui-ci.

2- Le recul progressif des sanctions du devoir de présence

372. Dualité des sanctions : exécution forcée et sanctions de l'inexécution – Initialement, le devoir de présence était sanctionné à la fois par des possibilités d'exécution forcée destinées à s'assurer de la présence du mis en cause et plus largement à s'assurer de sa personne et par des sanctions de type procédural propres à l'inexécution du devoir de présence. Cependant, ces sanctions ont majoritairement été déclarées trop attentatoires aux droits de la défense par la jurisprudence. Pour cette raison, si aujourd'hui l'exécution forcée reste possible (a), les sanctions de l'inexécution du devoir ont pour leur part disparu ou à tout le moins ont fortement décliné (b).

a- L'exécution forcée du devoir de présence du mis en cause

373. Domaine de l'exécution forcée du devoir de présence du mis en cause – L'exécution forcée du devoir de présence du mis en cause possède un champ d'application relativement large puisqu'elle concerne à la fois tous les stades de la procédure et toutes les catégories d'infraction.

374. Exécution forcée à tous les stades de la procédure pénale – D'abord, le recours à l'exécution forcée du devoir de présence est possible à tous les stades de la procédure. Ainsi, des possibilités de recourir à la force publique sont prévues au stade de l'enquête, qu'il s'agisse d'une enquête préliminaire¹⁵⁰⁵ ou de flagrance¹⁵⁰⁶. Cette possibilité est également prévue au stade de l'instruction grâce à la faculté de délivrer des mandats octroyée aux juridictions d'instruction¹⁵⁰⁷. Elle l'est enfin au stade du jugement, puisque l'organisation des débats au cours de l'instruction définitive prévoit la faculté pour le président de la cour d'assises¹⁵⁰⁸ ou pour le tribunal correctionnel¹⁵⁰⁹ de recourir à la force publique pour contraindre le suspect – ici accusé ou prévenu – à comparaître.

375. Exécution forcée susceptible de concerner toutes les infractions – Ensuite, le recours à l'exécution forcée est susceptible de concerner chaque catégorie d'infraction. En effet, si la question ne pose guère de difficultés en matière correctionnelle et criminelle, il apparaît *in fine* que l'exécution forcée du devoir de présence est parfois également possible en

¹⁵⁰⁵ Art. 78 C. proc. pén.

¹⁵⁰⁶ Art. 61 C. proc. pén.

¹⁵⁰⁷ Art. 122 C. proc. pén.

¹⁵⁰⁸ Art. 272-2 C. proc. pén. relatif à la comparution forcée pour l'interrogatoire préparatoire de l'accusé avant l'ouverture des débats. Art. 320 C. proc. pén. relatif à la comparution forcée pour les débats devant la Cour d'assises.

¹⁵⁰⁹ Art. 410-1 C. proc. pén.

matière contraventionnelle. Ainsi, si dans le cadre de l'enquête, l'exécution forcée du devoir de présence du suspect n'est possible qu'à l'égard des crimes et des délits sur le fondement de l'article 61 alinéa 3 du Code de procédure pénale¹⁵¹⁰, il est toutefois possible d'avoir recours à l'exécution forcée en matière contraventionnelle sur le fondement de l'article 78 du Code de procédure pénale, quand bien même aucune peine privative de liberté n'est encourue. En effet, le Conseil constitutionnel avait, dans une décision rendue sur question prioritaire de constitutionnalité, considéré comme conforme à la Constitution et en particulier aux droits de la défense l'article 78 en ce qu'il permettait le recours à la force publique pour faire comparaître tant les témoins que les suspects, y compris les personnes suspectées d'avoir commis des infractions pour lesquelles un placement en garde à vue n'était pas envisageable¹⁵¹¹. Ce faisant, le Conseil constitutionnel validait la possibilité de recourir à l'exécution forcée du devoir de présence également à l'égard des contraventions et des délits non punis d'emprisonnement. Cette interprétation du Conseil constitutionnel doit d'ailleurs être reconduite à l'égard de l'article 78 du Code de procédure pénale nouvellement réécrit par la loi du 27 mai 2014¹⁵¹², puisque sa réécriture crée un renvoi à l'article 62 du Code de procédure pénale, ce qui modifie seulement les modalités d'audition des personnes contraintes à comparaître par la force publique. C'est d'ailleurs en utilisant le même raisonnement que l'on peut déduire qu'en matière contraventionnelle, l'exercice de la contrainte pour forcer à l'exécution du devoir de présence du mis en cause est également possible au stade de l'instruction¹⁵¹³. Là encore, la question de l'application des textes règlementant les différents mandats susceptibles de mettre en œuvre l'exécution forcée du devoir de présence à la matière contraventionnelle se pose. Elle se pose avec d'autant plus d'acuité qu'alors que le Code d'instruction criminelle excluait explicitement la matière contraventionnelle du champ d'application des différents mandats¹⁵¹⁴, le Code de procédure pénale de 1958 ne reprend pas cette exclusion. Le législateur a donc laissé entière la question de l'application de ces mandats à la matière contraventionnelle. Il est néanmoins possible de fournir une réponse à cette question en s'appuyant sur une décision relativement récente du Conseil constitutionnel

¹⁵¹⁰ L'article 61 du Code de procédure pénale figure en effet parmi les dispositions relatives à l'enquête de flagrance, dont le domaine ne s'étend pas aux contraventions (art. 53 C. proc. pén.).

¹⁵¹¹ Cons. const., 18 juin 2012, n° 2012-257 QPC : *Gaz. Pal.* 10 juil. 2012, p. 17, comm. O. BACHELET ; *AJ Pénal* 2012, p. 602, obs. J.-B. PERRIER ; *Constitutions* 2012, p. 442, chron. A. DARSONVILLE ; *RSC* 2013, p. 441, obs. B. DE LAMY.

¹⁵¹² Loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales.

¹⁵¹³ Même si en pratique, l'instruction est rarissime en la matière.

¹⁵¹⁴ Art. 91 Code de l'instruction criminelle : « *En matière criminelle ou correctionnelle, le juge d'instruction pourra ne décerner qu'un mandat de comparution, sauf à convertir ce mandat, après l'interrogatoire, en tel autre mandat qu'il appartiendra* ».

Si l'inculpé fait défaut, le juge d'instruction décernera contre lui un mandat d'amener ».

portant sur l'exécution du mandat d'arrêt et d'amener¹⁵¹⁵. Bien que la question prioritaire de constitutionnalité soulevée devant le Conseil ne fût pas directement relative à l'application des mandats en matière contraventionnelle, il est toutefois possible d'en tirer certaines conclusions. La difficulté élevée devant le Conseil constitutionnel concernait la constitutionnalité du délai de transfèrement des suspects interpellés en vertu d'un mandat d'arrêt ou d'amener prévu par l'article 130 du Code de procédure pénale. Si le Conseil constitutionnel a jugé ce délai de transfèrement conforme à la Constitution compte tenu du fait que la mesure de privation de liberté était exécutée sous le contrôle du juge d'instruction, il en a néanmoins profité pour émettre une réserve d'interprétation en relevant que ce délai ne pouvait pas être appliqué au cas d'une personne qui n'est pas soupçonnée d'avoir commis une infraction punie d'une peine privative de liberté¹⁵¹⁶. Il est donc possible d'en déduire *a contrario* que si le Conseil constitutionnel juge inconstitutionnelle la seule privation de liberté consécutive à l'exécution du mandat, l'exécution du mandat d'amener lui-même, c'est-à-dire le recours à la force publique pour contraindre la personne à se présenter devant le juge d'instruction mandant, est quant à elle envisageable. En revanche, il est notable que l'exécution forcée du devoir de présence du mis en cause ne peut pas exister devant le tribunal de police, alors qu'elle est rendue possible devant les juridictions de jugement compétentes en matière criminelle et correctionnelle¹⁵¹⁷.

376. Conditions de l'exécution forcée : l'information préalable du mis en cause –

Si l'exécution forcée recouvre un domaine assez large, elle n'en est pas moins conditionnée à l'information préalable du suspect. En réalité, cette information n'est pas systématique. En raison des conséquences du recours à l'exécution forcée du devoir de présence, qui entraîne nécessairement une privation de liberté, même de courte durée, le principe est l'information préalable du suspect, sous forme de convocation à comparaître¹⁵¹⁸, voire de citation en bonne et due forme¹⁵¹⁹. Cette information est destinée à restreindre aux cas strictement nécessaires le recours à la force publique qui est attentatoire aux libertés et qui représente un coût économique pour l'Etat¹⁵²⁰. Néanmoins, il existe des exceptions à cette exigence d'information préalable qui résultent de la nécessité, en la matière, d'assurer un équilibre entre les libertés individuelles et la recherche des auteurs d'infraction, nécessaire à la sauvegarde de l'ordre

¹⁵¹⁵ Cons. const., 24 juin 2011, n° 2011-133 QPC : *Gaz. Pal.* 11 oct. 2011, p. 10, comm. A. BOTTIN ; *Procédures* 2011, comm. 276, comm. A.-S. CHAVENT-LECLERE ; *AJ Pénal* 2011, p. 602, note J.-B. PERRIER.

¹⁵¹⁶ La question ne se posait en réalité qu'à l'égard du mandat d'amener puisque les textes limitent le domaine du mandat d'arrêt aux personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction punie d'un emprisonnement correctionnel ou d'une peine plus grave (art. 131 C. proc. pén.).

¹⁵¹⁷ V. art. 272-1, 319 et 320, et 410-1 C. proc. pén.

¹⁵¹⁸ Comme c'est le cas dans le cadre de l'enquête : art. 61 et 78 C. proc. pén. ; ou dans le cadre de l'interrogatoire préalable à l'ouverture des débats d'assises devant le président : art. 239 C. proc. pén.

¹⁵¹⁹ Comme c'est le cas devant les juridictions de jugement : art. 239, 319, et 410-1 C. proc. pén.

¹⁵²⁰ Sur le coût économique du recours à la force publique, v. *supra* n° 238.

public. Pour cette raison, le législateur permet parfois de faire l'économie de l'information préalable au suspect. C'est ainsi le cas de manière évidente à l'égard du suspect dans le cadre de l'enquête puisque les articles 61 et 78 du Code de procédure pénale prévoient tous deux que le recours à la force publique peut être employé afin de faire comparaître « *les personnes [...] dont on peut craindre qu'elles ne répondent pas à une [telle] convocation* ». C'est qu'en effet, au stade de l'enquête, la recherche de l'auteur des infractions et plus largement de la vérité est le premier objectif, et ce, d'autant plus qu'aujourd'hui, le centre de gravité de la procédure pénale se place selon certains auteurs à ce stade procédural¹⁵²¹. La question de l'exigence d'une information du suspect préalable au recours à la force publique suscite en revanche plus de doutes au stade de l'instruction. En effet, si l'on considère que l'exécution forcée du devoir de présence est mise en œuvre par le recours aux mandats délivrés par le juge d'instruction¹⁵²², l'exigence d'une information préalable reviendrait à imposer une information préalable à l'exécution du mandat. Or, la seule information prévue par les textes est la notification au suspect de l'exécution du mandat lui-même. Ainsi, les mandats d'amener ou d'arrêt sont notifiés au suspect par un officier ou agent de la police judiciaire ou par un agent de la force publique. Mais, dans pareille circonstance, il est douteux que l'information porte sur le devoir de présence ou sur l'existence du mandat. Elle viserait plutôt, dans le cadre de la protection du droit à l'information du suspect¹⁵²³, à l'informer des raisons du recours à la force publique¹⁵²⁴. Cette analyse ne permet cependant pas de conclure à l'absence d'information préalable dans le cadre de l'exécution forcée du devoir de présence au stade de l'instruction. En effet, il apparaît en réalité que les mandats sont utilisés par le juge d'instruction de manière progressive. Puisque la contrainte ne doit être utilisée que lorsqu'elle est nécessaire¹⁵²⁵, le juge d'instruction s'emploie à recourir au mandat le moins contraignant possible dans la situation qui lui est soumise. Ainsi, le mandat de comparution est généralement décerné à l'encontre des personnes qui ne défèrent pas à une convocation simple du juge d'instruction et le refus de comparaître en vertu d'un mandat de comparution pourra conduire le juge à délivrer un mandat d'amener ou d'arrêt si la personne est en fuite¹⁵²⁶. En définitive, le recours à

¹⁵²¹ En ce sens, v. notamment F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, préc., n° 1527.

¹⁵²² V. *infra* n° 377.

¹⁵²³ Lequel droit fait l'objet d'une protection croissante. V. par ex. la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales.

¹⁵²⁴ Les mandats doivent en effet comporter la mention des faits imputés à la personne, leur qualification juridique, ainsi que les articles de loi applicables : art. 123 C. proc. pén.

¹⁵²⁵ Et ce en vertu de la présomption d'innocence. L'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen dispose en effet que « *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi* ».

¹⁵²⁶ En ce sens, v. S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, préc., n° 1828 ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, préc., n°s 726 et 729 ; M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, préc., n° 507.

l'exécution forcée est en pratique précédé d'une information du suspect résultant des différentes convocations qu'il aura reçues.

377. Forme de l'exécution forcée – Une fois l'information reçue et le défaut d'exécution spontanée du devoir de présence constaté, le recours à la force publique est mis en œuvre par différents moyens procéduraux. La forme que revêt l'exécution forcée du devoir de présence diffère selon le stade de la procédure. Au stade de l'enquête, il s'agit d'un ordre de comparution délivré par le procureur de la République qui constitue un titre en vertu duquel l'officier de police judiciaire pourra recourir à la contrainte à l'égard du suspect¹⁵²⁷. La question se pose de savoir si le mandat de recherche qui peut être délivré par le procureur de la République à l'encontre d'une personne soupçonnée d'avoir commis ou tenté de commettre un crime ou délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement¹⁵²⁸ s'apparente à une modalité de l'exécution forcée du devoir de présence. Il semble que ce ne soit pas le cas dans la mesure où la finalité du mandat de recherche n'est pas la comparution de la personne recherchée mais le placement en garde à vue¹⁵²⁹, y compris d'ailleurs lorsqu'il est délivré au stade de l'instruction. En revanche, à ce stade, les trois mandats que sont le mandat de comparution, le mandat d'amener et le mandat d'arrêt ont tous pour finalité la présence du suspect. Cela étant, le mandat de comparution, en raison de l'absence de force coercitive qui le caractérise – il n'est que la mise en demeure du suspect de se présenter devant le juge à la date indiquée par le mandat¹⁵³⁰ – ne peut s'apparenter à une exécution forcée. Seuls les mandats d'amener et d'arrêt sont coercitifs¹⁵³¹, la différence entre ces deux mandats tenant principalement à la connaissance qu'ont les autorités de la localisation géographique du suspect – le mandat d'arrêt ne peut en effet être décerné qu'à l'égard des personnes en fuite ou domiciliées à l'étranger¹⁵³². Bien que ce dernier mandat implique également la détention du suspect, il peut tout de même être analysé comme une modalité d'exécution forcée du devoir de présence du suspect puisqu'il est décerné à l'encontre de personnes en fuite – qui n'ont donc pas comparu – et que le suspect ainsi interpellé est immédiatement présenté au juge d'instruction pour qu'il soit procédé à son interrogatoire¹⁵³³. C'est la forme de ces mêmes mandats que prend l'exécution forcée du devoir de présence au stade du jugement. Ainsi, les articles 410-1 du Code de procédure pénale (relatif à la procédure devant le tribunal correctionnel) et 272-1 du

¹⁵²⁷ V. S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, préc., n° 993.

¹⁵²⁸ Art. 70 et 77-4 C. proc. pén.

¹⁵²⁹ Art. 122 al. 2 C. proc. pén.

¹⁵³⁰ Art. 122 C. proc. pén.

¹⁵³¹ Ainsi que le mandat de dépôt mais celui-ci n'a pas pour finalité d'assurer la présence du suspect devant le juge d'instruction.

¹⁵³² Art. 131 C. proc. pén. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs récemment confirmé la constitutionnalité de la disposition permettant de décerner mandat d'arrêt à l'encontre d'une personne résidant à l'étranger, même si celle-ci n'était pas manifestement en fuite : Cons. const., 27 février 2015, n° 2014-452 QPC.

¹⁵³³ Art. 133. C. proc. pén.

même code (relatif à la comparution forcée de l'accusé dans le cadre de l'interrogatoire préalable à l'ouverture des débats en cour d'assises) mentionnent expressément la possibilité de délivrer mandat d'amener ou d'arrêt à l'encontre du suspect. S'agissant de l'exécution forcée du devoir de présence de l'accusé au cours des débats devant la cour d'assises, les textes ne visent pas explicitement le mandat d'arrêt ni d'amener, mais prévoient que le président de la Cour d'assises peut ordonner que l'accusé soit amené par la force devant la Cour, ce qui s'analyse en un mandat d'amener.

378. Garantie de l'exécution forcée – En outre, le droit positif prévoit, pour s'assurer de la présence de la personne mise en examen à l'audience, qu'une mesure de détention provisoire puisse être prononcée à son encontre. En effet, l'article 144 du Code de procédure pénale vise, parmi les motifs susceptibles de justifier le placement en détention provisoire, la nécessité de « *garantir le maintien de la personne mise en examen à la disposition de la justice* »¹⁵³⁴. A ce titre, cette mesure permet bien de garantir, à titre préventif, la possibilité de recourir à une exécution forcée du devoir de présence.

En définitive, il existe encore à l'égard du suspect des possibilités éparses de mettre en œuvre une exécution forcée du devoir de présence, signe du vif intérêt que le législateur y attache. Pourtant, en raison de la confrontation qui peut exister entre le devoir de présence du suspect et les droits de la défense, les sanctions de l'inexécution sont quant à elles en déclin, ce qui conduit à affaiblir le devoir de présence des mis en cause.

b- Les sanctions déclinantes de l'inexécution du devoir de présence des mis en cause

379. Double mouvement de recul des sanctions – Si le devoir de présence du mis en cause n'est pas honoré, y compris par le mécanisme de l'exécution forcée, il devient de plus en plus difficile de sanctionner cette absence. Les sanctions du devoir de présence marquent en effet à l'heure actuelle un net recul, dû à deux facteurs. Le premier de ces facteurs tient à la restriction progressive du champ d'application des sanctions de l'inexécution du devoir de présence, qui se cristallise autour de la notion de personne en fuite (α). Le second facteur tient pour sa part à la disparition progressive mais visiblement inexorable des sanctions elles-mêmes (β).

¹⁵³⁴ Art. 144 2° C. proc. pén.

α- La restriction progressive du champ d'application des sanctions

380. Evolution lente de la jurisprudence interne sur la notion de personne en fuite – Le premier signe du mouvement de recul désormais bien ancré des sanctions procédurales de l'inexécution du devoir de présence du suspect tient à la réduction progressive du champ d'application de ses sanctions. En effet, la question se pose de savoir s'il faut sanctionner tous les suspects qui se dérobent à leur devoir de présence ou bien seulement ceux qui se dérobent volontairement à ce devoir, espérant ainsi se soustraire à la justice. Sur ce point, à première vue, la jurisprudence ne semble pas encore fixée et se livre, au lieu d'un « dialogue des juges », à un dialogue de sourds. Ainsi, la Cour de cassation persiste à considérer que le prévenu absent n'est pas une partie au sens de l'article 385 du Code de procédure pénale et doit être déclaré irrecevable à formuler une requête en annulation des pièces de la procédure devant le tribunal correctionnel, quand bien même l'ordonnance de renvoi ne lui aurait pas été notifiée en application de l'article 175 du Code de procédure pénale. Cette jurisprudence, relativement bien établie¹⁵³⁵, a pourtant été condamnée par la Cour de Strasbourg qui, dans un arrêt *Abdelali contre France*¹⁵³⁶, a considéré que l'irrecevabilité de l'exception de nullité opposée au requérant était disproportionnée dans la mesure où rien ne permettait d'établir que le prévenu s'était délibérément soustrait à la justice et qu'il était véritablement en fuite. La Cour de cassation ne semble pour l'heure pas avoir pris la mesure de cette condamnation et oppose encore une résistance à la jurisprudence européenne et à sa conception stricte de la notion de personne en fuite. Avant même que la Cour européenne des droits de l'Homme ne se prononce, la Cour de cassation n'avait pas jugé utile de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant précisément sur cette question¹⁵³⁷. Ignorer la question ne suffit cependant pas à la faire disparaître et c'est ainsi qu'alors que la décision de la Cour européenne des droits de l'Homme était devenue définitive, la question a été à nouveau posée à la Cour de cassation. Celle-ci a alors rendu deux arrêts le 16 janvier 2013¹⁵³⁸. La première affaire, dans laquelle le prévenu qui soulevait les exceptions de nullité avait fait l'objet, au cours de l'instruction, d'un mandat d'arrêt auquel il s'était dérobé, conduit la Cour à déclarer ces exceptions de nullité irrecevables aux motifs qu'étant informé de l'existence d'un mandat d'arrêt à son encontre, le prévenu avait connaissance des poursuites engagées contre lui et s'y était volontairement

¹⁵³⁵ Cass. crim., 3 avr. 2007 : *Bull. crim.* 2007, n° 103 ; *AJ Pénal* 2007, p. 428, obs. J. LEBLOIS-HAPPE ; *RSC* 2007, p. 834, obs. R. FINIELZ ; *D.* 2008, p. 2757, obs. J. PRADEL ; *Just. et cass.* 2008, p. 249, note P. MATHONNET ; Cass. crim., 5 nov. 2008, n° 08-82.540 ; Cass. crim. 9 sept. 2009, n° 08-85.852 ; Cass. crim., 19 jan. 2010 : *Bull. crim.* 2010, n° 9 ; Cass. crim. 12 janv. 2011, n° 09-80.478 ; Cass. crim., 12 avr. 2012, n° 11-83.606.

¹⁵³⁶ CEDH, 11 oct. 2012, *Abdelali c. France*, req. n° 43353/07 : *RSC* 2013, p. 117, note J. DANET ; *RSC* 2013, p. 155, obs. D. ROETS.

¹⁵³⁷ Cass. crim., 4 janv. 2012, n° 10-85.692.

¹⁵³⁸ Cass. crim., 16 janv. 2013, n° 12-81.199 et n° 11-83.689 : *Procédures* 2013, comm. 118, note A. S. CHAVENT-LECLERE ; *Lexbase Hebdo- éd. Privée* 2013, n° 522, obs. M. SANCHEZ.

soustrait¹⁵³⁹. Cette solution, qui prend en compte des éléments objectifs pour démontrer la fuite du prévenu et donc justifier l'irrecevabilité de ses prétentions, semble ainsi conforme à la jurisprudence européenne. Tel n'est cependant pas le cas de la deuxième affaire, dans laquelle la Cour déduit la fuite de la seule absence de la personne poursuivie de son domicile, faisant référence au « *prévenu qui n'ignorait pas qu'il était recherché* »¹⁵⁴⁰. Ici, il semble au contraire que la présomption de fuite retenue par la Cour de cassation est bien trop ténue et pourrait entraîner une nouvelle condamnation par la Cour européenne, permettant peut-être à terme de vaincre les résistances des juges judiciaires. L'infléchissement de la jurisprudence interne est cependant peut-être déjà en marche, la Cour de cassation semblant accorder une attention plus minutieuse à la justification du statut de personne en fuite, comme cela a été encore le cas récemment, la Cour justifiant l'irrecevabilité de l'exception de nullité par les déclarations du prévenu qui craignait son arrestation, déclarations précédant son absence à son domicile lors de la tentative d'interpellation¹⁵⁴¹.

Si la position actuelle de la Cour de cassation semble encore sévère de telle sorte qu'elle maintient l'effectivité de l'exigence de présence, il est finalement fort probable que la jurisprudence interne finisse par s'aligner sur la jurisprudence européenne pour ne réserver les sanctions procédurales de l'inexécution du devoir de présence qu'aux seuls suspects dont la fuite est avérée et prouvée grâce à des éléments objectifs¹⁵⁴², réduisant d'autant le champ d'application de ces sanctions, elles-mêmes de moins en moins nombreuses.

β- La disparition des sanctions de l'absence du mis en cause

381. Délitement des sanctions de l'inexécution du devoir de présence – Depuis le début des années 1990 et la première condamnation d'importance de la France relative à ses procédures par défaut dans l'affaire *Poitrimol*¹⁵⁴³, le régime du défaut de comparution

¹⁵³⁹ Cass. crim., 16 janv. 2013, n° 11-83.689, préc.

¹⁵⁴⁰ Cass. crim., 16 janv. 2013, n° 12-81.199, préc.

¹⁵⁴¹ Cass. crim., 17 déc. 2014, n° 13-86.102 : *D. actu* 22 janv. 2015, obs. C. FONTEIX.

¹⁵⁴² Une décision récente du Conseil constitutionnel rendue sur question prioritaire de constitutionnalité vient cependant semer le trouble, les juges de la rue de Montpensier ayant validé l'assimilation de la personne résidant à l'étranger à la personne en fuite (Cons. const., 27 fév. 2015, n° 2016-452 QPC). Cependant, cette décision du Conseil constitutionnel ne vient pas véritablement remettre en cause l'analyse pour deux raisons. D'abord, le Conseil distingue, à l'instar de l'article 131 sur lequel il devait se prononcer, la personne en fuite et la personne à l'étranger, fondant même son raisonnement sur la différence de ces deux situations qui conduit à ne pas exiger la démonstration explicite de la fuite de la personne résidant à l'étranger pour pouvoir décerner mandat d'arrêt à son encontre. Ensuite, cette question concerne l'exécution forcée du devoir de présence et non la sanction de son inexécution.

¹⁵⁴³ CEDH, 23 nov. 1993, *Poitrimol c. France*, req. n° 14032/88 : RSC 1994, p. 370, obs. R. KOERING-JOULIN ; *Dr. pén* 1994, p. 16, obs. A. MARON ; *AFDI* 1994, p. 658, obs. V. COUSSIRAT-COUSTERE ; *JDI* 1994, p. 821, obs. E. DECAUX et P. TAVERNIER ; *RUDH* 1993, p. 377, obs. F. SUDRE. A propos de cet arrêt, v. déjà *supra* n° 113.

personnelle de la personne mise en cause en matière pénale tend inexorablement vers un délitement des sanctions de l'inexécution du devoir de présence.

382. Disparition de la privation du droit à l'avocat – En premier lieu, alors que les anciennes procédures par défaut privaient la personne poursuivie qui n'exécutait pas son devoir de présence du droit d'être défendu par un avocat¹⁵⁴⁴, la Cour de cassation par son arrêt *Dentico* rendu en 2001¹⁵⁴⁵, puis le législateur par la loi Perben II ont inséré, dans la nouvelle procédure de défaut criminel comme dans la procédure par défaut suivie en matière correctionnelle, la possibilité pour l'avocat du prévenu ou de l'accusé non comparant d'être entendu s'il en fait la demande, y compris en dehors de toute hypothèse de représentation¹⁵⁴⁶. En effet, même lorsqu'il n'y a pas ou qu'il ne peut y avoir de mandat de représentation, l'avocat peut néanmoins être entendu, exerçant ainsi sa mission d'assistance. Tel est le cas particulier de la procédure de défaut criminel. Même en présence de l'avocat à l'audience, ce dernier ne représente pas son client, puisque son intervention est indifférente à la qualification du jugement, qui reste un jugement par défaut¹⁵⁴⁷. Mais, alors même que la représentation n'est pas admise, il n'en reste pas moins que l'accusé ne peut voir son absence sanctionnée par une privation du droit d'être défendu par un avocat, conformément à la jurisprudence européenne rendue sur cette question¹⁵⁴⁸.

383. Disparition de la fermeture des voies de recours – En second lieu, ce sont progressivement toutes les sanctions relevant de la fermeture des voies de recours à l'égard des suspects en fuite se dérochant ainsi à leur devoir de présence qui ont été remises en cause. Après l'ouverture du pourvoi en cassation au suspect en fuite¹⁵⁴⁹, suivie de l'admission de l'opposition formée par le représentant du prévenu absent¹⁵⁵⁰, c'est récemment le régime de

¹⁵⁴⁴ V. ainsi l'ancien article 630 du Code de procédure pénale, relatif à la procédure de contumace : « *Aucun avocat ne peut se présenter pour l'accusé contumax* », ou encore l'article 410 du même code dans sa version antérieure à la loi Perben II du 9 mars 2004, qui ne prévoyait pas l'audition de l'avocat du prévenu non comparant.

¹⁵⁴⁵ Cass. ass. pl., 2 mars 2001, *Dentico* : *D.* 2001, p. 1899, note J. PRADEL ; *Proc.* 2001, comm. 134, J. BUISSON ; *JCP G* 2001, II 10611, comm. C. LIEVREMONT. A propos de cet arrêt, v. déjà *supra* n° 124.

¹⁵⁴⁶ Sur cette question, v. *supra* n° 371.

¹⁵⁴⁷ Cette affirmation se déduit d'une lecture combinée des articles 379-2 et 379-3 du Code de procédure pénale relatifs au défaut en matière criminelle.

¹⁵⁴⁸ CEDH, 23 nov. 1993, *Poitrimol c. France*, préc. ; CEDH, 29 juil. 1998, *Omar et Guérin c. France*, req. n° 43/1997/827/1033 et n° 51/1997/835/1041 : *D.* 1998, p. 364, obs. J.-F. RENUCCI ; CEDH, 14 déc. 1999, *Khalfaoui c. France*, req. n° 34791/97 : *RSC* 2000, p. 455, comm. F. MASSIAS ; *D.* 2000, p. 180, obs. J.-F. RENUCCI ; *Procédures* 2000, comm. 41, p. 14, obs. J. BUISSON ; CEDH, 13 fév. 2001, *Krombach c. France*, req. n° 29731/96 : *D.* 2001, p. 3302, note J.-P. MARGUENAUD ; *JCP* 2001, I, 342, obs. F. SUDRE ; *RSC* 2001, p. 429, obs. F. MASSIAS ; CEDH, 16 mai 2002, *Karatas et Sari c. France*, req. n° 38396/97 : *D.* 2003, p. 2400, note C. HUGON ; CEDH, 27 avr. 2004, *Maat c. France*, req. n° 39001/97 : *AJ Pénal* 2004, p. 246, obs. J. LEBLOIS-HAPPE.

¹⁵⁴⁹ Sur cette question, v. *supra* n° 114.

¹⁵⁵⁰ Sur cette question, v. *supra* n° 115. On remarquera toutefois que si l'avocat du prévenu absent a été entendu en première instance, la voie de l'opposition est fermée, puisque le jugement rendu est alors contradictoire à

l'appel en matière criminelle qui a été modifié. En effet, jusqu'à récemment, l'article 380-11 du Code de procédure pénale disposait dans son alinéa 5 que « *la caducité de l'appel de l'accusé résulte également de la constatation, par le président de la Cour d'assises, que ce dernier a pris la fuite et n'a pas pu être retrouvé avant l'ouverture de l'audience ou au cours de son déroulement* ». En d'autres termes, l'accusé qui après avoir interjeté appel se dérobaît à son devoir de présence devant la Cour d'assises d'appel voyait son absence assimilée à un désistement, entraînant la caducité de son appel et perdant ainsi son droit de faire réexaminer l'affaire par la juridiction saisie. Cette disposition a cependant été abrogée par le Conseil constitutionnel à la faveur d'une décision rendue sur question prioritaire de constitutionnalité le 13 juin 2014¹⁵⁵¹, ce dernier considérant que cette disposition porte au droit à un recours juridictionnel effectif une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi¹⁵⁵², à savoir d'« *assurer la comparution personnelle de l'accusé en cause d'appel afin que le procès puisse être utilement conduit à son terme et qu'il soit définitivement statué sur l'accusation* »¹⁵⁵³. La Cour de cassation a d'ailleurs pris acte de cette décision en annulant dans cette même affaire et en s'appuyant sur l'abrogation de la disposition par le Conseil, l'ordonnance de caducité prononcée par le président de la Cour d'assises¹⁵⁵⁴.

En termes de privation de certaines voies de recours, il ne reste guère plus que l'irrecevabilité des exceptions de nullité soulevées devant le tribunal correctionnel par le prévenu en fuite qui forme opposition mais le champ d'application de cette sanction s'étirole également sous la pression de la jurisprudence européenne¹⁵⁵⁵.

384. Survivance de rares sanctions ? – Une dernière sanction semble encore possible à mettre en œuvre, qui est l'irrecevabilité des conclusions écrites déposées par le prévenu qui ne comparaît pas, admise depuis un revirement de jurisprudence opéré par la Cour de cassation en 2011¹⁵⁵⁶. Mais à y regarder de plus près, il n'est pas certain qu'il soit possible d'y voir une sanction de l'inexécution du devoir de présence du prévenu puisque, précisément, la justification de ce revirement de jurisprudence se trouve dans l'assouplissement des

signifier : art. 412 C. proc. pén. Cette solution est d'ailleurs conforme au droit européen des droits de l'Homme : v. ainsi sur des questions similaires CEDH, 14 juin 2001, *Medenica c. Suisse*, req. n° 20491/92.

¹⁵⁵¹ Cons. const., 13 juin 2014, n° 2014-403 QPC, préc.

¹⁵⁵² Cons. const., 13 juin 2014, préc., cons. 6.

¹⁵⁵³ Cons. const., 13 juin 2014, préc., cons. 5.

¹⁵⁵⁴ Cass. crim., 13 nov. 2014, n° 13-86.326.

¹⁵⁵⁵ V. *supra* n° 380.

¹⁵⁵⁶ Cass. crim., 16 juin 2011, n° 10-87.568 : *D.* 2011, p. 2231, obs. J. PRADEL ; *D.* 2012, p. 171, chron. C. ROTH, A. LEPRIEUR et M.-L. DIVIALLE ; *RSC* 2011, p. 869, comm. X. SELVAT ; *RSC* 2011, p. 664, obs. J. DANET. Confirmé par Cass. crim., 13 septembre 2011, n° 11-81.093 : *Bull. crim.* 2011, n° 177 ; Cass. crim., 22 nov. 2011, n° 11-82.826 : *Bull. crim.* 2011, n° 236.

conditions du droit d'être entendu du prévenu absent¹⁵⁵⁷. En effet, si la recevabilité de conclusions écrites du prévenu absent se concevait lorsque son avocat n'était pas entendu par la juridiction de jugement, ces conclusions lui permettant de présenter néanmoins ses arguments afin de préserver le caractère contradictoire de la procédure, l'argument est moins pertinent dès lors que le législateur permet à l'avocat d'être entendu. C'est d'ailleurs sur cet argument que la Cour de cassation fonde son raisonnement, puisqu'elle affirme que le prévenu ne saurait se faire un grief du défaut de réponse à ses conclusions écrites, faute pour lui d'avoir comparu personnellement ou de s'être fait représenter. De cette argumentation, il peut être déduit qu'il ne s'agit pas ici de sanctionner l'inexécution du devoir de présence, puisqu'il était possible d'échapper à cette sanction en ayant recours au mécanisme de la représentation.

A l'heure actuelle, les sanctions de l'inexécution du devoir de présence du mis en cause en matière pénale sont donc de moins en moins efficaces. Seule l'exécution forcée semble encore possible, de telle sorte que la qualification théorique de devoir apparaît quelque peu affaiblie. Le régime du devoir de présence du mis en cause en matière pénale démontre alors que, si un tel devoir persiste dans les vœux du législateur, comme en témoignent des dispositions générales qui font de la présence du mis en cause le principe en la matière, la multiplication des exceptions combinée à l'atténuation des sanctions – par ailleurs non contestable en soi, puisqu'elle découle d'une plus grande protection des droits processuels – entraîne un affaiblissement de l'effectivité de celui-ci. Cette faiblesse du devoir de présence du suspect en matière pénale rapproche d'ailleurs ce dernier des charges de présence qui pèsent sur les parties dans d'autres matières : l'étude de ces situations conduit en effet au constat que les charges de présence pesant sur les parties non mises en cause dans une procédure pénale souffrent également d'une certaine faiblesse normative.

§2 : La faiblesse des charges de présence pesant sur les parties non mises en cause

385. Existence minoritaire de charges de présence effectives – Immédiatement, le champ de l'étude des charges pesant sur les parties autres que le mis en cause en matière pénale doit être délimité. A ce titre, il importe de remarquer que lorsque le législateur semble faire de la présence des parties une règle de principe, tout en rendant possible leur représentation sans en tirer de conséquences, il ne peut s'agir d'une charge d'une quelconque sorte, puisqu'en réalité, rien n'est véritablement imposé aux parties. Ainsi, chaque fois que les textes ne disposent pas que les parties doivent comparaître en personne mais seulement que *« les parties se défendent elles-mêmes [et qu'] elles ont la faculté de se faire assister ou*

¹⁵⁵⁷ En ce sens v. J. DANET, « Toutes les écritures ne valent plus conclusions », *RSC* 2011, p. 664, obs. sous Cass. crim., 16 juin 2011, préc.

représenter »¹⁵⁵⁸, il n'y a pas de véritable charge de présence. En revanche, il est loisible de voir dans certaines situations juridiques processuelles un mécanisme de charge qui impose aux parties leur présence. Il en va ainsi par exemple des charges de présence dans les phases de conciliation, et ce, particulièrement dans les procédures orales¹⁵⁵⁹, de la comparution personnelle des parties ordonnée au titre des mesures d'instruction au stade de la mise en état en matière civile, de l'obligation de présence propre à certains contentieux disciplinaires lors de la phase décisive ou encore, de façon très spécifique, du devoir de présence pesant parfois sur le ministère public. Pourtant, à l'exception du cas très particulier du devoir de présence du ministère public, ces situations juridiques imposant théoriquement la présence des parties sont relativement peu effectives. En effet, la plupart d'entre elles sont illusoires en ce qu'elles sont bien trop peu effectives (A), de telle sorte que les véritables charges de présence dotées d'une effectivité juridique restent rares (B).

A- Les charges de présence illusoires

386. Existence de charges de présence illusoires – Certaines situations juridiques de présence qui imposent *a priori* ce mode de comparution aux parties peuvent être qualifiées, en raison du caractère minime, voire minimaliste, des sanctions qui y sont attachées, de charges de présence fictives ou illusoires. Plusieurs illustrations de ce phénomène peuvent ainsi être proposées. La première tient au défaut d'effectivité de la charge imposée de façon générale dans les phases de conciliation en matière civile (1). Outre cette ineffectivité qui est généralisée à l'ensemble des phases de conciliation, l'existence de charges de présence illusoires s'illustre également en matière de jugement dans certains contentieux spécifiques (2).

1- Les charges de présence illusoires dans les phases de conciliation

387. Qualification de la charge de présence au stade de la conciliation : une incombance – Parfois, le législateur impose aux parties de manière plus ou moins explicite d'être personnellement présentes dans les phases de conciliation. Ainsi et à titre d'exemple, s'agissant de la procédure suivie lors de la tentative de conciliation devant le tribunal paritaire des baux ruraux, alors que le décret du 1^{er} octobre 2010 a introduit la possibilité de recourir à

¹⁵⁵⁸ V. ainsi à titre d'exemple l'article 827 du Code de procédure civile relatif aux modalités de comparution devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité ; l'article 853 du même code relatif aux modalités de comparution devant le tribunal de commerce ; l'article R. 143-26 du Code de la sécurité sociale relatif aux modalités de comparution devant la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification des accidents du travail (depuis le décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale). Il s'agit là également de la nouvelle formulation de l'article R. 1453-1 du Code du travail depuis le décret n° 2016-660 du 20 mai 2016.

¹⁵⁵⁹ Comme ce peut-être le cas devant le tribunal d'instance : v. *infra* n° 170 et s.

la représentation devant cette juridiction, l'article 883 du Code de procédure civile fait néanmoins perdurer l'obligation de présence pesant sur les parties en disposant que « *lors de la tentative préalable de conciliation, elles sont tenues de comparaître en personne, sauf à se faire représenter en cas de motif légitime* ». Egalement, devant le tribunal d'instance, quelle que soit la personne qui mène la conciliation – juge ou conciliateur de justice auquel cette mission a été déléguée – le législateur n'envisage cette étape de la procédure qu'avec la présence des parties, puisque seule l'assistance de ces dernières et non leur représentation est envisagée¹⁵⁶⁰. Dans toutes ces situations juridiques, l'intérêt principal poursuivi par le législateur est celui des parties elles-mêmes, puisqu'il est dans leur intérêt de parvenir à une solution négociée à laquelle elles prennent part. Leur présence leur est donc imposée si elles souhaitent bénéficier de la procédure de conciliation, de telle sorte que cette obligation de présence peut être qualifiée d'incombance.

388. Ineffectivité des charges de présence en matière de conciliation – Pourtant, si ces dispositions, en raison de l'absence de choix qui est offert au plaideur quant aux modalités de sa comparution, font *a priori* peser sur lui une incombance de présence, l'effectivité de cette charge est assez douteuse. Il est vrai que si les parties ne se présentent pas, elles perdent le bénéfice de la phase de conciliation, et ce, y compris si elles étaient régulièrement représentées à l'audience¹⁵⁶¹. On peut cependant douter du caractère sanctionnateur de cette conséquence de l'absence des parties. Partant du principe qu'une conciliation n'est réussie que si les parties se présentent car cela démontre leur investissement dans cette phase de conciliation et plus simplement leur volonté de chercher une solution conciliée¹⁵⁶², une partie qui ne se présente pas au jour de la tentative de conciliation montre ainsi *de facto* son désintérêt pour cette phase de la procédure. Est-ce une véritable sanction que de priver une personne d'un bénéfice dont elle-même a délibérément souhaité se priver ? Rien n'est moins sûr¹⁵⁶³. En outre, aucune sanction procédurale plus sévère n'est envisageable sous peine de priver la partie de façon démesurée de son droit d'accès au juge. La seule conséquence dommageable de l'absence des parties est ici l'attente d'une prochaine audience pour mettre l'affaire en jugement mais cette conséquence est subie par les deux parties et peut-être même plus encore par la partie présente qui entendait pouvoir tirer bénéfice de la phase de conciliation, de telle sorte que la charge de présence est ici à la fois ineffective et inefficace.

¹⁵⁶⁰ V. ainsi article 832-1 al. 1 et 834 al. 3 C. proc. civ.

¹⁵⁶¹ Ainsi en a-t-il été jugé s'agissant de la procédure suivie devant le tribunal paritaire des baux ruraux : Cass. civ. 3^e, 19 septembre 2007 : *Bull. civ. III*, n° 145.

¹⁵⁶² Pour plus de développements sur cette question, v. *supra* n° 164.

¹⁵⁶³ En ce sens, v. J. JOLY-HURARD, Conciliation et médiation judiciaires, PUAM, 2003, n° 432 : « Il n'y a donc pas à proprement parler de sanction en cas de non-comparution de l'une des parties à l'audience de conciliation : le juge est simplement tenu d'en prendre acte pour permettre à l'instance de se poursuivre aux fins de jugement ».

389. Disparition de charges de présence au stade de la conciliation – En outre, alors qu’il existait jusqu’à récemment une charge de présence en matière prud’homale devant le bureau de conciliation, cette charge semble avoir totalement disparu. Il est vrai que, au regard de la pratique des conseils de prud’hommes qui admettaient une définition extrêmement large du motif légitime permettant de recourir à la représentation, y compris au cours de la tentative de conciliation depuis le décret du 18 juillet 2008¹⁵⁶⁴ en vertu de l’article R. 1454-12 du Code du travail¹⁵⁶⁵, l’effectivité de cette charge de présence était déjà relativement faible. En dépit des propositions de certains auteurs de « *prendre au sérieux* »¹⁵⁶⁶ l’exigence de comparution personnelle des parties en matière prud’homale, l’outil juridique utilisé pour privilégier la présence des parties était en réalité assez peu efficace, dès lors que la représentation était très largement admise. Aujourd’hui, cette charge de présence paraît avoir disparu dans son principe même, puisque le décret du 20 mai 2016 relatif à la justice prud’homale¹⁵⁶⁷ permet aux parties de se faire représenter sans motif légitime devant les conseils prud’hommes, et ne semble pas distinguer entre la phase de conciliation et celle de jugement.

Le même constat d’ineffectivité peut d’ailleurs être fait, pour d’autres raisons, à l’égard des charges de présence existant lors de la phase de jugement.

2- Les charges de présence illusoires au stade du jugement

390. Existence de sanctions du défaut de comparution – Il est vrai que le droit sanctionne parfois le défaut de comparution du demandeur comme du défendeur, ce qui pourrait conduire à penser qu’il existe bien des charges de présence effectives au stade du jugement. Ainsi, si le demandeur ne comparaît pas, le juge peut déclarer la citation caduque¹⁵⁶⁸ ou statuer sur le fond¹⁵⁶⁹. Si le défendeur ne comparaît pas alors qu’il a bien été touché par la citation, il s’expose à ce qu’un jugement sur le fond soit rendu à son encontre sur les seuls

¹⁵⁶⁴ Décret n° 2008-715 du 18 juil. 2008.

¹⁵⁶⁵ La Cour de cassation considérant d’ailleurs que la représentation par avocat vaut implicitement mais nécessairement admission d’un motif légitime : Cass. soc., 14 janv. 1998, n° 95-43.957 ; Cass. soc., 22 janv. 1998, n° 95-42.719 : *RTD civ.* 1998, p. 474, obs. R. PERROT.

¹⁵⁶⁶ P. WAQUET, « Procédure orale ou procédure écrite en matière prud’homale », in *La procédure dans tous ses états- Mélanges en l’honneur de Jean Buffet*, Montchrestien, 2004, p. 457 et s. *Contra* : R. BERNARD-MENORET, « Critique de l’oralité de la procédure prud’homale », *TPS* 2004, ét. 19.

¹⁵⁶⁷ Décret n° 2016-660 relatif à la justice prud’homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail.

¹⁵⁶⁸ Art. 468 al. 2 C. proc. civ.

¹⁵⁶⁹ A la condition toutefois que le défendeur ait sollicité ce jugement au fond : Cass. civ. 2°, 10 mars 1988, n° 86-17.968 : *Bull. civ.* II n° 62 ; *Gaz. Pal* 1988. 2. Somm. 495, obs. S. GUINCHARD et T. MOUSSA ; et encore récemment Cass. civ. 2°, 22 févr. 2012, n° 11-11.878 : *Procédures* 2012, comm. 140, obs. R. PERROT ; Cass. civ. 2°, 17 janv. 2013, n° 11-28.495 : *Bull. civ.* II n° 9. Le jugement au fond est donc impossible si aucune partie ne comparaît.

arguments fournis par son adversaire¹⁵⁷⁰, le jugement rendu étant alors réputé contradictoire¹⁵⁷¹. Pour autant, ces sanctions sont celles du défaut de comparution et non du défaut de présence¹⁵⁷², puisqu'elles n'auraient pas été encourues si la partie avait comparu par avocat. Elles ne peuvent donc être le témoin de véritables charges de présence effectives au stade du jugement.

391. Exemple de l'assistance éducative – Il est alors nécessaire de s'intéresser à la sanction des obligations de présence – et non simplement de comparution – que le législateur impose parfois aux parties en raison de la spécificité du contentieux. Ainsi, parce que la justice familiale tend aujourd'hui à devenir une « *justice dite thérapeutique* »¹⁵⁷³, certaines procédures propres à cette matière font la part belle à la présence des parties. Il en va ainsi par exemple de la procédure applicable en matière d'assistance éducative. A cet égard, l'article 1189 du Code de procédure civile dispose que le juge entend les intéressés – « *le mineur, ses parents, tuteur ou personne ou représentant du service à qui l'enfant a été confié* » – et que les conseils des parties sont entendus en leurs observations. Une telle formulation laisse donc à penser que la présence des parties est ici imposée, le terme d'« *observations* » ne paraissant pas pouvoir désigner une présentation de l'argumentaire principal mais plutôt un complément d'information apporté aux déclarations des parties¹⁵⁷⁴. Sans doute, cette obligation de présence et en particulier celle des parents est imposée dans l'intérêt de la famille dans son ensemble, puisque la *ratio legis* de cette exigence peut sans doute être trouvée dans l'article 375-1 du Code civil, qui dispose qu'en matière d'assistance éducative, le juge « *doit toujours s'efforcer de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure envisagée* ». Puisque l'intérêt poursuivi dépasse le seul intérêt des parties et va même au-delà de l'intérêt de la famille – celle-ci étant une institution sociale, sa préservation intéresse la société toute entière –, il est possible d'y voir là un véritable « *devoir dans la famille* » au sens où l'entendait Roubier¹⁵⁷⁵.

Pourtant, la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière ne semble pas exclure totalement le recours à la représentation, de telle sorte que ce devoir de présence est affecté dans son effectivité. En effet, si la Cour de cassation sanctionne parfois l'absence des intéressés, il n'est pas certain que ce soit véritablement le devoir de présence qui soit

¹⁵⁷⁰ Et ce, quand bien même ces documents ne lui auraient pas été communiqués, puisque, selon la Cour de cassation, le défendeur ne peut se prévaloir d'un « *défaut de communication qui n'est que la conséquence de son défaut de comparution* » : Cass. civ. 2^e, 3 avr. 2003 : *Bull. civ. II* n° 94 ; *Procédures* 2003, comm. 132, obs. R. PERROT.

¹⁵⁷¹ Pour plus de développements sur cette classification des jugements, v. *supra* n° 131.

¹⁵⁷² Pour la distinction entre présence et comparution, v. *supra* n° 89 et s.

¹⁵⁷³ N. FRICERO, « Les procédures judiciaires », *Gaz. Pal.* 24 mars 2012, p. 13, Dossier : « Etats généraux du droit de la famille ».

¹⁵⁷⁴ En ce sens, v. M. HUYETTE, « Assistance et représentation en assistance éducative », *D.* 2008, p. 266, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 26 sept. 2007, n° 06-16.445.

¹⁵⁷⁵ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, nouvelle édition, Dalloz 2005, Coll. Bibliothèque Dalloz, n° 25, spéc. p. 207.

sanctionné. Ainsi, statuant sur la question de l'absence des parties à l'audience d'appel, la Cour de cassation a pu affirmer que la cour d'appel avait valablement décidé que, l'appelant ne s'étant pas présenté pour soutenir son appel, elle n'était saisie d'aucun moyen¹⁵⁷⁶. Cependant, quelques années plus tard, elle précisait sa jurisprudence et reprenant les motifs de la cour d'appel, elle affirmait que « *dans une instance sans représentation obligatoire, [la cour d'appel] ne pouvait être saisie que par des moyens soulevés oralement par l'appelant comparant ou par son représentant dûment mandaté* »¹⁵⁷⁷. Cette jurisprudence devait d'ailleurs être encore assouplie quelques années après, la Cour semblant abandonner l'exigence d'un mandat exprès, en considérant que l'appel formé par une mère finalement absente à l'audience doit être considéré comme soutenu dès lors que son avocat était présent à l'audience¹⁵⁷⁸. Ainsi, la sanction qui consiste à ne pas entendre les prétentions de l'appelant ne peut être prononcée qu'à l'égard de la partie qui n'a pas comparu personnellement et qui n'a pas été représentée, de telle sorte qu'il s'agit là bien plus d'une sanction de la règle de l'oralité en la matière que d'une sanction du devoir de présence¹⁵⁷⁹. Puisque la représentation est finalement permise, et ce, apparemment sans justification particulière, il semble bien que le devoir de présence souffre ici d'un défaut de normativité qui rend cette charge de présence illusoire. L'obligation de présence reste ici à l'état de « lettre d'intention » du législateur et devient même lettre morte.

Ainsi, certaines charges de présence que le législateur a souhaité imposer aux parties sont en réalité illusoires, puisqu'elles ne sont que très peu effectives. Il ne faut cependant pas occulter qu'il existe encore en droit positif des charges de présence qui sont effectives quoique relativement rares.

B- La rareté des charges de présence effectives

392. Existence rare des charges de présence effectives – L'on ne saurait ignorer qu'il existe certaines charges qui sont effectives. Si ces charges de présence méritent d'être présentées, elles ne remettent cependant pas en cause le constat général d'un déclin des charges présentiels pesant sur les parties. En effet, les charges de présence effectives imposées aux parties privées sont rares (1), tandis que celle imposée dans certains cas au ministère public voit son domaine se réduire progressivement (2).

¹⁵⁷⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 4 oct. 2001, n° 00-05.106.

¹⁵⁷⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, n° 03-05.001.

¹⁵⁷⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 26 sept. 2007, n° 06-16.445 : D. 2008, p. 266, note M. HUYETTE.

¹⁵⁷⁹ Sur la distinction entre oralité et présence, v. *supra* n° 142 et s.

1- Les rares charges de présence effectives imposées aux parties privées

393. Annonce – Si les charges de présence effectives imposées aux parties privées sont rares, il ne faudrait cependant pas nier leur existence. Ainsi, on retrouve de telles charges, d'une part, devant certaines instances disciplinaires (a) et, d'autre part, dans le cadre de la mise en œuvre de la comparution personnelle des parties à titre de mesure d'instruction en procédure civile (b).

a- Les charges de présence dans les contentieux disciplinaires

394. Existence d'une charge de présence dans certains contentieux disciplinaires – Il n'existe pas aujourd'hui de véritable unité dans les contentieux disciplinaires, de telle sorte qu'il n'est pas possible d'étudier de façon unitaire les charges de présence dans ce contentieux mais seulement d'envisager celles-ci dans certains de ces contentieux. En effet, bien que l'ensemble converge progressivement vers le modèle commun du procès équitable¹⁵⁸⁰, ces procédures accusent toutefois certaines différences, de telle sorte qu'il n'existe pas de charge de présence générale applicable à tous les contentieux disciplinaires. Il est cependant possible de déceler dans certains d'entre eux une véritable charge de présence, bien que cela soit assez rare. En particulier, trois contentieux disciplinaires semblent imposer la présence des parties: le contentieux disciplinaire pénitentiaire, le contentieux disciplinaire des avocats et le contentieux disciplinaire des magistrats. Pourtant, au regard des caractéristiques différentes que revêt cette charge dans chacun de ces contentieux, il apparaît que seules les charges de présence prévues dans les contentieux disciplinaires des avocats et des magistrats sont véritablement effectives, au contraire de celle prévue dans le contentieux pénitentiaire.

395. Ineffectivité de la charge de présence en contentieux disciplinaire pénitentiaire – Dans le contentieux disciplinaire pénitentiaire, le législateur impose au détenu de se présenter devant la commission de discipline. Ainsi, l'article R. 57-7-25 du Code de procédure pénale dispose que « *lors de sa comparution devant la commission de discipline, la personne détenue présente ses observations. Elle est, le cas échéant, assistée par un avocat* » et l'article R. 57-7-17 du même code dispose que « *la personne détenue est convoquée [...] devant la commission de discipline* ». La formulation de ces articles, qui visent la *convocation* et ne mentionnent que l'assistance et non la représentation de la personne détenue, permettrait *a priori* d'interpréter ces textes en y décelant une véritable charge. Plus encore, on serait tenté de qualifier cette charge de devoir. D'une part, il n'existe pas de « créancier » de cette charge de présence pesant sur le détenu, ce qui disqualifie l'obligation. D'autre part, il ne peut non

¹⁵⁸⁰ Sur cette question, v. J. PRALUS-DUPUIS, « L'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme aux contentieux disciplinaires : état des lieux », *RFDA* 2008, p. 317.

plus s'agir d'une incombance, puisque son inexécution présente un caractère fautif. En effet, le refus du détenu de se présenter peut être analysé par le président de la commission de discipline comme une faute disciplinaire sur le fondement de l'article R. 57-7-3 3° du Code de procédure pénale¹⁵⁸¹. Néanmoins, il est permis de douter que le fondement de cette sanction soit l'inexécution du devoir de présence lui-même : l'article R. 57-7-3 3° sanctionne le fait de refuser d'obtempérer aux injonctions des membres du personnel de l'établissement et ne vise donc pas spécifiquement le devoir de présence. Par ailleurs, si le législateur prévoit par principe la comparution personnelle du détenu, la représentation est néanmoins admise. C'est en effet en ce sens que se prononce la circulaire d'application du 9 juin 2011¹⁵⁸². L'article 2.6.3.1 de cette circulaire précise en effet que « *Toute personne détenue est libre de comparaître ou pas lors de l'audience disciplinaire. Elle peut comparaître en personne et assurer seule sa défense, ou comparaître assistée par un avocat de son choix. Dans l'hypothèse d'un refus de comparution, elle peut se faire représenter par un avocat de son choix* ». La circulaire tend donc à amoindrir le devoir de présence à tel point que l'on peut affirmer qu'il n'y a pas ici de véritable devoir de présence en matière pénitentiaire, mais simplement une sorte de déclaration d'intention du législateur qui exprime, dans les textes normatifs sa préférence pour la présence de la personne poursuivie disciplinairement.

396. Incombance en contentieux disciplinaire des avocats – La situation est en revanche différente s'agissant du contentieux disciplinaire des avocats. La matière est régie par le décret du 27 novembre 1991¹⁵⁸³. Or l'article 193 de ce décret dispose que l'avocat poursuivi comparaît en personne et qu'il peut se faire assister par un confrère. Aucune possibilité de représentation n'est ainsi prévue et l'absence de l'avocat malgré sa convocation conduit la juridiction à statuer sans prendre en compte ses demandes. Cette sanction, qui équivaut à une perte du bénéfice de son droit de contester les prétentions adverses, pourrait conduire à penser qu'il s'agirait là d'une charge processuelle qui expose celui qui ne s'y conforme pas au rejet pur et simple de ses prétentions. L'avocat défendeur à l'action disciplinaire serait ainsi privé de l'exercice de son droit d'agir tel que défini par l'article 30 du Code de procédure civile comme le droit de discuter du bien-fondé des prétentions adverses, c'est-à-dire des prétentions de l'autorité de poursuite. Cette sanction justifie ainsi la qualification d'incombance et garantit son effectivité et la Cour de cassation, tout en encadrant strictement la possibilité de recourir à une telle sanction, la fait néanmoins perdurer. Elle s'est en effet prononcée sur cette question dans une décision du 27 février 2013¹⁵⁸⁴. Dans

¹⁵⁸¹ En ce sens, v. J.-P. CERE, « Prison (Sanctions disciplinaires) », *Rép. D. pén. et proc. pén.* 2011, n° 50.

¹⁵⁸² Circ. DAP du 9 juin 2011 relative au régime disciplinaire des personnes détenues majeures (*BOMJ* n° 2011-06).

¹⁵⁸³ Décret n° 91-1197 du 27 nov. 1991 relatif à la profession d'avocat.

¹⁵⁸⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 27 fév. 2013, n° 12-15.441 : *Bull.* I, n° 23 ; *D.* 2013, p. 1325, obs. G. ROUZET ; *Lexbase Hebdo Ed. privée*, 2013, n° 520, obs. E. VERGES.

cette affaire, un avocat, qui avait relevé appel d'une décision disciplinaire prononcée à son encontre, ne s'était pas présenté personnellement lors de l'audience d'appel. La cour d'appel l'avait alors débouté de son recours aux motifs qu'il aurait dû soutenir lui-même ses moyens en étant présent personnellement à l'audience – bien que son avocat avait été entendu, il ne pouvait soutenir les moyens de son client. Statuant sur le pourvoi formé par cet avocat, la Cour de cassation a cependant cassé cette décision de la cour d'appel aux motifs que « *la notification d'un acte introductif d'instance ou d'une convocation devant une juridiction doit indiquer que faute pour une partie de comparaître, elle s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre elle sur les seuls éléments fournis par son adversaire [et que] l'accès effectif au juge suppose une information claire sur les conséquences de l'absence de comparution des parties à l'audience* ». Ainsi, la Cour de cassation exige une information claire sur les conséquences de l'absence de la personne assignée ou convoquée mais ne semble pas revenir sur le principe même de la sanction. C'est dire que si l'information avait été donnée, il était possible de mettre en œuvre cette sanction, assurant ainsi l'effectivité de cette charge de présence. Il y a donc en la matière une charge effective, qui prend ici la forme d'une incombance processuelle.

397. Incombance de présence en contentieux disciplinaire des magistrats- La procédure disciplinaire des magistrats connaît également une charge de présence posée par l'article 54 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature¹⁵⁸⁵. Cet article dispose en effet que « *le magistrat cité est tenu de comparaître en personne* ». La charge de présence devant le Conseil supérieur de la magistrature¹⁵⁸⁶ ainsi posée est cependant moins catégorique que celle de l'avocat dans la procédure disciplinaire puisque la suite du même article précise qu'« *il peut se faire assister et, en cas de maladie ou d'empêchement reconnus justifiés, se faire représenter par l'un de ses pairs, par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ou par un avocat inscrit au barreau* ». Il y a là néanmoins une incombance analogue à celle de l'avocat qui pèse sur le magistrat poursuivi disciplinairement, puisque si celui-ci ne comparaît pas, il sera statué par jugement réputé contradictoire¹⁵⁸⁷. Cette perte du bénéfice du principe du contradictoire est d'ailleurs d'autant plus sévère pour le magistrat du siège que le seul recours à lui ouvert est la voie de la cassation devant le Conseil d'Etat. Or, lorsque le Conseil de la magistrature s'est prononcé dans sa formation de conseil

¹⁵⁸⁵ Ord. n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature.

¹⁵⁸⁶ Cette obligation vaut à la fois devant la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège et devant la formation compétente à l'égard des magistrats du parquet qui n'émet qu'un avis transmis au Garde des Sceaux, lequel est compétent pour prononcer la sanction disciplinaire. En effet, l'article 54 propre à la discipline des magistrats du siège est néanmoins applicable aux magistrats du parquet en vertu de l'article 64 de l'ordonnance.

¹⁵⁸⁷ Art. 57 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958. Pour une application de cette règle, v. par ex. CE, 1^{ère} et 6^{ème} sect. réunies, 30 juin 2010, n° 325319. Cette sanction est d'ailleurs mise en œuvre y compris si le magistrat disposait d'un motif légitime pour recourir à la représentation mais qu'il n'en a pas fait la demande : CE, 1^{ère} et 6^{ème} sect. réunies, 26 déc. 2012, n° 346320.

de discipline des magistrats du siège, le Conseil d'Etat n'opère qu'un contrôle de la légalité externe et de l'exactitude matérielle des faits mais ne se prononce pas sur le choix de la sanction et n'opère pas de contrôle de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation¹⁵⁸⁸. Ainsi, à l'instar de la procédure disciplinaire des avocats, il y a là une incombance qui pèse sur le magistrat poursuivi sous peine de perdre le bénéfice du principe du contradictoire et de pouvoir exposer ses arguments, et qui est encore aujourd'hui dotée d'une effectivité réelle.

Il existe donc dans certains contentieux disciplinaires, des charges de présence encore dotées d'une certaine effectivité, laquelle varie cependant selon le degré d'acceptation du mécanisme de représentation. Une dernière obligation de présence effective mérite d'être relevée qui résulte de la mesure de comparution personnelle en procédure civile.

b- Mesure de comparution personnelle et devoir de présence

398. Devoir de présence dans le cadre de la comparution personnelle – Dans les procédures civiles de droit commun, le législateur offre la possibilité au juge d'imposer une charge de présence aux parties au titre des mesures d'instruction. Cette mesure de comparution personnelle, prévue par les articles 184 et suivants du Code de procédure civile, permet ainsi au juge de « *faire comparaître personnellement les parties ou l'une d'elles* ». Si la qualification de la comparution personnelle en procédure civile peut susciter quelques doutes, l'analyse de cette mesure d'instruction permet cependant d'y déceler un devoir de présence effectif. En effet, plusieurs caractères de la comparution personnelle permettent de parvenir à une telle conclusion. Le statut procédural de cette mesure, la classant parmi les mesures d'instruction¹⁵⁸⁹, ainsi que sa « *finalité probatoire* »¹⁵⁹⁰ permettent d'affirmer que la présence est ici imposée aux parties en raison de sa finalité heuristique¹⁵⁹¹. Or, la recherche de la vérité s'intègre dans une logique objective, qui ne concerne pas le seul intérêt des parties sur lesquelles pèse cette charge de présence, orientant alors la recherche de la qualification de cette charge vers la notion de devoir. En outre, il n'est tout simplement pas possible de voir dans cette charge une incombance puisqu'alors que l'exécution d'une incombance permet à la partie de pouvoir utilement se prévaloir d'un droit, la charge de présence découlant du recours à la comparution personnelle peut tourner au désavantage de la partie qui l'exécute. La comparution personnelle peut en effet être l'occasion pour le juge de recueillir des aveux judiciaires des parties ainsi interrogées¹⁵⁹². Cette obligation n'est donc pas imposée aux parties

¹⁵⁸⁸ En ce sens, v. CE, 28 juill. 2004, n° 260760.

¹⁵⁸⁹ Les articles 184 et suivants du Code de procédure civile appartiennent en effet à un sous-titre intitulé « *Les mesures d'instruction* ».

¹⁵⁹⁰ H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 3, Sirey, 1991, n° 803.

¹⁵⁹¹ Sur cette finalité, v. *supra* n° 179 et s.

¹⁵⁹² Art. 1356 C. civ.

dans leur propre intérêt, de telle sorte qu'il faut y voir un devoir. Ce devoir de présence est en outre doté d'une véritable effectivité puisque le législateur a entendu l'assortir de sanctions procédurales en permettant au juge de tirer de l'absence de la partie convoquée toute conséquence et en faire état comme équivalant à un commencement de preuve par écrit¹⁵⁹³. Il y a donc là, à n'en pas douter, un devoir de présence, qui découle du devoir général de répondre aux sollicitations de la justice.

Ces manifestations de charges présentes effectives pesant sur les parties privées ne saurait cependant affecter le constat d'un déclin généralisé des charges présentes. En effet, le domaine de ces charges de présence est extrêmement limité. Ce constat persistera également malgré l'existence d'un devoir effectif de présence du ministère public, qui pour effectif qu'il soit, voit son domaine de plus en plus réduit.

2- La réduction du domaine du devoir de présence du ministère public

399. Devoir de présence effectivement sanctionné – Lorsqu'elle existe, la charge de présence pesant sur le ministère public est effective. Prenant la forme d'un devoir dans la mesure où, étant partie publique chargée de défendre la société, l'intérêt protégé par l'édition de cette charge est l'intérêt général, cette charge est en effet sanctionnée de façon radicale par la nullité du jugement. Par exemple, les dispositions de l'article 32 du Code de procédure pénale selon lesquelles le ministère public assiste aux débats des juridictions de jugement et toutes les décisions sont rendues en sa présence sont des formalités substantielles prescrites à peine de nullité¹⁵⁹⁴, qui lui imposent de ne pas s'absenter au cours des débats¹⁵⁹⁵. De même, il résulte de l'article 431 du Code de procédure civile que le ministère public est tenu d'assister à l'audience dans les cas où il est partie principale, dans ceux où il représente autrui ou lorsque sa présence est rendue obligatoire par la loi, la méconnaissance de cette formalité entraînant l'annulation du jugement¹⁵⁹⁶.

400. Réduction du domaine en procédure pénale – Cela étant, pour effectif qu'il soit, le devoir de présence du ministère public ne cesse de voir son domaine se réduire. D'abord, en procédure pénale, alors même que le ministère public est une partie nécessaire au procès pénal, le législateur comme la jurisprudence sont venus ménager des cas dans lesquels la présence du ministère public n'est plus obligatoire. Ainsi, la Cour de cassation s'est livrée à une interprétation restrictive de l'article 32 du Code de procédure pénale. Cet article dispose

¹⁵⁹³ Art. 198 C. proc. civ.

¹⁵⁹⁴ Cass. crim., 23 janv. 1957 : *D.* 1958, p. 62.

¹⁵⁹⁵ Cass. crim., 9 mai 1985 : *Bull. crim.* n° 178.

¹⁵⁹⁶ Cass. civ. 1^{er}, 18 janv. 1989 : *Bull. civ.* I, n° 27. Pour un exemple plus récent, v. Cass. civ. 1^{er}, 9 juil. 2002, n° 00-17.072 : *Bull. civ.* I, n° 185.

en son alinéa 2 que le ministère public « assiste aux débats des juridictions de jugement ; [et que] toutes les décisions sont prononcées en sa présence ». Deux interprétations étaient *a priori* possibles selon que l'on lie ou non les deux termes de la phrase : dans la première hypothèse, le devoir de présence lors du prononcé de la décision ne concerne que les décisions rendues par les juridictions du jugement ; dans la seconde, il concerne toutes les décisions rendues par l'ensemble des juridictions répressives. Après avoir retenu la seconde branche de l'alternative en 1995¹⁵⁹⁷ à propos d'une décision rendue par une chambre de l'accusation, la Cour de cassation a dès l'année suivante abandonné cette jurisprudence¹⁵⁹⁸, pour étendre par la suite sa solution au prononcé d'une ordonnance de non-lieu rendue par un juge d'instruction¹⁵⁹⁹, ainsi qu'au prononcé de l'ordonnance de mise en détention provisoire¹⁶⁰⁰, en observant que l'article 32 ne s'applique qu'aux décisions rendues par les juridictions de jugement. Cette obligation ne pèse en outre pas sur le ministère public s'agissant des audiences devant les juridictions de jugement lorsque les débats ne portent plus que sur les seuls intérêts civils et qu'il a déjà été statué sur l'action publique – l'audience ayant été renvoyée en application de l'article 464 al. 3 du Code de procédure pénale pour statuer sur les intérêts civils¹⁶⁰¹.

Plus remarquable encore est le déclin du devoir de présence du ministère public dans le cadre des poursuites alternatives et, plus précisément, lors des audiences d'homologation de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Alors que la première rédaction de l'article 495-9 du Code de procédure pénale issue de la loi Perben II¹⁶⁰² ne fournissait aucune précision sur le caractère obligatoire de la présence du ministère public à l'audience d'homologation, le Garde des Sceaux avait adopté une circulaire le 2 septembre 2004¹⁶⁰³ penchant en faveur du caractère facultatif de la présence du ministère public. Saisie pour avis, la Cour de cassation avait cependant estimé que la présence du procureur de la République était obligatoire lors de l'audience d'homologation¹⁶⁰⁴, au lendemain de quoi le ministre de la Justice avait néanmoins réaffirmé par une seconde circulaire son interprétation. Saisie de recours pour excès de pouvoir à l'encontre de ces circulaires, le Conseil d'Etat avait par deux fois affirmé que la présence du ministère public à l'audience d'homologation était

¹⁵⁹⁷ Cass. crim., 19 avr. 1995, n° 94-83770 : *Bull. crim.* n° 439.

¹⁵⁹⁸ Cass. crim. 6 mars 1996, n° 95-86175 : *Bull. crim.* n° 104 ; *RSC* 1996, p. 882, obs. J.-P. DINTILHAC.

¹⁵⁹⁹ Cass. crim., 7 janv. 2006, n° 05-87.795.

¹⁶⁰⁰ Cass. crim., 28 avr. 2009, n° 09-80.816 : *Bull. crim.* n° 78 ; *AJ Pénal* 2009, p. 269, note G. ROYER.

¹⁶⁰¹ Cass. crim., 23 mai 2002, n° 01-84.194 ; Cass. crim., 23 sept. 2010, n° 09-84.108 : *Bull. crim.* n° 141.

¹⁶⁰² Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant sur l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Sur l'introduction de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité par cette loi, v. not. B. DE LAMY, « La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *D.* 2004, p. 1910.

¹⁶⁰³ Circ. Crim-04-12-E8-02.09.04.

¹⁶⁰⁴ Cass., 18 avr. 2005, avis n° 005-0004P : *D.* 2005, p. 1200, note J. PRADEL.

obligatoire et que le ministère avait dès lors mal interprété les textes¹⁶⁰⁵. Ce refus des juridictions suprêmes à voir disparaître le ministère public des audiences d'homologation a poussé le législateur à intervenir pour réécrire l'article 495-9 du Code de procédure pénale en précisant expressément que « *la présence du procureur de la République à cette audience n'est pas obligatoire* »¹⁶⁰⁶, réduisant d'autant le domaine du devoir de présence du ministère public¹⁶⁰⁷.

401. Réduction du domaine en procédure civile – La réduction du domaine du devoir du ministère public n'est pas non plus étrangère à la matière civile. En effet, alors que jusqu'à récemment, l'article 800 du Code de procédure civile imposait au ministère public d'assister aux débats en matière gracieuse¹⁶⁰⁸, le décret du 11 mars 2005 relatif à la simplification de la procédure¹⁶⁰⁹ transforme ce devoir en simple pouvoir¹⁶¹⁰ en réécrivant l'article 800, lequel dispose désormais que « *le ministère public, s'il y a des débats, est tenu d'y assister ou de faire connaître son avis* ».

402. Bilan de la section – *In fine*, les obligations de présence pesant sur les parties sont de nature multiple. Il existe en effet à la fois des devoirs érigés dans l'intérêt général et des incombances imposées dans l'intérêt des personnes sur lesquelles elles pèsent. Malgré quelques rares exceptions, un constat général peut néanmoins être fait qui tient à la faible effectivité de ces charges de présence, soit en raison d'un domaine restreint, soit parce qu'elles sont largement concurrencées par l'admission de plus en plus fréquente du recours à la représentation. Il y a donc là encore un paradoxe : alors que le législateur semble toujours, par principe, affirmer son attachement aux charges de présence pesant sur les parties au procès, leur effectivité réelle est quelque peu remise en cause.

¹⁶⁰⁵ CE, ord. réf., 11 mai 2005, n° 279834 : *D.* 2005, p. 1379, note A. ASTAIX ; CE, 1^e et 6^e sous-sections réunies, 26 avr. 2006, n° 279832 : *D.* 2006, p. 1333.

¹⁶⁰⁶ Article 495-9 du Code de procédure pénale tel que modifié par la loi n° 2005-847 du 26 juillet 2005 précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

¹⁶⁰⁷ Sur cette question, v. également H. DANTRAS-BIOY, « La circulaire en droit pénal », in *La qualité de la norme – L'élaboration de la norme* (dir. E. BONIS et V. MALABAT), Mare et Martin, 2016, p. 141 et s., spéc. p. 150.

¹⁶⁰⁸ Cette disposition a d'ailleurs été appliquée récemment par la Cour de cassation : v. Cass. civ. 1^e, 18 mai 2011, n° 09-72.606, s'agissant d'une demande de changement de prénom.

¹⁶⁰⁹ Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends.

¹⁶¹⁰ V. *infra* n° 442.

Conclusion du chapitre 1 :

403. Double constat : multiplicité et effectivité faible des charges présentielles – A l'issue de l'étude des charges présentielles, un double constat semble s'imposer. Si ces charges sont *a priori* multiples, la diversité de leur nature ne saurait éclipser le fait que leur effectivité est relativement faible pour l'ensemble d'entre elles.

404. Multiplicité et effectivité faible des charges de présence pesant sur les collaborateurs de la procédure – Ce double constat s'est imposé d'abord en ce qui concerne les charges de présence pesant sur les tiers au procès. Ces charges, que l'on a pu qualifier de devoirs en ce qu'elles sont des situations juridiques imposées à ces tiers dans l'intérêt général, s'adressent en effet tant aux témoins qu'aux experts. Pourtant, la contrainte étatique assortie à ce devoir de présence n'est pas toujours dotée d'une force égale selon les situations : importante dans les textes quand il s'agit de sanctionner l'absence d'un témoin, elle est cependant rarement mise en pratique ; quant au devoir professionnel de présence des experts et autres techniciens de la procédure, sa sanction semble pour l'heure très incertaine et plus hypothétique que véritablement mise en œuvre, à tel point que ces devoirs de présence pesant sur les tiers paraissent parfois n'être au mieux qu'une déclaration d'intention du législateur.

405. Multiplicité et effectivité déclinante des charges de présence pesant sur les acteurs de la procédure – Le même constat peut être fait s'agissant des charges de présence pesant sur les acteurs de la procédure. La plus significative d'entre elles est sans doute le devoir de présence pesant sur le mis en cause en matière pénale, qui découle d'une tradition juridique séculaire. Or, à cet égard, le devoir de présence du mis en cause souffre aujourd'hui d'un affaiblissement considérable, à la fois de son champ d'application et de ses sanctions. Ce devoir semble en effet reculer inexorablement face au renforcement des droits processuels fondamentaux, au premier rang desquels les droits de la défense, qui impliquent pour le mis en cause de pouvoir être défendu y compris en son absence. Paradoxalement, cet affaiblissement de l'effectivité réelle du devoir de présence du suspect n'entraîne pourtant pas sa disparition, le législateur y restant attaché en raison de l'ancrage de la présence au cœur du droit processuel, maintenant ainsi le devoir de présence du mis en cause au rang de règle de principe.

En dehors de ce devoir de présence du mis en cause en matière pénale, les charges de présence des parties sont peu effectives. A l'exception de certaines incombances spécifiques qui existent dans les contentieux disciplinaires des avocats et des magistrats, ou encore de la comparution personnelle en tant que mesure civile d'instruction, peu de charges de présence sont dotées d'une réelle effectivité. En effet, il est apparu que certaines sont illusoire en ce qu'elles ne sont assorties d'aucune sanction efficace, comme c'est le cas des charges de

présence en matière de conciliation. Quant au devoir professionnel de présence du ministère public, pour effectif qu'il soit, son champ d'application est sans cesse réduit.

406. Coexistence des charges présentes avec des prérogatives présentes – Ainsi, l'étude des charges présentes laisse apparaître un véritable paradoxe : tantôt véritables devoirs, tantôt simples incombances, les charges de présence se rencontrent fréquemment en droit processuel, de telle sorte que le principe semble toujours faire partie des intentions premières du législateur. Pourtant, le champ d'application de ces charges est en net recul et leur effectivité paraît globalement faible. Effectivité faible n'est cependant pas synonyme d'absence de normativité. Dans la mesure où que ces charges de présence sont prévues par des normes juridiques, et que des sanctions sont abstraitement prévues, il y a bien là une manifestation de la normativité de la présence en droit processuel. Il est cependant intéressant d'observer que si la normativité juridique est une notion binaire – une règle est une norme juridique ou ne l'est pas –, tel n'est pas le cas de la force normative d'une règle juridique qui peut être susceptible de degré¹⁶¹¹. Ainsi, l'effectivité relative des sanctions des charges de présence amène à conclure à une force normative limitée de ces instruments juridiques.

L'affaiblissement de l'effectivité de ces situations juridiques obligatoires est en réalité en grande partie lié à une subjectivisation du droit processuel corrélé à la multiplication et à la protection sans cesse accrue de droits subjectifs processuels fondamentaux. La question se pose alors de savoir si *in fine* cet affaiblissement des charges présentes ne serait pas concomitant à un mouvement de développement des prérogatives de présence. C'est qu'en effet, à côté de ces multiples charges de présence existent également des prérogatives présentes.

¹⁶¹¹ En ce sens, v. C. THIBIERGE, « La force normative – Synthèse », in *La force normative* (dir. C. THIBIERGE), LGDJ Bruylant, 2009, p. 741.

Chapitre 2 : Les prérogatives présentes

407. Reconnaissance explicite limitée d'un droit de présence à l'audience – A l'instar des charges de présence, il n'y a pas de reconnaissance explicite et générale des prérogatives présentes. Tout au plus le droit de présence apparaît-il de façon ponctuelle et circonstanciée, sous la forme d'un droit d'assister au procès reconnu aux accusés en matière pénale dans les instruments internationaux¹⁶¹² ou la jurisprudence européenne¹⁶¹³, certains arrêts mentionnant même l'obligation pour les Etats de garantir à l'accusé le droit d'être présent¹⁶¹⁴. La doctrine également vise parfois, à côté de l'obligation de comparution personnelle, le « *droit de comparaître personnellement* »¹⁶¹⁵.

408. Diversité des prérogatives de présence – Pour autant, il semble que les situations dans lesquelles certaines personnes ont une faculté juridiquement reconnue d'être présentes, sans que le droit positif n'identifie expressément un droit de présence, dépasse largement le champ de l'audience de jugement en matière pénale. Ainsi en va-t-il par exemple de l'organisation de la présence des parties aux différentes opérations d'instruction, y compris en dehors de la matière pénale. L'on ne saurait cependant se satisfaire d'un tel constat pour affirmer qu'un droit de présence existe. En effet, faute d'une qualification expresse par le législateur, l'affirmation de l'existence d'un droit subjectif ne saurait faire l'économie de la vérification du caractère idoine de cette qualification, et ce, d'autant plus que certains auteurs ont pointé du doigt la prolifération des droits subjectifs¹⁶¹⁶ et plus largement l'abus du mot « droit » pour désigner des situations juridiques qui n'en sont pas vraiment¹⁶¹⁷. Il faut en effet admettre qu'il existe des prérogatives juridiques conférant un avantage aux individus sans

¹⁶¹² Art. 14.3 d. du Pacte International des droits civils et politiques. V. également la directive (UE) 2016/343 du 9 mars 2016 du Parlement européen et du Conseil portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales.

¹⁶¹³ CEDH, 23 fév. 1994, *Stanford c. Royaume-Uni*, req. n° 16757/90. Cette décision énonce ainsi que « l'article 6, lu comme un tout, reconnaît à l'accusé le droit de participer à son procès. Cela inclut en principe, entre autres, le droit non seulement d'y assister, mais aussi d'entendre et suivre les débats » (§ 26). V. aussi CEDH, 18 mai 2004, *Somogyi c. Italie*, req. n° 67972/01, qui vise le « droit de comparaître » (§ 66) ; CEDH, 1^{er} mars 2006, *Sejdovic c. Italie*, req. n° 56581/00, § 81, qui évoque le « droit de prendre part à l'audience ».

¹⁶¹⁴ CEDH, 24 mars 2005, *Stoichkov c. Bulgarie*, req. n° 9808/02 (« *It may thus be considered that the duty to guarantee the right of a criminal defendant to be present in the courtroom – either during the original proceedings or in a retrial after he or she emerges – ranks as one of the essential requirements of Article 6* »). V. encore récemment CEDH, 24 avr. 2012, *Haralampiev c. Bulgarie*, req. n° 29648/03, § 31 (« *L'obligation de garantir à l'accusé le droit d'être présent dans la salle d'audience [...] est l'un des éléments essentiels de l'article 6* »).

¹⁶¹⁵ V. ainsi F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 4^e éd., Economica, 2015, Coll. Corpus Droit privé, n° 499.

¹⁶¹⁶ V. notamment J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996, Coll. Champs, p. 121, lequel parle d'« *averse de droits subjectifs* », ou encore G. MICHAELIDES-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD Civ.* 1966, p. 216 et s.

¹⁶¹⁷ V. notamment P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, nouvelle édition, Dalloz 2005, Coll. Bibliothèque Dalloz, n° 6.

pour autant pouvoir être qualifiées de droit subjectif¹⁶¹⁸. Il est donc nécessaire dans une première approche, de chercher à identifier et à qualifier spécifiquement ces prérogatives présentes. Cependant, dans la mesure où l'organisation de la présence est régulièrement remise en cause¹⁶¹⁹, il est utile de vérifier si ces prérogatives présentes sont aujourd'hui dotées d'une normativité et plus encore, d'une véritable effectivité, permettant à leur titulaire de s'en prévaloir efficacement. Partant, l'étude de la mise en œuvre des prérogatives présentes (Section 2) suivra celle de leur identification (Section 1).

Section 1 : L'identification des prérogatives présentes

409. Existence de prérogatives présentes de natures différentes – Lorsqu'il cherche à identifier les prérogatives juridiques, le juriste contemporain est irrésistiblement attiré par la notion de droit subjectif. Symbole de l'individualisme contemporain, l'appréhension du droit par les individus s'opère majoritairement au travers du prisme des « droits » subjectifs qui leur sont attribués, de telle sorte que le terme de « droit » est employé dans le vocabulaire courant pour désigner les prérogatives permettant aux individus de disposer d'un avantage, garanti par les règles de droit¹⁶²⁰. Il faut pourtant, du point de vue de la technique juridique, regretter cet abus de langage. Roubier relevait déjà qu'« *on a cru [...] pouvoir donner le nom de droit à toute une série de prérogatives, qui permettent par des moyens divers d'obtenir tel ou tel avantage. Cependant on a perdu de vue que le droit objectif peut protéger tel ou tel bien qui lui paraît particulièrement précieux par des moyens qui ne consistent pas dans la création d'un droit* »¹⁶²¹. Il faut en effet admettre, à côté des droits subjectifs, d'autres types de prérogatives juridiquement sanctionnées qui s'en distinguent, tel le pouvoir, qui à la différence du droit subjectif s'exerce dans un intérêt au moins partiellement distinct de celui de son titulaire¹⁶²². Or, garder à l'esprit cette mise en garde contre une confusion des différentes prérogatives juridiques permet de mieux identifier celles liées à la présence. Indubitablement en corrélation avec un mouvement de subjectivisation de la procédure impulsé par la reconnaissance de droits fondamentaux de nature processuelle au niveau européen, il est en effet possible d'identifier, en premier lieu, un droit subjectif processuel de présence (§1). Un tel droit ne saurait pourtant épuiser l'ensemble des

¹⁶¹⁸ V. ainsi P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, préc., spéc. n° 19 ; et encore récemment J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15^e éd., A. Colin, Dalloz, 2014, n° 188.

¹⁶¹⁹ Et ce principalement pour des raisons économiques : v. *supra* n° 244 et s.

¹⁶²⁰ En ce sens, v. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., PUF, 2013, Coll. Thémis, p. 145, n° 1.

¹⁶²¹ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, rééd. de l'ouvrage de 1963, préf. D. DEROUSSIN, Dalloz, 2005, Coll. Bibliothèque Dalloz, n° 6, spéc. p. 49.

¹⁶²² Pour plus de précisions sur les notions de droit subjectif et de pouvoir, v. *infra* n° 410 et n° 439.

prérogatives de présence, puisque vont coexister avec lui des pouvoirs de présence que leurs titulaires exerceront dans un intérêt partiellement différent du leur (§2).

§1 : Le droit de présence

410. Dualité des éléments de qualification du droit subjectif – Il n'est sans doute pas utile de revenir ici sur les longs débats qui ont animé la doctrine sur la notion de droit subjectif, la plupart des ouvrages généraux présentant déjà les différents courants de pensée classiques qui ont présidé à l'élaboration d'une définition des droits subjectifs¹⁶²³. On peut cependant remarquer que la doctrine contemporaine s'est émancipée des deux courants classiques qui affirmaient l'un que le droit subjectif était une sphère de pouvoir attribuée à la volonté individuelle¹⁶²⁴, l'autre que le droit subjectif se définissait comme un intérêt juridiquement protégé¹⁶²⁵. Dabin envisage en effet le droit subjectif comme « *la prérogative, concédée à une personne par le droit objectif et garantie par des voies de droit, de disposer en maître d'un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien, soit comme dû* »¹⁶²⁶. Roubier, quant à lui, définit le droit subjectif comme une prérogative à l'avantage de son bénéficiaire à laquelle il peut en principe renoncer ou en transmettre le bénéfice¹⁶²⁷. Motulsky enfin définit le droit subjectif comme « *la faculté, pour l'individu, de déclencher l'impératif contenu à la règle de Droit* »¹⁶²⁸. De toutes ces définitions, et malgré les différences perceptibles entre elles, un élément commun se dégage tout de même qui tient dans l'idée de prérogative personnelle¹⁶²⁹. Cette idée de prérogative personnelle contient en germe le double

¹⁶²³ V. par ex. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, Paris, 1994, n° 188 et s. ; J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, préc., n° 185 et s. V. aussi J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, préc., p. 145 et s., spéc. n° 4 et s.

¹⁶²⁴ Telle est la théorie portée par les auteurs allemands Savigny et Windscheid : v. F.-C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. 1, trad. M.-C. GUENOUX, Paris, 1840 ; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrecht*, t. 1, 8^e éd., Francfort, 1876, tous deux cités par J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, préc., p. 150.

¹⁶²⁵ Telle est la théorie portée par Ihering : v. R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les différents stades de son développement*, t. IV, trad. O. DE MEULENAERE, 3^e éd., éd. A. Maresc, Paris, 1886, p. 325-329, cité par J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, préc., p. 151.

¹⁶²⁶ J. DABIN, *Le droit subjectif*, rééd. de l'ouvrage de 1952, préf. C. ATIAS, Dalloz, 2007, Coll. Bibliothèque Dalloz, p. 105.

¹⁶²⁷ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, préc., p. 73 : Roubier oppose en réalité les situations juridiques subjectives et objectives, les premières étant celles qui ont vocation à créer des droits subjectifs, et qui se définissent comme « *des situations régulièrement établies, soit par acte volontaire, soit par la loi, desquelles découlent principalement des prérogatives qui sont à l'avantage de leurs bénéficiaires, et auxquelles ils peuvent d'ailleurs en principe renoncer* » (*ibid.*).

¹⁶²⁸ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, rééd. de l'ouvrage de 1948 paru aux éditions Sirey, préf. P. ROUBIER, avant-propos M.-A. FRISON-ROCHE, Dalloz, 2002, Coll. Bibliothèque Dalloz, p. 29, n° 26.

¹⁶²⁹ V. A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, préf. J.-C. SAINT-PAU, LGDJ, 2010, Coll. Bibliothèque de droit privé, n° 163. L'auteur relève que le point commun de ces définitions réside dans la notion de pouvoir juridique – pouvoir dont le contenu est un ensemble de prérogatives, qui caractérise l'essence du droit subjectif. Il nous semble cependant qu'il vaille mieux parler de prérogative, pour la distinguer de la notion de pouvoir qui

rapport juridique dont le droit subjectif est la source. Elle implique en effet un rapport juridique entre le titulaire du droit subjectif et son objet mais également entre le titulaire et autrui, cet autre auprès de qui s'exprime ce pouvoir. Ce double rapport, mis en avant par la doctrine la plus récente¹⁶³⁰, permet de distinguer la dualité des éléments qualificatifs du droit subjectifs, tantôt objectifs, tantôt subjectifs. C'est donc cette double démarche qu'il faut adopter : afin d'identifier le droit de présence, il est nécessaire d'envisager dans un premier temps les éléments objectifs de qualification de ce droit (A) avant d'envisager dans un second temps ses éléments subjectifs (B).

A- Les éléments objectifs de qualification du droit de présence

411. Objet et contenu du droit de présence – Si le droit subjectif se définit comme un pouvoir ou plus exactement une prérogative juridique, une identification précise de ce droit implique donc de déterminer à la fois ce sur quoi porte le droit de présence et les facultés que la titularité de ce droit offre à son bénéficiaire. En d'autres termes, les éléments objectifs de qualification du droit de présence conduisent à identifier l'objet du droit de présence (1) avant de s'intéresser au contenu de ce droit (2).

1- L'objet du droit de présence

412. Objet du droit de présence et objet de la présence – A première vue, il pourrait paraître redondant de s'interroger sur l'objet du droit de présence dès lors que l'objet d'un tel droit est nécessairement la présence elle-même et que cette notion a déjà fait l'objet d'une définition¹⁶³¹. Néanmoins, la définition liminairement posée est insuffisante pour appréhender avec précision l'objet du droit de présence. En effet, la notion de présence est une notion relative, qui implique un référentiel¹⁶³². Indirectement, l'étude de l'objet du droit de présence invite donc à s'interroger sur l'objet de la présence elle-même, c'est-à-dire précisément les

implique l'exercice d'une prérogative dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien (sur cette distinction, v. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, préc., n° 23 p. 190).

¹⁶³⁰ J. GHESTIN et G. GOUBEUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994, n° 194, qui définissent le droit subjectif comme une « restriction légitime à la liberté d'autrui, établie par la norme objective en faveur du sujet qui bénéficie ainsi d'un domaine réservé pour exercer ses pouvoirs » ; J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, préc., n° 187, qui définissent le droit subjectif comme « l'attribution par la règle de droit, d'un pouvoir d'imposer, d'exiger ou d'interdire, considéré comme utile à la personne prise à la fois comme individu et comme acteur de la société ». V. également A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, préc., n° 163 : « A l'évidence, c'est bien cette notion de pouvoir juridique qui caractérise l'essence même du droit subjectif car elle permet clairement d'exprimer l'idée d'un rapport juridique à la fois interne – entre le sujet et l'objet du droit – et externe – entre le sujet et les tiers ». V. déjà J.-C. SAINT-PAU, *L'anonymat et le droit*, dir. P. CONTE, Thèse Bordeaux IV, 1998, n° 477.

¹⁶³¹ V. *supra* n° 95.

¹⁶³² Référentiel dont la nature matérielle a été précédemment démontrée : v. *supra* n° 55 et s.

opérations procédurales auxquelles les titulaires du droit de présence auraient le droit d'assister. Il a déjà été démontré que le référentiel de la présence était un référentiel matériel et non personnel¹⁶³³. Pourtant, la question du droit au témoin interroge au regard de cette définition, parce qu'elle invite à déterminer si le droit au témoin est vecteur d'un véritable droit à la présence *du témoin* ou s'il s'agit plus simplement d'un droit à être soi-même placé en présence du témoin. Si la question peut paraître à première vue abstraite et théorique, la réponse à y apporter ne sera pourtant pas sans conséquence sur le contenu des prérogatives d'un tel droit de présence. Si le droit porte sur la présence du témoin, il devrait permettre au titulaire de ce droit d'exiger que le témoin lui-même soit présent. Si en revanche le droit porte sur la présence de son titulaire à une opération à laquelle le témoin est déjà présent, le titulaire du droit n'aurait pas le droit d'exiger la présence du témoin mais simplement d'exiger qu'une fois la présence du témoin organisée, il lui soit lui-même permis d'assister à l'opération procédurale en cause. Cependant, une étude plus approfondie du droit au témoin amène à conclure, conformément à la nature matérielle du référentiel de la présence, à l'absence d'objet personnel du droit de présence, c'est-à-dire à l'absence de droit à la présence d'autrui (a). L'objet du droit de présence est au contraire un objet matériel (b) et plus précisément une opération procédurale particulière.

a- L'absence de droit à la présence d'autrui

413. Droit au témoin et procédure civile – En procédure civile, la question du droit au témoin semble réglée, par l'articulation des articles 203 et 208 du Code de procédure civile, en faveur de l'hypothèse selon laquelle il n'y a pas de droit à la présence du témoin. En effet, l'article 203 de ce code dispose que « *le juge peut toujours procéder par voie d'enquête à l'audition de l'auteur d'une attestation* ». L'interprétation de cet article par la jurisprudence, qui a décelé un pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond quant à l'opportunité d'une telle audition¹⁶³⁴, voire un pouvoir discrétionnaire¹⁶³⁵ a conduit certains auteurs à y voir une réfutation de l'existence d'un véritable droit à la preuve et donc, par extension, d'un droit au témoignage¹⁶³⁶. Suivant cette analyse, dans la mesure où il n'y aurait pas de droit à la preuve permettant d'exiger du juge qu'il ordonne la mesure d'instruction, il n'y aurait pas de droit portant sur la présence du témoin permettant d'exiger sa présence. Une autre analyse est cependant permise qui consiste à considérer que « *la prérogative accordée au plaideur [va] au-delà d'un simple droit de proposition ou d'impulsion, car si le juge n'est, par principe, jamais tenu de faire droit à la demande, il est en revanche tenu d'examiner s'il y a lieu d'y*

¹⁶³³ V. *supra* n° 50 et s.

¹⁶³⁴ Cass. civ. 2^e, 28 fév. 1978 : D. 1979, IR 509, obs. P. JULIEN ; Cass. com., 3 nov. 1983 : Bull. civ. IV, n° 290.

¹⁶³⁵ Cass. civ. 3^e, 11 janv. 1978 : Bull. civ. III, n° 30 ; RTD Civ ; 1978, p. 225, obs. R. PERROT.

¹⁶³⁶ P. THERY, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », *Droits* n° 23, 1996, p. 50. V. également X. LAGARDE, « Finalités et principes du droit de la preuve », *JCP G* 2005, I, 133, spéc. n° 9.

faire droit »¹⁶³⁷, y découvrant ainsi un véritable droit à la preuve, duquel il serait possible de déduire un véritable droit au témoignage. Mais précisément, le droit au témoignage en matière civile porte sur l'obtention du témoignage lui-même et non sur le mode d'obtention de ce témoignage que serait la présence du témoin¹⁶³⁸. Or, cette analyse conduit également à écarter l'existence d'un droit à la présence du témoin : si l'objet du droit à la preuve porte sur le témoignage, peu importe que ce témoignage ait été recueilli par voie d'enquête ou par attestation. C'est en ce sens qu'il faudrait interpréter la jurisprudence de la Cour de cassation lorsqu'elle affirme qu'« *en ordonnant que le tiers, dont l'audition était demandée, produise une attestation, le juge a discrétionnairement estimé que cette mesure suffisait pour la solution du litige* »¹⁶³⁹. Le juge en effet ne peut refuser discrétionnairement de recueillir une preuve – le témoignage – mais peut discrétionnairement choisir de faire comparaître ou non le témoin. Ainsi, il n'y aurait pas de droit à la présence du témoin. Inversement, dès lors que le juge fait le choix d'entendre le témoin par la voie de l'enquête, les prérogatives des parties réapparaissent, puisque l'article 208 du Code de procédure civile dispose dans son alinéa 2 que « *les témoins sont entendus en présence des parties ou celles-ci appelées* ». En définitive, le droit à la preuve par témoin en matière civile fait naître deux droits distincts : le premier porte sur le témoignage lui-même, le second porte sur la présence des parties lors de l'audition du témoin lorsque celle-ci est décidée : nulle trace en revanche d'un droit à la présence du témoin. Le titulaire du droit de présence est donc également celui dont la présence est visée par le droit.

414. Droit au témoin et contentieux administratif – Le régime de l'enquête dans le contentieux administratif est quelque peu différent mais permet pourtant d'aboutir à la même conclusion. En effet, si les parties peuvent demander au juge administratif de prescrire une enquête¹⁶⁴⁰, la jurisprudence administrative considère de longue date que l'organisation d'une enquête n'est qu'une simple faculté pour le juge¹⁶⁴¹, lequel n'est pas même tenu de répondre expressément aux conclusions à fins d'enquête prises par les parties¹⁶⁴². L'enquête étant en outre largement délaissée par les juridictions administratives au profit de l'attestation¹⁶⁴³, jugée

¹⁶³⁷ A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, préc., n° 231.

¹⁶³⁸ *Ibid.* L'auteur affirme en effet que « *l'objet du droit à la preuve n'est pas la mesure d'instruction elle-même mais l'élément probatoire qu'elle permet de récolter* ».

¹⁶³⁹ Cass. civ. 3^e, 11 janv. 1978, préc.

¹⁶⁴⁰ Art. R. 623-1 C. J. A.

¹⁶⁴¹ CE, 28 avr. 1954, *Aubry* : *Rec.* p. 237.

¹⁶⁴² CE, 18 nov. 1931, *Lamolinaire* : *Rec.* p. 999. Cette jurisprudence presque séculaire est toujours réaffirmée par les juridictions administratives : v. par ex. CAA Lyon, 13 juil. 2012, n° 11LY00759, *M. Patrick A.*

¹⁶⁴³ A l'exception, peut-être du contentieux de l'expropriation : v. G. DARCY, « La preuve et le juge administratif », in *La preuve* (dir. C. PUIGELIER), Economica, 2004, p. 111. On trouve cependant quelques décisions relatives à de telles enquêtes hors de ce contentieux dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : v. par ex. CE, 19 fév. 1998, *Université d'Auvergne c. Mlle Perrucaud*, n° 162-347 : *LPA* 1998, n° 66, p. 15, note F. MALLOL.

plus souple parce que non réglementée par les textes¹⁶⁴⁴, il est impossible de voir en la matière un droit pour les parties d'exiger une audition physique du témoin et par conséquent, il n'y a pas de droit à la présence du témoin. En revanche, là encore, les droits des parties resurgissent sous la forme d'un droit à être présent lors du témoignage pour autant qu'il ait été ordonné, puisque l'article R. 623-5 du Code de justice administrative dispose que « *les témoins sont entendus séparément, les parties présentes ou dûment appelées* ». La faculté pour les parties d'être présentes lors du recueil des témoignages a d'ailleurs été renforcée par l'entrée en vigueur du Code de justice administrative le 1^{er} janvier 2001, puisque le texte d'origine, à savoir l'article R. 176 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel disposait quant à lui que « *les témoins sont entendus séparément, tant en présence qu'en l'absence des parties* ». Il faut donc en déduire qu'il n'y a pas ici de droit à la présence du témoin mais un droit à être présent lors du recueil du témoignage, permettant d'affirmer que le titulaire du droit de présence est également celui dont la présence est visée par ce droit.

415. Droit au témoin et procédure pénale – La question se pose dans des termes encore différents en procédure pénale, quoique, là encore, aucun droit à la présence physique du témoin ne semble être véritablement garanti. Si l'on s'en tient aux dispositions du Code de procédure pénale, les parties ont la possibilité de solliciter une audition de témoin auprès du juge au stade de l'instruction¹⁶⁴⁵ ou au stade du jugement¹⁶⁴⁶. Au stade de l'instruction, le juge d'instruction peut rejeter cette demande en usant de son pouvoir souverain d'appréciation, rendant alors une ordonnance motivée¹⁶⁴⁷. Or, si cette ordonnance peut être frappée d'appel en vertu de l'article 186-1 du Code de procédure pénale, le président de la chambre de l'instruction peut néanmoins refuser de transmettre cet appel à la chambre, cette décision n'étant susceptible d'aucun recours¹⁶⁴⁸. En ce sens, on ne peut donc parler d'un véritable droit à la présence du témoin puisque le plaideur ne semble avoir aucun pouvoir. Les termes de l'analyse sont cependant brouillés par la possibilité pour les parties de citer directement des témoins devant les juridictions de jugement, la jurisprudence jugeant à ce propos que les juges sont tenus d'ordonner l'audition contradictoire des témoins qui n'ont été confrontés avec le prévenu à aucun stade de la procédure lorsqu'ils en sont légalement requis¹⁶⁴⁹. Cette solution

¹⁶⁴⁴ En ce sens, v. J. BOULAY, *La preuve par témoins devant le juge administratif*, préf. J. ROUVIERE, Ed. Tec&Doc, 2001, p. 62.

¹⁶⁴⁵ Art. 82-1 C. proc. pén.

¹⁶⁴⁶ Art. 329 C. proc. pén. en matière criminelle ; art. 435 et 444 C. proc. pén. en matière correctionnelle ; art. 536 C. proc. pén. en matière contraventionnelle (qui renvoie aux articles régissant la matière correctionnelle).

¹⁶⁴⁷ Art. 82-1 al. 2.

¹⁶⁴⁸ A l'exception toutefois d'un éventuel excès de pouvoir : Cass. crim., 4 avr. 2007 : *Bull. crim.* n° 107 ; Cass. crim., 4 déc 2007 : *Bull. crim.* n° 296 ; Cass. crim. 8 janv. 2013 : *RSC* 2013, p. 400, obs. D. BOCCON-GIBOD ; *AJ Pénal* 2013, p. 222, obs. J. GALLOIS.

¹⁶⁴⁹ Cass. crim., 12 janv. 1989 : *Bull. crim.* n° 13 ; *D.* 1989, p. 174, obs. J. PRADEL. La solution a d'abord été rendue à l'égard des témoins à charge mais a par la suite été étendue aux témoins à décharge : Cass. crim., 27 juin 2001 : *Bull. crim.* n° 164.

semble d'ailleurs en adéquation avec le droit européen des droits de l'Homme, qui vient reconnaître, selon ses propres termes, un véritable droit pour l'accusé d' « *interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge* »¹⁶⁵⁰. La question d'un éventuel droit à la présence du témoin se pose alors avec une acuité plus importante encore que dans les contentieux civil et administratif. Plusieurs arguments peuvent cependant intercéder en faveur de l'absence d'un tel droit. S'agissant des témoins à charge, le droit de la personne poursuivie est envisagé sous l'angle d'un droit à une confrontation, qui renvoie au droit d'être soi-même mis en présence du témoin plus qu'au droit à la présence du témoin lui-même. La question est cependant plus épineuse s'agissant des témoins à décharge puisque les textes visent un droit à la « convocation », duquel pourrait être déduit un droit à la présence des témoins à décharge. Mais en réalité, l'article 6 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales vise un droit de convoquer et d'interroger les témoins à décharge *dans les mêmes conditions que les témoins à charge*, ce qui implique d'envisager de façon globale la question du droit au témoin à l'aune du principe d'égalité des armes¹⁶⁵¹. La Cour de Strasbourg a ainsi eu l'occasion de préciser que « *ce texte ne commande pas la convocation et l'interrogation de tout témoin à décharge. Ainsi que l'indiquent les mots "dans les mêmes conditions", il a pour but essentiel une complète "égalité des armes" en la matière* »¹⁶⁵². En d'autres termes, le droit européen ne fait pas naître de droit absolu de convoquer les témoins à décharge. Il reste que la Cour de cassation a récemment utilisé l'article 6 § 3 de la Convention pour dégager, dans des termes assez généraux, un droit de faire entendre les témoins à décharge¹⁶⁵³. Dans cette affaire tranchée par la Cour de cassation le 4 mars 2014, le prévenu poursuivi pour la contravention d'usage d'un téléphone tenu en main par le conducteur d'un véhicule en circulation s'était vu refuser par la juridiction de proximité l'audition d'un témoin à décharge. Or, la Cour de cassation cassa cette décision aux motifs que selon l'article 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, « *tout prévenu a le droit de faire entendre les témoins à décharge* ». La situation avait cependant ceci de particulier que, comme le relève la Cour de cassation, en matière contraventionnelle la preuve contraire aux procès-verbaux ne peut être rapportée que par écrit ou par témoins. Il est donc possible de considérer que le droit de faire convoquer les témoins à décharge est également envisagé dans cet arrêt à travers une vision d'ensemble de l'équité du procès puisque priver le prévenu de ce témoin à décharge revenait à le priver de tout moyen de défense. Il est donc toujours permis de conclure à l'absence d'un droit autonome à la

¹⁶⁵⁰ Art. 6 § 3 Conv. E. D. H.

¹⁶⁵¹ CEDH, 19 déc. 1989, *Kamasinski c. Autriche*, req. n° 9783/82 ; CEDH, 31 oct. 2001, *Solakov c. Macédoine*, req. n° 47023/99.

¹⁶⁵² CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, req. n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, § 91. V. également CEDH, 22 avr. 1992, *Vidal c. Belgique*, req. n° 12351/86, § 33 ; et plus récemment CEDH, 8 déc. 2009, *Caka c. Albanie*, req. n° 44023/02, § 101.

¹⁶⁵³ Cass. crim., 4 mars 2014, n° 13-81.135 : *AJ Pénal* 2014, p. 377, obs. L. AUFFRET.

présence d'autrui. En revanche, l'article 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme est utilisé pour rechercher l'existence d'une possibilité adéquate pour le prévenu d'être confronté aux différents témoins. Il y a donc là une véritable possibilité offerte à la personne poursuivie d'être présente lors du recueil du témoignage, à l'instar de celle identifiée en procédure civile et en contentieux administratif.

En définitive, quel que soit le contentieux, il n'y pas de droit à la présence d'autrui¹⁶⁵⁴. Il y a, en revanche, un véritable droit à être présent dans le lieu où se déroule une opération procédurale, véritable objet du droit de présence, qui doit désormais être précisé.

b- L'élément matériel de l'objet du droit de présence

416. Recherche d'un critère d'identification de l'objet du droit – La détermination de l'élément matériel de l'objet de présence invite à se demander sur quelle opération procédurale porte le droit de présence. En effet, si la présence en droit processuel s'apprécie toujours par rapport à un référentiel matériel préalablement identifié comme une opération procédurale¹⁶⁵⁵, l'identification du droit de présence impose maintenant de tenter de circonscrire son domaine en recherchant parmi ces opérations procédurales lesquelles font l'objet d'un tel droit.

417. Hypothèse d'un critère lié aux finalités de la présence – La cohérence théorique du droit positif à l'égard de l'organisation de la présence en droit processuel voudrait alors que l'on trouve une corrélation entre la protection de l'intérêt particulier du plaideur et la reconnaissance pour lui d'un droit de présence. En d'autres termes, chaque fois que la présence d'un individu représente pour lui un intérêt juridique¹⁶⁵⁶ certain, un droit de présence devrait lui être reconnu. Il faut alors admettre que lorsque la présence du plaideur remplit au moins pour partie une fonction protectrice¹⁶⁵⁷, le plaideur aura le droit d'être présent. Or, cette fonction protectrice de la présence paraît utile chaque fois qu'une opération procédurale visant au recueil ou à la mise à disposition du juge d'éléments influençant par la suite l'issue du litige est en cause. Ce sont donc ces opérations qui sont ou devraient être, par principe, l'objet du droit de présence.

¹⁶⁵⁴ Cette analyse vient d'ailleurs renforcer la constatation de l'insuffisance du référentiel personnel propre à cerner la notion de présence : sur cette question, v. *supra* n° 54.

¹⁶⁵⁵ V. *supra* n° 63.

¹⁶⁵⁶ Ce critère n'est d'ailleurs pas sans rappeler la définition du droit subjectif posée par Ihering qui y voyait un « intérêt juridiquement protégé » : R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les différents stades de son développement*, préc., p. 325-329.

¹⁶⁵⁷ Sur la fonction protectrice de la présence, v. *supra* n° 194 et s. Les fonctions de la présence ne sont évidemment pas exclusives les unes des autres.

418. Confrontation de l'hypothèse au droit positif – Ce critère est d'ailleurs globalement opérant en droit positif, puisqu'il permet tantôt de reconnaître l'existence du droit de présence, tantôt de l'écarter.

419. Opérations procédurales déterminantes faisant l'objet d'un droit de présence – En effet, les opérations procédurales au cours desquelles on reconnaît à certaines personnes un droit de présence ont toutes pour objet de recueillir ou de communiquer au juge des éléments qui vont déterminer l'issue du litige. Ainsi, lorsque le Code de procédure civile impose la convocation obligatoire des parties aux mesures d'instruction¹⁶⁵⁸, leur offrant ainsi la faculté de se présenter lors de l'exécution de cette mesure, l'objet de l'opération procédurale est de recueillir des éléments de preuve, qui pourront être utilisés par le juge pour forger sa conviction. Il en va également ainsi d'un droit de présence du suspect lors des perquisitions et saisies réalisées à son domicile¹⁶⁵⁹ afin qu'il reconnaisse les objets saisis, la présence de toutes les personnes concernées par l'opération étant exigée par la Cour de cassation¹⁶⁶⁰. Au-delà de cet exemple topique, la justification de la reconnaissance d'un droit de présence semble également pouvoir être fondée sur l'enjeu de l'opération procédurale au regard de la solution du litige lorsque les éléments propres à déterminer la solution du litige peuvent être détenus par la personne elle-même. Ainsi est-il possible de comprendre en ce sens le droit, posé par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme, pour toute personne arrêtée ou détenue d'être traduite aussitôt devant un juge ou un magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires. L'un des fondements de ce droit tient en effet à ce que l'objet d'une telle présentation est en partie de contrôler la conformité des conditions matérielles de détention de l'individu aux droits fondamentaux. Ce dernier détenant de telles informations, sa présence physique peut notamment permettre de constater l'existence de violences physiques commises à son égard. Suivant un raisonnement similaire, le condamné détenu qui prétend à un aménagement de peine devrait pouvoir bénéficier d'un droit à être présent au cours de l'audience dans la mesure où les différentes mesures qui peuvent lui être accordées sont destinées à favoriser sa réinsertion à l'issue de l'exécution de sa peine. Dans ce contentieux où les aspects humains et psychosociaux sont déterminants, notamment en raison de la déclinaison du principe d'individualisation de la peine au stade de son exécution, des éléments apportés soit par l'audition du condamné, soit même par la seule appréciation de sa personnalité grâce à sa présence peuvent être déterminants. La présence du condamné est ainsi la norme, les articles 712-6 et suivants du Code de procédure pénale imposant par

¹⁶⁵⁸ Cass. soc., 24 nov. 1988 : *Bull. civ.* V, n° 626.

¹⁶⁵⁹ Sur cette question, v. V. TELLIER-CAYROL, « La perquisition sans la présence ou l'assentiment du domiciliaire : quel régime ? », *Gaz. Pal.* 11 fév. 2014, p. 4.

¹⁶⁶⁰ Cass. crim., 25 juin 2013, n° 13-81.977 : dans cette affaire, deux frères sont interpellés et placés en garde à vue dans le cadre d'une enquête de flagrance mais seul l'un d'entre eux avait été présent lors de la perquisition. La Chambre criminelle énonce alors que la présence du second était pourtant requise.

principe un débat contradictoire en présence du condamné devant les juridictions d'application des peines du premier degré, du moins lorsque celles-ci statuent par voie de jugement. Tel n'est en effet pas le cas devant le juge de l'application des peines lorsqu'il statue par voie d'ordonnance¹⁶⁶¹. Il est cependant particulièrement remarquable que la Cour de cassation a fait évoluer sa position sur la question de la comparution personnelle devant les juridictions d'application des peines du second degré. Jusqu'à récemment et de façon tout à fait regrettable¹⁶⁶², la Cour de cassation refusait de considérer que la comparution personnelle du condamné était nécessaire devant la chambre d'application des peines et avait notamment refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article 706-13 du Code de procédure pénale qui prévoit que le débat contradictoire devant la chambre d'application des peines se déroule en l'absence du condamné, rejetant ainsi l'hypothèse d'un droit de comparution en appel devant la chambre de l'application des peines¹⁶⁶³. La solution était d'autant plus regrettable que dans cette affaire, l'enjeu était grand – il restait au condamné à purger une peine de deux ans d'emprisonnement. Or, bien que la chambre de l'application des peines s'appuyait sur la jurisprudence européenne selon laquelle la comparution du condamné ne revêt pas la même importance en appel qu'au premier degré, une autre analyse de celle-ci paraît possible. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur l'importance de la comparution personnelle en appel varie en effet au gré de l'enjeu du contentieux et les juges européens ont affirmé à plusieurs reprises que la comparution en personne se justifie lorsqu'elle peut permettre aux magistrats de se forger une opinion en appréciant directement la personnalité du prévenu pour déterminer la sanction à lui infliger dans la mesure où cette détermination est généralement susceptible de soulever des questions touchant à sa personnalité et à son caractère¹⁶⁶⁴. Or, si la jurisprudence de la Cour européenne a trait à des audiences de jugement, il semble cependant que l'argument relatif à la nécessaire influence de la personnalité sur la décision du juge¹⁶⁶⁵, laquelle revêt un enjeu capital pour

¹⁶⁶¹ En effet, lorsque le juge de l'application des peines a compétence pour statuer par voie d'ordonnance, il n'y a pas de débat oral et contradictoire : sur cette question v. E. BONIS-GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, 2^e éd., LexisNexis, 2015, Coll. Manuels, n° 973. Cette distinction au sein des procédures d'aménagement de peine en fonction de la nature de la décision rendue est sans doute regrettable au regard du droit d'être présent, et ce, d'autant que la loi du 15 août 2014 est venue donner compétence au juge d'application des peines pour se prononcer par ordonnance sur une mesure d'aménagement de peine dans le cadre de la nouvelle procédure de libération sous contrainte (L. n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, art. 39 et 54, codifiés à l'article 720 du Code de procédure pénale).

¹⁶⁶² V. en ce sens M. GIACOPELLI, « La pénétration des règles du procès pénal devant les juridictions d'application des peines : état des lieux », *RSC* 2015, p. 799, spéc. n° 25.

¹⁶⁶³ Cass. crim., 20 mars 2013, n° 13-90.001 QPC : *AJ Pénal* 2013, p. 426, note E. SENNA.

¹⁶⁶⁴ V. entre autres CEDH, 3 oct. 2000, *Pobornikoff c. Autriche*, req. n° 28501/95, § 31 ; CEDH, 6 juil. 2004, *Dondarini c. Saint-Marin*, req. n° 50545/99, § 28 ; et encore récemment, CEDH, 25 juil. 2013, *Henri Rivière et autres c. France*, req. n° 46460/10. Pour une analyse de la jurisprudence européenne sur cette question, v. F. KUTY, *Justice pénale et procès équitable*, t. 1, Larcier, 2006, n° 572 et s.

¹⁶⁶⁵ Cet argument transparaît d'ailleurs à la lecture de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale qui écarte désormais les dispositions relatives à la procédure de défaut criminel lorsque l'accusé était présent pour permettre son interrogatoire sur les faits et sur sa personnalité, ce qui montre la force du lien entre

l'individu, est parfaitement transposable à l'application des peines et devrait y justifier la reconnaissance d'un droit de présence pour le condamné, y compris en appel. La Cour de cassation a peut-être été sensible à cet argument dans la mesure où elle a opéré un revirement de jurisprudence sur la question, en affirmant, au visa des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, préliminaire et 733 du Code de procédure pénale, qu' « *il se déduit de ces textes que le respect du principe du contradictoire et de l'équilibre des droits des parties interdit à la chambre de l'application des peines prononçant sur une demande de révocation de libération conditionnelle de statuer sans que le condamné qui en fait la demande eut été mis en mesure de comparaître à l'audience* »¹⁶⁶⁶. La Cour de cassation crée ainsi un droit de présence au profit du condamné, qui paraît tout à fait opportun dans la mesure où cette audience devait permettre au condamné de s'expliquer sur les manquements à ses obligations qui lui étaient reprochés et était ainsi déterminante sur l'issue du litige.

420. Absence de droit de présence lors d'opérations procédurales non déterminantes sur l'issue du litige – Le critère du caractère déterminant de l'opération procédurale sur l'issue du litige permet également de comprendre l'absence d'un droit de présence lors de différentes opérations procédurales sans influence sur l'issue du litige. Il en va ainsi des conférences d'appel des causes en matière civile, de plus en plus dématérialisées¹⁶⁶⁷ et impliquant les seuls avocats¹⁶⁶⁸. Surtout, ce critère permet de trouver une cohérence à la jurisprudence relative au droit d'être présent lors du recueil des dépositions des témoins ou encore en appel en matière pénale. Ce qui pourrait en effet apparaître comme une limitation du droit de présence lorsque le législateur ou la jurisprudence affaiblissent ce droit en lui conférant une moindre importance au stade de l'appel ou lors de la réitération d'un témoignage peut en réalité trouver son fondement dans le caractère déterminant de l'opération procédurale concernée. Ainsi, en matière de témoignage, le droit positif ne reconnaît pas de droit absolu pour le mis en cause à être systématiquement présent lors de la déposition du témoin. Le droit européen considère que le droit d'être confronté au témoin et donc d'assister à la déposition de celui-ci peut être restreint dès lors que l'accusé a eu une occasion suffisante d'être confronté au témoin à un autre moment de la procédure ou à défaut que la condamnation ne repose pas uniquement ou de façon déterminante sur ce témoignage¹⁶⁶⁹. En

droit de présence et examen de la personnalité de la personne poursuivie : v. le nouvel article 379-2 *in fine* du Code de procédure pénale.

¹⁶⁶⁶ Cass. crim., 15 avr. 2015, n° 14-82.622 : *Dr. pén.* 2015, comm. 91, note E. BONIS-GARÇON.

¹⁶⁶⁷ La mise en état est en outre entièrement virtuelle avec le logiciel *Wincity TGI* en matière civile qui a vocation à être remplacé par le système *Portalis* prévu par le projet Justice 21. V. E. JEULAND, *Droit processuel général*, 3^e éd., LGDJ, 2014, Coll. Domat droit privé, n° 110 et 491. La première phase du déploiement de *Portalis* a abouti à la mise en ligne du portail *Justice.fr* le 12 mai 2016.

¹⁶⁶⁸ B. TRAVIER, F. WATTREMET, R. LAFFLY, « Procédure devant la Cour d'appel », *Rép. D. proc. civ.*, 2015, n° 125.

¹⁶⁶⁹ V. notamment CEDH, 19 déc. 1990, *Delta c. France*, req. n° 11444/85 : D. 1991, somm. 213, obs. J. PRADEL ; RTDH 1992, p. 51, note J. SALCE ; CEDH, 13 nov. 2003, *Rachdad c. France*, req. n° 71846/01.

d'autres termes, soit le témoignage n'est pas déterminant de la condamnation et il n'y a pas de droit de présence, soit le droit de présence a déjà été exercé à une autre occasion au cours de la procédure et c'est cette opération procédurale à laquelle le suspect aura assisté qui sera prise en compte comme étant déterminante de l'issue du procès, le droit de présence étant alors préservé. Bien qu'elle le fasse avec une certaine sévérité, la jurisprudence de la Cour de cassation semble s'inscrire globalement dans cette lecture. Alors qu'elle a affirmé le principe selon lequel les juges sont tenus, lorsqu'ils en sont légalement requis, d'ordonner l'audition contradictoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge¹⁶⁷⁰, elle a cependant admis un certain nombre de dérogations, soit parce que les témoins avaient déjà été entendus en première instance¹⁶⁷¹, soit parce que le témoignage n'était *in fine* pas déterminant¹⁶⁷². *A contrario*, il semble alors qu'il n'y a de violation du droit de présence que lorsque l'opération procédurale est déterminante, de telle sorte que ce droit n'existe véritablement qu'à l'égard de ce dernier type d'opérations.

421. Nuance du critère – Le critère du caractère déterminant doit toutefois être relativisé au regard de la différence existant entre le droit de présence au cours des mesures d'instruction reconnu en procédure civile et l'absence de présence systématique des parties au cours de ces mêmes mesures en procédure pénale¹⁶⁷³. Cette distinction tient en réalité à la nature des procédures – la première étant accusatoire tandis que la seconde est inquisitoire au stade de l'instruction – et non au caractère déterminant de l'opération procédurale. Dans les deux contentieux en effet, ces opérations d'instruction sont de même nature et sont déterminantes sur l'issue du litige.

En définitive, l'objet du droit de présence renvoie ou devrait renvoyer à la présence de son titulaire au cours d'opérations procédurales qui seront déterminantes sur l'issue du litige. Il est vrai que le caractère déterminant ne peut être véritablement apprécié qu'une fois la décision rendue¹⁶⁷⁴. Ce constat devrait donc conduire, pour préserver la sécurité juridique des procédures, à admettre l'existence d'un droit de présence chaque fois que l'opération est

¹⁶⁷⁰ Cass. crim., 27 juin 2001, n° 00-87.414. V. plus récemment Cass. crim. 20 sept. 2011, n° 11-81.314 : *Bull. crim.* n° 183 ; *AJ Pénal* 2012, p. 47, obs. J. PRONIER ; *RSC* 2012, p. 198, obs. J. DANET.

¹⁶⁷¹ Cette limite est prévue par l'article 513 al. 2 du Code de procédure pénale et fait l'objet d'une jurisprudence séculaire : Cass. crim. 30 oct. 1890 : *Bull. crim.* n° 212 ; Cass. crim., 20 oct. 1892 : *D.* 1894, 1. p. 140.

¹⁶⁷² La Cour de cassation opère ici un contrôle plus souple que celui de la Cour européenne puisqu'elle se contente de vérifier que le témoignage n'était pas l'unique preuve de culpabilité : Cass. crim., 10 mai 2006, n° 05-82.826 ; Cass. crim. 4 mars 2008 : *Bull. crim.* n° 54 ; *AJ Pénal* 2008, p. 245.

¹⁶⁷³ Les expertises notamment se réalisent en l'absence des parties en matière pénale, celles-ci ayant simplement l'occasion de formuler des observations si le juge d'instruction sollicite de l'expert la rédaction d'un rapport provisoire (art. 167-2 C. proc. pén.) ou de contester le rapport à l'audience.

¹⁶⁷⁴ Le raisonnement ne surprend toutefois pas : s'agissant d'un droit de nature processuelle non prévu de façon explicite par les textes, son existence et son efficacité se révèlent principalement par les sanctions afférentes, c'est-à-dire une fois l'atteinte supposée relevée. Si le droit a pu être mis en œuvre sans encombre, aucun contentieux ne naîtra à cette occasion, ne pouvant alors conforter sa reconnaissance.

susceptible d'avoir une influence notable sur la décision. L'identification de l'objet du droit de présence n'est cependant pas suffisante pour circonscrire les éléments objectifs d'un tel droit. Le droit subjectif ayant comme caractéristique principale d'offrir à son titulaire un certain nombre de prérogatives, il reste en effet à déterminer quelles sont les prérogatives concrètes offertes au titulaire de ce droit.

2- Le contenu du droit de présence

422. Droit d'exiger d'avoir été mis en mesure d'être présent – Déterminer le contenu du droit de présence n'est pas chose aisée. A ce stade, il faut en effet s'accorder sur les prérogatives juridiques que confère le droit de présence à son titulaire. Si l'on retient que le droit subjectif octroie à son titulaire un droit d'exiger, d'imposer ou d'interdire quelque chose¹⁶⁷⁵, il faut admettre que si le droit d'être présent revient simplement à pouvoir se rendre physiquement sur le lieu de l'opération procédurale visée, les prérogatives juridiques qui y sont attachées ne peuvent se trouver que dans ce qu'il est possible d'exiger pour être mis en mesure d'exercer ce droit. Il y a peu d'intérêt en effet à considérer que le contenu du droit de présence se limite à une faculté pour son titulaire de se rendre sur le lieu de l'opération procédurale. L'intérêt d'un tel droit se retrouve en revanche pour permettre de sanctionner juridiquement les autorités étatiques qui n'auraient pas *a priori* mis en mesure le plaideur d'être présent. Le droit de présence suppose donc que le plaideur ait le choix de se présenter ou non. Pour cette raison, ce choix doit lui être effectivement offert afin qu'il puisse l'exprimer. C'est dire que la prérogative concrète du droit de présence tient, d'une part, dans le droit d'exiger *a priori* d'avoir été mis en mesure d'être présent (a) et, d'autre part, dans le droit d'être mis en mesure de s'opposer à l'organisation de leur absence dans le cas particulier de la visioconférence (b).

a- Droit d'exiger d'être mis en mesure d'être présent

423. Hésitations sur l'existence d'un droit subjectif – L'identification d'un droit subjectif peut, de prime abord, laisser dubitatif. Si l'on s'en tient à la lettre des textes, ceux-ci imposent aux autorités judiciaires, voire à certains auxiliaires de justice, de convoquer les parties. C'est ainsi le cas en procédure civile, l'article 160 du Code régissant la matière prévoyant que les parties sont convoquées, soit par le secrétaire du juge qui procède à la mesure d'instruction, soit par le technicien commis. Si le terme de convocation pourrait sembler indiquer une injonction plus qu'une invitation à se présenter, la présence des parties n'est cependant pas une obligation pour elles, dès lors que leur audition n'est pas requise, l'article 161 du même code prévoyant qu'en pareille hypothèse, elles peuvent se dispenser de

¹⁶⁷⁵ J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, préc., n° 185 et s.

s'y rendre¹⁶⁷⁶. Les modalités de convocation des parties, au besoin par citation, font en outre apparaître l'exigence d'un délai minimum entre la date de la convocation et celle de l'opération procédurale visée, délai nécessaire pour permettre au titulaire du droit de présence de s'organiser en vue d'assister à une telle opération. Ce délai est en effet tantôt prévu par les textes¹⁶⁷⁷, tantôt apprécié par les juges du fond au regard de la possibilité offerte aux parties de s'organiser pour assister à l'opération¹⁶⁷⁸. Il reste que les textes comme la jurisprudence ne font pas mention d'un droit, de telle sorte que l'on peut se demander si cette exigence imposée ne ressortirait pas plutôt d'une légalité procédurale objective bien plus que d'un droit subjectif à être mis en mesure d'être présent. Le concept de légalité procédurale renvoie en effet notamment au contrôle de légalité opéré par la Cour de cassation¹⁶⁷⁹ et se définit comme le « *respect des normes procédurales* »¹⁶⁸⁰. Or, on pourrait admettre que, comme en matière de recours pour excès de pouvoir en contentieux administratif, le contentieux de la légalité procédurale repose seulement sur « *un droit subjectif à la suppression de l'illégalité* » et non sur un « *droit subjectif à la légalité* »¹⁶⁸¹. Appliqué à la présence et plus particulièrement à un supposé droit de présence, son titulaire n'aurait pas de véritable prérogative lui permettant d'exiger d'être mis en mesure d'être présent mais seulement une prérogative lui permettant de contester cette absence de potentialité offerte, ce qui reviendrait à nier l'existence d'un droit subjectif de présence.

424. Confirmation de l'existence d'un droit subjectif – Pourtant, l'analyse contraire semble devoir être préférée. D'abord, le concept de légalité procédurale ne semble pas s'opposer *a priori* à l'existence de véritables droits subjectifs, étant observé qu'il s'agira

¹⁶⁷⁶ Cette hypothèse illustre ainsi la distinction du domaine de l'obligation et du droit de présence : alors qu'il y a une obligation lorsque la mesure d'instruction est orientée vers la partie elle-même, leur présence se mue en un droit si la mesure d'instruction n'est pas dirigée vers elle. V. *supra* n° 359.

¹⁶⁷⁷ V. par ex. art. 552 C. proc. pén., qui impose un délai d'au moins 10 jours entre le jour où la citation à comparaître est délivrée et le jour fixé pour la comparution devant le tribunal correctionnel ou de police. Le fait que le délai soit allongé lorsque la partie citée réside dans un département d'outre-mer et est citée devant une juridiction métropolitaine montre bien que ce délai est destiné à permettre à la partie de s'organiser pour être présente, puisqu'il n'est en revanche pas allongé si elle est citée dans le département d'outre-mer dans lequel elle réside. V. également l'art. R. 621-7 C. J. A. qui prévoit un délai de quatre jours entre l'avis adressé aux parties par l'expert et la date de l'expertise.

¹⁶⁷⁸ V. ainsi pour des décisions considérant que l'expertise n'est pas opposable à certaines parties, lorsque le délai entre la convocation et l'expertise est insuffisant : CA Aix-en-Provence, 2^o Ch., 15 nov. 2005, n° 2005/720 ; CA Grenoble, 1^o Ch. civ., 5 janv. 2009, n° 07/00462. Pour des décisions considérant que le délai a été suffisant pour permettre aux parties de s'organiser, v. par ex : CA Chambéry, 1^o Ch. civ., 16 mars 2010, n° 09/00242, qui considère que la brièveté du délai entre la convocation et la réunion d'expertise est un vice de forme qui n'entraîne la nullité qu'en présence d'un grief ; ou encore CA Paris, Pôle 4 chambre 6, 4 avril 2014, n° 13/10126, qui rejette une demande en nullité d'une expertise au motif que le court délai entre la convocation et l'expertise était suffisant pour permettre aux parties de s'organiser.

¹⁶⁷⁹ L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », *BICC* n° 636, 15 mars 2006, n° 1.

¹⁶⁸⁰ L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », art. préc., n° 3.

¹⁶⁸¹ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, préc., n° 35. Motulsky s'emploie à cette démonstration pour affirmer que le droit d'action n'a pas nécessairement pour support un droit subjectif substantiel préexistant.

nécessairement de droits subjectifs processuels. Ce constat est d'ailleurs corroboré par le fait que l'une des sources principales de la légalité procédurale est l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁶⁸², lequel proclame expressément toute une série de droits subjectifs processuels reconnus comme tels. Ensuite et surtout, si le droit de présence confère certes à son titulaire la faculté d'exiger une sanction en cas de violation de celui-ci¹⁶⁸³, il lui permet également d'exiger positivement d'être mis en mesure d'assister à certaines opérations procédurales. Cette prérogative s'illustre parfaitement dans l'articulation opérée par les juridictions administratives entre le droit des étrangers et le droit de comparaître personnellement devant une juridiction¹⁶⁸⁴. La question a en effet été portée devant les juridictions administratives de savoir dans quelle mesure les autorités administratives avaient compétence liée pour accorder ou refuser un droit de séjour à un étranger lorsque celui-ci est convoqué devant une juridiction française. Les enseignements de la jurisprudence administrative¹⁶⁸⁵ sur cette question sont ambigus. A première vue, il semble en effet que le Conseil d'Etat fonde la compétence liée des autorités consulaires pour accorder un visa de court séjour à un étranger non pas sur un droit de comparaître personnellement, mais sur l'obligation de comparaître personnellement. Ainsi, dans un arrêt du 6 juin 2007, la haute juridiction administrative se prononce en chambres réunies pour affirmer que « *l'administration consulaire [...] est tenue de réserver aux demandes de visa de court séjour une suite favorable lorsque l'étranger doit se voir reconnaître le bénéfice des garanties résultants des articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* », ajoutant que « *tel est le cas lorsque l'étranger doit comparaître personnellement* »¹⁶⁸⁶. La jurisprudence administrative semble alors opérer une distinction quant à l'existence du droit de présence susceptible de fonder une demande de visa. Si l'étranger est astreint à un devoir de présence, il peut invoquer à son profit un droit de présence susceptible de fonder la demande de visa¹⁶⁸⁷ ou toute autre mesure visant à lui accorder un droit de séjour¹⁶⁸⁸. En revanche, s'il n'est pas astreint à une charge de présence personnelle et peut se faire représenter, il ne peut invoquer un droit de présence à l'appui de

¹⁶⁸² L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », art. préc., n° 13.

¹⁶⁸³ Sur ces sanctions, v. *infra* n° 446 et s.

¹⁶⁸⁴ V. C. CHARPY, « L'articulation entre le droit au séjour et le droit de comparaître personnellement devant une juridiction », *AJDA* 2011, p. 107.

¹⁶⁸⁵ La compétence pour ce contentieux a en effet été attribuée aux juridictions administratives par le Tribunal des conflits dans une décision rendue le 23 octobre 2000 (TC, 23 oct. 2000, n° 3227 : *AJDA* 2001, p. 143, obs. M. GUYOMAR et P. COLLIN), décision par laquelle le Tribunal des conflits refuse la qualification de voie de fait au refus de visa de court séjour opposé par un conseil à un étranger appelé à comparaître en personne à une audience devant une juridiction française.

¹⁶⁸⁶ CE, Sous-sect. réunies, 6 juin 2007, n° 292076, concl. Y. AGUILA, *LPA* 26 oct. 2007, n° 215, p. 18.

¹⁶⁸⁷ CE, ord., 18 sept. 2008, n° 320384 : *Rec. Lebon* T. 766.

¹⁶⁸⁸ Pour la suspension d'un arrêté de reconduite à la frontière, v. TA Marseille, ord., 17 avr. 2010, n° 1002614 : *AJDA* 2011, p. 107, comm. C. CHARPY.

sa demande de visa¹⁶⁸⁹. Il est vrai que la confusion entre le droit et la charge de présence est de nature à entretenir le doute sur l'existence d'un véritable droit subjectif à la présence. Néanmoins, l'on peut observer, avec le commissaire du gouvernement ayant conclu dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 6 juin 2007, que « *la présence personnelle du justiciable pourrait être regardée comme un droit, au regard par exemple de la nature des questions posées* »¹⁶⁹⁰, puisque dans certaines procédures orales, « *la présence à l'audience est utile, sans être une obligation* »¹⁶⁹¹. Au surplus, la faculté de se faire représenter ne saurait en réalité faire obstacle à la reconnaissance de l'existence du droit de présence, sauf à la muer en représentation obligatoire. En effet, si le justiciable a la faculté de se faire représenter, c'est bien qu'il a également la faculté de *ne pas* se faire représenter et donc le droit de choisir d'être présent personnellement. En réalité, le fait que la jurisprudence administrative prenne en compte ce critère pour déterminer sa position à l'égard des demandes visant à obtenir un droit de séjour est plus une illustration des obstacles juridiques à l'exercice de ce droit¹⁶⁹² qu'une démonstration de son inexistence. Ainsi, si le droit de présence est susceptible de fonder les demandes de droit de séjour, c'est bien que son contenu ne se limite pas à un seul droit d'en obtenir la sanction mais comprend également le droit d'exiger d'être mis en mesure d'être présent au cours des opérations procédurales visées.

425. Mécanismes s'assurant que les parties soient mises en mesure d'être présentes – Plusieurs mécanismes permettent d'ailleurs de s'assurer que les parties ont bien été concrètement mises en mesure d'être présentes. Ainsi, de nombreux textes prévoient des mécanismes de réassignation. En matière civile, le président du tribunal de grande instance peut à ce titre ordonner la réassignation du défendeur qui ne comparaît pas¹⁶⁹³. De même, les dispositions régissant la procédure devant la cour d'appel avec représentation obligatoire prévoient que la déclaration d'appel est notifiée à l'intimé par lettre simple par le greffier mais que si la lettre de notification est retournée au greffe ou que l'intimé n'a pas constitué avocat, une nouvelle notification de la déclaration d'appel, cette fois par voie de signification, est nécessaire¹⁶⁹⁴. Or, la signification permet de s'assurer que l'information est bien parvenue à l'intimé puisqu'elle doit être faite, par principe, à personne¹⁶⁹⁵. En matière pénale, des dispositions analogues existent également. Ainsi, un jugement par itératif défaut ne peut être rendu qu'à la condition que l'opposant ait été informé de la date de l'audience au cours de

¹⁶⁸⁹ CE, Sous-sect. réunies, 6 juin 2007, préc. : « *L'administration n'est pas tenue à une telle obligation [de délivrance de visa] dès lors que l'étranger a la faculté de se faire représenter devant son juge* ».

¹⁶⁹⁰ Y. AGUILA, concl. CE, 6 juin 2007, préc., *LPA* 26 oct. 2007, n° 215, p. 18.

¹⁶⁹¹ *Ibid.*

¹⁶⁹² Sur cette question, v. *infra* n° 480478.

¹⁶⁹³ Art. 760 al. 2 C. proc. civ.

¹⁶⁹⁴ Art. 902 al. 2 C. proc. civ.

¹⁶⁹⁵ Art. 654 C. proc. civ.

laquelle il doit être statué sur l'opposition, soit directement au moment où l'opposition a été formée, soit par une nouvelle citation¹⁶⁹⁶. Dans le cas contraire, en l'absence de réassignation, une nouvelle opposition sera possible¹⁶⁹⁷. De même, si le prévenu est empêché de comparaître indépendamment de sa volonté, il ne peut être jugé en son absence à moins d'avoir expressément renoncé à sa comparution personnelle¹⁶⁹⁸ : sa demande de renvoi aurait donc dû être acceptée. Tout est donc mis en œuvre afin que la partie soit concrètement mise en mesure d'être présente.

426. Prérogative consistant en une simple potentialité – Il ne faut cependant pas se méprendre sur cette prérogative. Il ne s'agit là que de pouvoir exiger d'être mis en mesure d'être présent et non de pouvoir exiger d'être concrètement présent. La prérogative conférée par le droit de présence à son titulaire est donc celle qui permet d'exiger une possibilité d'être présent et non une mise en œuvre concrète de la présence. Cette restriction du contenu du droit de présence à la seule exigence d'une potentialité de présence emporte deux conséquences.

D'abord, elle implique que si le titulaire du droit de présence doit simplement s'être vu offrir une possibilité adéquate d'être présent, il peut tout à fait ne pas s'en saisir¹⁶⁹⁹. Ainsi, l'article 161 du Code de procédure civile prévoit-il expressément que les parties peuvent se dispenser de se rendre sur le lieu de l'expertise si la mesure n'implique pas leur audition personnelle. Le fait que le droit de présence renvoie nécessairement à une simple faculté de se présenter met cependant en lumière une difficulté qui est celle de l'articulation entre le droit et le devoir de présence, spécifiquement en matière pénale au cours des audiences de jugement, puisqu'il semble y avoir en la matière un cumul entre un devoir et un droit de présence. En réalité, il est possible de considérer que les deux ne sont pas théoriquement incompatibles : le devoir de présence se fait jour si l'on considère l'audience dans son ensemble comme une opération procédurale unique dans sa fonction d'appréciation des réactions de la personne poursuivie¹⁷⁰⁰. En revanche, si l'on place le regard sur chacune des opérations procédurales particulières qui composent l'audience pénale et qui visent à mettre à la disposition des juges des éléments susceptibles de déterminer l'issue du jugement, le droit de présence revient en lumière. La superposition de ces différentes opérations procédurales absorbées par une même situation matérielle permet peut-être d'expliquer l'affaiblissement des sanctions du devoir de

¹⁶⁹⁶ Art. 494 C. proc. pén.

¹⁶⁹⁷ Cass. crim., 26 mars 2008, n° 07-81.960 : *Bull. crim.* n° 75 ; *AJ Pénal* 2008, p. 287, note M. NORD-WAGNER.

¹⁶⁹⁸ Cass. crim., 29 juin 2011, n° 10-83.466 : *RSC* 2012, p. 199, note J. DANET. Cet arrêt a été rendu dans une affaire où le prévenu était assigné à résidence à l'étranger et ne pouvait par conséquent pas comparaître devant le juge français.

¹⁶⁹⁹ Cette faculté fait d'ailleurs écho à la définition du droit subjectif de Roubier, qui l'envisage comme une prérogative à laquelle il est, en principe, possible de renoncer : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, préc., n° 9, spéc. p. 73.

¹⁷⁰⁰ Pour la qualification de l'audience comme une opération procédurale unique, v. *supra* n° 64.

présence¹⁷⁰¹, inversement proportionnel à la reconnaissance d'un droit de présence, de telle sorte que certains auteurs envisagent, à côté de la présence, envisagée comme un droit, de « *faire une place pour le droit à la distance et à l'absence* »¹⁷⁰², ce qui ne serait en réalité que l'autre facette du droit de présence.

Ensuite, le fait que le titulaire du droit de présence puisse simplement exiger d'être mis en mesure d'être présent implique qu'il ne puisse pas reprocher aux autorités de ne pas avoir été concrètement présent, dès lors qu'il a été en mesure de se présenter. C'est en ce sens qu'il est possible d'interpréter la jurisprudence, tant judiciaire qu'administrative, relative à la présence des parties aux opérations d'expertise, lorsqu'elle affirme qu'une partie « *ne peut invoquer le caractère non contradictoire d'une expertise [lorsqu'elle] se dérobe aux convocations qui lui sont adressées* »¹⁷⁰³. Il est également possible d'y voir le fondement de la jurisprudence de la Chambre criminelle sur la question du droit au témoin, lorsqu'elle déclare que ne méconnaît pas l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme l'arrêt qui rejette la demande de complément d'information présentée par un prévenu aux fins d'audition contradictoire de témoins, auxquels il n'avait pas été confronté « *dès lors qu'il n'a pas usé de la faculté, qui lui était offerte par l'article 513, alinéa 2, du code de procédure pénale, de faire citer devant la juridiction du second degré des témoins en vue de leur audition* »¹⁷⁰⁴. Cet arrêt interprété à la lumière du droit à être présent lors du recueil au témoignage, il semble que les juges de la Cour de cassation considèrent que, dès lors que le prévenu a eu la possibilité d'être mis en présence du témoin, il ne peut reprocher aux magistrats de ne pas s'être saisi lui-même de cette faculté. Cette solution, au demeurant conforme à la jurisprudence européenne, qui apprécie le droit au témoin au regard d'une possibilité adéquate d'y être confronté, vient donc illustrer que le droit de présence s'entend juridiquement comme le droit d'exiger de se voir offrir une possibilité concrète d'être présent lors de l'opération procédurale, droit qui est sanctionné. Un autre exemple peut être tiré des conditions d'exécution du mandat d'arrêt européen et en particulier des motifs susceptibles de justifier un refus d'exécution de la part de l'Etat requis. Depuis la loi du 5 août 2013¹⁷⁰⁵, l'article 695-22-1 du Code de procédure pénale dispose en effet que l'exécution du mandat d'arrêt européen est refusée dans le cas où l'intéressé n'a pas comparu en personne, sauf s'il se trouve dans une situation dans laquelle il a en réalité bénéficié des informations nécessaires

¹⁷⁰¹ V. *supra* n° 379 et s.

¹⁷⁰² E. JEULAND, *Droit processuel général*, 3^e éd., LGDJ, 2014, Coll. Domat Droit privé, n° 228.

¹⁷⁰³ Cass. com., 26 fév. 1980 : *JCP G* 1980 IV 184 ; Cass. civ. 3^e, 17 nov. 1993 : *JCP G* 1994 IV 157 ; Cass. civ. 3^e, 5 oct. 1994, n° 92-10.827 : *Bull. civ.* III, n° 162. V. pour la jurisprudence administrative CE, 2 mars 1900, *Ville de Montargis* : *Rec. Lebon* p. 19.

¹⁷⁰⁴ Cass. crim., 25 fév. 2014, n° 13-81.508 : *Bull. crim.* n° 49.

¹⁷⁰⁵ Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France. Cette loi a porté transposition de la décision-cadre 2009/299/JAI renforçant les droits procéduraux des personnes et favorisant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions rendues en l'absence de la personne concernée lors du procès.

à sa comparution¹⁷⁰⁶ ou qu'il va bénéficier d'une information destinée à lui permettre d'exercer un recours¹⁷⁰⁷. C'est également ce qu'il ressort de l'article 8 de la récente directive européenne relative au droit d'assister à son procès¹⁷⁰⁸, lequel prévoit en substance que le procès peut se dérouler, par exception, en l'absence du prévenu si ce dernier a bénéficié en temps utile d'une information sur la tenue du procès.

Le droit d'être présent serait cependant une illusion si le législateur pouvait imposer au plaideur un mode de comparution impliquant nécessairement son absence, raison pour laquelle dans l'hypothèse particulière de la visioconférence, le droit d'être présent suppose également que son titulaire puisse consentir ou refuser l'usage de la visioconférence.

b- Droit de consentir ou de refuser l'usage de la visioconférence

427. Droit de présence et visioconférence – L'utilisation de la visioconférence est une exception à la comparution corps présent, c'est-à-dire à la présence. Or, dans la mesure où le droit de présence suppose que son titulaire ait la faculté de choisir d'être ou non présent, le choix de recourir à la visioconférence ne devrait être possible qu'avec son consentement pour les opérations procédurales déterminantes sur l'issue du litige. Ainsi, et malgré quelques exceptions, le principe en la matière reste effectivement le consentement des parties – titulaires du droit de présence¹⁷⁰⁹ – au recours à la visioconférence lorsqu'elle est une alternative à leur présence personnelle.

428. Principe de l'exigence du consentement à la visioconférence – En matière de recours à la visioconférence, la règle de principe est posée par l'article L. 111-12 du Code de l'organisation judiciaire, lequel dispose que « *les audiences devant les juridictions judiciaires, [...] peuvent par décision du président de la formation, d'office ou à la demande d'une partie et avec le consentement de l'ensemble des parties, se dérouler dans plusieurs salles d'audience reliées directement par un moyen de télécommunication audiovisuelle garantissant la confidentialité de la transmission* ». Le principe est donc posé de la nécessité de recueillir le consentement de l'ensemble des parties à la dématérialisation des audiences. Cette exigence est un gage de l'effectivité du droit de présence des parties puisqu'elle leur permet ainsi de choisir leur mode de comparution et, par conséquent, d'exercer leurs prérogatives. Les dernières modifications envisagées pour l'article L. 111-12 du Code de l'organisation judiciaire ne semblent d'ailleurs pas devoir remettre en cause ce principe. Si le

¹⁷⁰⁶ Art. 695-22-1 1°, 2° et 3° C. proc. pén.

¹⁷⁰⁷ Art. 695-22-1 4° C. proc. pén.

¹⁷⁰⁸ Directive (UE) 2016/343 du 9 mars 2016 du Parlement européen et du Conseil portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales.

¹⁷⁰⁹ V. *infra* n° 435.

rapport Delmas-Goyon¹⁷¹⁰ préconise un élargissement du recours à la visioconférence pour permettre aux avocats de plaider à distance, hors la présence du public, dans les contentieux avec représentation obligatoire, l'exigence du consentement des parties ne semble pas devoir disparaître.

L'article L. 111-12 du Code de l'organisation judiciaire réserve cependant l'application de dispositions spécifiques à certains contentieux, en précisant que ces dispositions générales sont « *sans préjudice des dispositions particulières du code de la santé publique, du code de procédure pénale et du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* ». Certaines de ces dispositions exigent toutefois également le recueil du consentement du titulaire du droit de présence. Ainsi, l'article 706-71 du Code de procédure pénale prévoit que l'usage de la visioconférence est possible pour la comparution du prévenu détenu devant le tribunal de correctionnel avec le consentement de toutes les parties, ainsi que du ministère public¹⁷¹¹. Cette exigence de consentement de la personne poursuivie est également prévue par l'article 24.2 a de la directive européenne du 3 avril 2014 relatif à la décision d'enquête européenne¹⁷¹² qui fait de l'absence de consentement de la personne suspectée ou poursuivie un motif de refus d'exécution de la décision d'enquête.

429. Consentement implicite – Des dispositions autres que celles visées par l'article L. 111-12 du Code de l'organisation judiciaire ne font cependant pas référence explicitement au consentement du titulaire du droit de présence mais ne l'ignorent pas pour autant. A titre liminaire, il convient de remarquer que le renvoi aux dispositions du Code de la santé publique est, à notre connaissance, aujourd'hui inutile et résulte d'un oubli du législateur. En effet, ce renvoi avait été inséré dans l'article L. 111-12 du Code de l'organisation judiciaire par la loi du 5 juillet 2011¹⁷¹³ afin de permettre l'application de l'article L. 3211-12-2 du Code de la santé publique créé par la même loi et prévoyant la possibilité pour le juge des libertés et de la détention, amené à statuer sur l'hospitalisation sous contrainte des patients, de recourir à la visioconférence. Cette possibilité a cependant été supprimée par la loi du 27 septembre 2013¹⁷¹⁴, à la suite de l'avis du contrôleur général des lieux de privations de liberté¹⁷¹⁵, et il

¹⁷¹⁰ P. DELMAS-GOYON, *La justice du 21^{ème} siècle. Un citoyen acteur, une équipe de justice*, Rapport remis au Garde des Sceaux, décembre 2013, proposition n° 61, p. 122.

¹⁷¹¹ Art. 706-71 al. 2 C. proc. pén.

¹⁷¹² Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

¹⁷¹³ Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.

¹⁷¹⁴ Loi n° 2013-869 du 27 septembre 2013 modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge. Sur cette loi, v. S. THERON, « La loi du 27 septembre 2013 : une révision partielle du régime des soins psychiatriques », *RDSS* 2014, p. 133. L'auteur y remarque que cette suppression est un « *apport tout à fait essentiel pour la protection des droits des patients* ».

¹⁷¹⁵ Avis du contrôleur général des lieux de privation de liberté du 14 oct. 2011 relatif à l'emploi de la visioconférence à l'égard des personnes privées de liberté, point 6.

aurait été de bon aloi que le législateur en tire les conséquences pour l'article L. 111-12 du Code de l'organisation judiciaire. Quant aux dispositions du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, si ces dernières n'exigent pas un consentement exprès de l'étranger entendu au moyen de la visioconférence, le dispositif ménage cependant à l'étranger une possibilité de refuser ce mode de comparution¹⁷¹⁶. Cette condition a d'ailleurs été reprise par le Conseil d'Etat validant le décret réformant la procédure devant la Commission nationale du droit d'asile¹⁷¹⁷ aux motifs que, bien que l'article L. 733-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile n'exige pas l'institution d'une procédure de consentement exprès, des garanties suffisantes existent en ce que l'étranger est préalablement informé de son droit de s'opposer à la mise en œuvre de cette procédure dans un délai de quinze jours¹⁷¹⁸.

C'est d'ailleurs la même logique qui semble prévaloir en procédure pénale lorsque le recours à la visioconférence est envisagé pour une audience au cours de laquelle il doit être statué sur le placement en détention provisoire ou la prolongation de cette mesure. L'article 706-71 alinéa 3 *in fine* du Code de procédure pénale prévoit en effet à cet égard que la personne détenue peut refuser l'utilisation de la visioconférence. La Cour de cassation se contente cependant d'une absence de refus exprès. Elle a ainsi pu valider le recours à la visioconférence dès lors que le détenu ne s'y était pas expressément opposé¹⁷¹⁹.

430. Exceptions à l'exigence de consentement à la visioconférence – Les hypothèses sont cependant nombreuses en procédure pénale pour lesquelles le recours à la visioconférence pour éviter d'avoir à extraire le détenu ne nécessite pas son consentement. Il serait fastidieux de recenser ici toutes ces hypothèses dans la mesure où l'article 706-71 du Code de procédure pénale, qui les prévoit, est un article que l'on peut qualifier de « *fourre-tout* »¹⁷²⁰. En réalité, la jurisprudence de la Cour de cassation a rappelé à de nombreuses reprises que le consentement du détenu pour recourir à son audition ou son interrogatoire par visioconférence n'était exigé que lorsque l'audience a pour objet le placement en détention

¹⁷¹⁶ Art. L. 213-9 CESEDA s'agissant du contentieux de contestation des décisions de transfèrement suite au refus d'entrée sur le territoire opposé à l'étranger devant le Président du Tribunal administratif ; art. L. 733-1 CESEDA s'agissant de la procédure suivie devant la Commission nationale du droit d'asile compétente pour statuer sur les recours contre les décisions de l'Office national de protection des réfugiés et des apatrides.

¹⁷¹⁷ Décret n° 2013-751 du 16 août 2013. Sur ce décret, v. J. KRULIC, « La réforme de la procédure devant la Cour nationale du droit d'asile.- Clarification et mise en conformité avec les exigences du droit au procès équitable », *AJDA* 2013, p. 2371.

¹⁷¹⁸ CE, 23 sept. 2013, *Syndicat des avocats de France*, n° 360070, cons. 6 : *AJDA* 2013, p. 1889.

¹⁷¹⁹ Cass. crim., 15 févr. 2012, n° 11-88.289 : la Cour de cassation valide ici le recours à la visioconférence dès lors que le détenu, bien que critiquant le recours à la visioconférence, n'avait pas manifesté expressément son refus. V. aussi Cass. crim., 1^{er} oct. 2013, n° 13-85.013 : « *ni le détenu, qui s'est exprimé, ni son avocat, qui a présenté des observations orales au soutien de son mémoire, n'ont soulevé d'incident caractérisant un refus du recours à ce moyen de télécommunication audiovisuelle* ».

¹⁷²⁰ L. BELFANTI, « La visioconférence en matière pénale : entre utilité et controverses », *AJ Pénal* 2014, p. 165.

provisoire ou le prolongement de celle-ci. Elle rappelle ainsi que « *aux termes du troisième alinéa de l'article 706-71 du code de procédure pénale, le détenu n'a la faculté de refuser l'utilisation d'un moyen de télécommunication audiovisuelle que lorsqu'il s'agit d'une audience au cours de laquelle il doit être statué sur le placement en détention provisoire ou sur la prolongation de la détention provisoire* »¹⁷²¹. Néanmoins, cette absence de nécessité du consentement systématique pour recourir à la visioconférence ne remet pas en cause l'existence du droit de présence. En effet, il faut observer qu'une partie des hypothèses de recours à la visioconférence sans le consentement des parties concernent des opérations procédurales non déterminantes sur l'issue du litige. Il en va ainsi de l'interrogatoire préalable de l'accusé par le président de la Cour d'assises prévu par l'article 272 du Code de procédure pénale, puisqu'au cours de cet interrogatoire, le président n'a pas le pouvoir de provoquer des déclarations de l'accusé sur le fond de l'affaire¹⁷²², l'interrogatoire portant sur l'identité de l'accusé et permettant de s'assurer que celui-ci a reçu la notification de la décision de mise en accusation¹⁷²³. Il en va de même de l'audience au cours de laquelle un jugement, qui avait été mis en délibéré, est prononcé ou encore de la notification d'une expertise à une personne détenue. Dans ces hypothèses, faute d'opération déterminante sur l'issue du litige, il ne saurait y avoir de droit de présence et l'absence de nécessité du consentement s'explique aisément. Il reste toutefois d'autres hypothèses, qui concernent cette fois des opérations procédurales déterminantes sur l'issue du litige – tel est le cas de l'interrogatoire ou de la confrontation au stade de l'enquête ou de l'instruction, du témoignage au stade du jugement, du contentieux de la détention provisoire, de la comparution du prévenu devant le tribunal de police, des audiences devant la commission d'indemnisation des victimes d'infractions, devant le président de la cour d'appel statuant sur la des demandes de réparation d'une détention provisoire, devant le Commission nationale de réparation des détentions, devant la commission d'instruction des demandes en révision et en réexamen et devant la cour de révision et de réexamen. Dans ces hypothèses, on peut regretter que, faute d'exiger le consentement des parties, le droit de présence souffre d'un défaut d'effectivité. Il reste que cela ne paraît pas devoir remettre en cause l'économie générale du recours à la visioconférence et son exigence de consentement, dès lors que la majorité de ces exceptions s'expliquent par une confrontation avec le principe de célérité, voire avec le risque de trouble à l'ordre public¹⁷²⁴, que certaines de ces exceptions sont encadrées¹⁷²⁵ – ainsi, l'interrogatoire et les confrontations au stade de l'enquête ou de l'instruction ne peuvent se dérouler par

¹⁷²¹ Cass. crim., 11 juin 2013, n° 13-82.061. V également Cass. crim., 2 janv. 2012, n° 11-87.520 ; Cass. crim., 14 févr. 2012, n° 11-88.123 ; Cass. crim., 3 oct. 2012, n° 12-84.928 ; et encore récemment Cass. crim., 24 juin 2015, n° 15-82.152.

¹⁷²² Cass. crim., 22 déc. 1970 : *Bull. crim.* n° 350 ; *D.* 1971, p. 52 ; Cass. crim., 5 mai 1982 : *Bull. crim.* n° 114, *RSC* 1983, p. 489, obs. J. ROBERT.

¹⁷²³ Art. 273 C. proc. pén.

¹⁷²⁴ V. *infra* n° 472 et s.

¹⁷²⁵ On peut toutefois regretter que toutes ne le soient pas.

visioconférence que si « *les nécessités de l'enquête ou de l'instruction le justifient* »¹⁷²⁶ – et que, lorsque l'enjeu est tel qu'une mesure privative de liberté risque d'être prononcée ou aggravée, le consentement redevient nécessaire¹⁷²⁷.

En définitive, le droit d'être présent s'entend de la possibilité d'exiger d'être personnellement mis en mesure d'être présent lors des opérations procédurales ayant vocation à recueillir ou à mettre à disposition du juge des éléments déterminants sur l'issue du litige. Toutefois, la détermination des éléments objectifs de qualification du droit de présence est insuffisante. En effet, si l'on s'accorde à dire que le droit subjectif implique un droit d'exiger, il est nécessaire pour parachever l'identification du droit de présence d'en identifier les éléments subjectifs, à savoir qui peut exiger et à l'égard de qui.

B- Les éléments subjectifs du droit de présence

431. Destinataire et titulaire du droit de présence – Rechercher les éléments subjectifs du droit de présence implique de déterminer qui est son destinataire et qui est son titulaire. En effet, si les qualificatifs de sujets « actif » et « passif » du droit sont parfois adoptés¹⁷²⁸, les termes de « titulaire » et « destinataire » semblent devoir être préférés, en raison de l'ambiguïté du terme de sujet. Alors que Motulsky observait que le terme de « sujet passif » révèle un oxymore puisque la notion de sujet impose une « valeur active »¹⁷²⁹, l'étymologie du terme indique l'inverse puisque le sujet est historiquement celui qui est soumis¹⁷³⁰. Il semble donc préférable, par souci de clarté, d'adopter les termes de « destinataire » du droit pour en désigner le sujet « passif » et de conserver le vocable de « titulaire » pour désigner celui qui en bénéficie. Partant, il nous revient d'identifier le destinataire du droit de présence (1) avant d'en préciser les titulaires (2).

1- Le juge, destinataire du droit de présence

432. Hypothèse du juge destinataire du droit de présence – Le destinataire du droit de présence est celui sur qui pèse l'exigence de mettre le titulaire du droit en mesure d'assister à l'opération procédurale visée. Si le terme d'« autorité » a été préalablement employé pour désigner ce destinataire, des précisions s'imposent néanmoins. S'agissant d'un droit de nature

¹⁷²⁶ Art. 706-71 al. 1.

¹⁷²⁷ V. *infra* n° 482.

¹⁷²⁸ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, (reprod. de l'ouvrage de 1901), éd. La Mémoire du droit, 2001, Coll. Références, p. 320 ; et encore récemment J. ROCHFELD, « Les droits subjectifs », in *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., PUF, 2013, Coll. Thémis Droit, p. 174.

¹⁷²⁹ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, préc., p. 32.

¹⁷³⁰ J. DUBOIS, H. MITTERRAND et A. DAUZAT, « Sujet », in *Dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse, 2011, Coll. Les grands dictionnaires Larousse, p. 959.

processuelle, l'intuition conduit nécessairement à s'orienter vers le juge ou, plus largement, les juridictions.

433. Droit européen et juge destinataire du droit de présence – Se tournant vers le droit européen, et plus précisément le droit européen des droits de l'Homme rendu en matière pénale – domaine de prédilection du droit de présence –, l'hypothèse du juge comme destinataire du droit de présence semble recevoir quelque crédit. La Cour européenne s'est en effet à plusieurs reprises prononcée en faveur d'une obligation positive pesant sur les juridictions nationales d'offrir une chance à tout prévenu de se défendre lui-même en étant personnellement présent à l'audience¹⁷³¹. Cette obligation positive¹⁷³² existe alors même que l'avocat du prévenu ne solliciterait pas la convocation de son client¹⁷³³. Il en découlerait, selon la Cour européenne, l'obligation pour les juridictions de s'assurer que le prévenu a été correctement cité et, le cas échéant, de veiller à renvoyer l'affaire à une audience ultérieure¹⁷³⁴.

434. Droit interne et juge destinataire du droit de présence – Le droit interne n'est cependant pas si limpide sur la question. Il n'existe pas en effet de dispositions générales imposant au juge, y compris en matière pénale, de renvoyer l'affaire à une audience ultérieure lorsque la personne poursuivie souhaitait être présente mais n'a pu l'être sans faute de sa part. Cela étant, il est possible de déduire l'existence d'une telle obligation pesant sur le juge de certains articles du Code de procédure pénale. Ainsi, en matière pénale devant le tribunal correctionnel, l'article 416 du Code de procédure pénale prévoit que lorsque le prévenu ne peut « *en raison de son état de santé, comparaître devant le tribunal, et s'il existe des raisons graves de ne point différer le jugement de l'affaire, le tribunal ordonne, par décision spéciale et motivée, que le prévenu [...] sera entendu à son domicile ou dans la maison d'arrêt à laquelle il est détenu* ». C'est dire qu'en l'absence de « *raisons graves* », le juge doit en principe différer le jugement, et ce, pour permettre au prévenu d'être présent. Un autre aspect de l'obligation du juge découlant du droit de présence à son encontre est l'obligation qui lui est faite d'ordonner l'audition contradictoire des témoins lorsque le prévenu en fait la

¹⁷³¹ CEDH, 8 fév. 2000, *Cooke c. Autriche*, req. n° 25878/94, § 43 : « *the Court finds that the respondent State was under a positive duty to ensure the applicant's presence in order to enable him "to defend himself in person" as required by Article 6 § 3* » ; CEDH, 3 oct. 2000, *Pobornikoff c. Autriche*, req. n° 28501/95, § 32 : « *in short, the Court finds that the respondent State was under a positive duty to ensure the applicant's presence in order to enable him "to defend himself in person" as required by Article 6 § 3* » ; CEDH, 18 déc. 2001, *R.D. c. Pologne*, req. n° 29692/96 et 34612/97, § 49 : « *That is the requirement of a fair procedure before courts, which, among other things, imposes on the State authorities an obligation to offer an accused a realistic chance to defend himself throughout the entire trial* ».

¹⁷³² En ce sens, v. F. KUTY, *Justice pénale et procès équitable*, préc., n° 562.

¹⁷³³ CEDH, 8 fév. 2000, *Cooke c. Autriche*, préc. ; CEDH, 3 oct. 2000, *Pobornikoff c. Autriche*, préc.

¹⁷³⁴ CEDH, 15 mars 2005, *Yakovlev c. Russie*, req. n° 72701/01, § 22 : « *The Court also notes that the appeal court failed to examine whether the applicant had been duly summoned and, if he had not, to adjourn the examination of the appeal* ».

demande, sauf à motiver son refus¹⁷³⁵. Plus encore, ils ne peuvent, sans s'en expliquer, passer outre la demande de renvoi de l'affaire sollicitée dans le but d'obtenir la convocation et l'interrogation d'un témoin¹⁷³⁶. La solution permet d'autant plus d'y voir une illustration d'un droit de présence à l'encontre du juge qu'elle vient faire exception à la règle de principe, souvent rappelée par la Cour de cassation, selon laquelle les décisions de renvoi sont des mesures d'administration judiciaire et non des décisions juridictionnelles¹⁷³⁷.

S'il est vrai que le droit interne ne fourmille pas d'exemples illustrant les obligations du juge corrélatives au droit de présence, le fait que le juge ait l'obligation de vérifier que le titulaire du droit de présence a bien eu la possibilité de se rendre personnellement sur les lieux de l'opération procédurale objet du droit démontre qu'il est effectivement le destinataire de ce droit de présence¹⁷³⁸. En effet, même lorsque le rôle de convocation des parties revient à un autre que le juge – le technicien commis pour exécuter une mesure d'instruction par exemple¹⁷³⁹, c'est néanmoins au juge qu'il revient de contrôler que le titulaire du droit de présence a eu la possibilité d'être présent. Il est d'ailleurs logique de considérer que le juge est le destinataire du droit de présence, puisqu'il n'y a jamais de lien juridique entre le titulaire du droit de présence et le technicien, lequel a des devoirs à l'égard du juge et non à l'égard des parties, alors qu'il y a au contraire un lien juridique entre le juge et le titulaire d'un droit qui lui permet d'exiger de ne point être jugé au regard d'éléments recueillis à l'occasion d'opérations procédurales auxquelles il n'aurait pas participé. Mais c'est déjà anticiper la question du titulaire de ce droit : le lien qui unit le juge et le titulaire du droit de présence n'est autre en effet que le lien d'instance. Partant, les titulaires du droit de présence ont nécessairement la qualité de partie.

2- Les parties, titulaires du droit de présence

435. Principe : les parties titulaires du droit de présence – Dès lors que parmi les critères de la qualité de partie, se trouve le critère matériel de l'engagement de la personne dans le litige¹⁷⁴⁰, il paraît alors naturel que ce soit elle qui bénéficie des prérogatives accordées par le droit de présence. La combinaison entre les notions de droit subjectif et de partie permet en effet d'arriver à cette conclusion. Le droit subjectif est une prérogative confiée à son

¹⁷³⁵ Cass. crim., 27 juin 2001 : *Bull. crim.* n° 164.

¹⁷³⁶ Cass. crim., 20 sept. 2011 : *D.* 2012, chron. p. 171, obs. C. ROTH ; *AJ Pénal* 2012, p. 47, obs. J. PRONIER ; *RSC* 2012, p. 198, obs. J. DANET.

¹⁷³⁷ V. par ex. Cass. crim., 30 sept. 2003, n° 02-87291 ; Cass. crim., 20 févr. 2008, n° 06-89178.

¹⁷³⁸ La rareté des hypothèses remet en effet moins en cause l'identification du juge comme destinataire du droit de présence que l'effectivité même de ce droit.

¹⁷³⁹ Art. 160 C. proc. civ.

¹⁷⁴⁰ V. *supra* n° 364.

titulaire dans son propre intérêt¹⁷⁴¹, d'où il a été déduit que le droit subjectif de présence est le pouvoir confié à son titulaire d'exiger d'être mis en mesure d'être présent dans son propre intérêt. Or, puisque la solution au litige affecte les intérêts des parties, elles sont seules à avoir un intérêt propre à assister aux opérations procédurales déterminantes sur l'issue du jugement et donc les seules à pouvoir se prévaloir d'un droit de présence. Telle est effectivement la position du droit processuel en vigueur, qui fait de la qualité de partie une qualité à la fois nécessaire et suffisante pour être titulaire du droit de présence.

436. Nécessité de la qualité de partie – D'abord, la qualité de partie est nécessaire. Ainsi, c'est à la personne poursuivie, partie à l'instance, mais également aux parties civiles – en vertu du droit qu'ont les parties civiles de participer au procès pénal¹⁷⁴² – que l'on reconnaît un droit de présence en matière pénale¹⁷⁴³. La jurisprudence a d'ailleurs eu l'occasion de confirmer à ce titre que la qualité de partie était nécessaire : ainsi dans un arrêt rendu le 9 mars 2005 par sa formation criminelle, la Cour de cassation a cassé un arrêt de cour d'appel qui avait énoncé que « *la victime partie civile, non appelante d'un jugement de relaxe, est [...] en droit, sur l'appel du ministère public, au vu de l'article 2 préliminaire et de l'article 2 du Code de procédure pénale, d'être présente aux débats, éventuellement assistée d'un conseil et de faire poser, le cas échéant, des questions au prévenu* »¹⁷⁴⁴, aux motifs que « *la victime partie civile, non appelante d'un jugement de relaxe, n'est plus partie à l'instance d'appel et ne peut être entendue en cette qualité* »¹⁷⁴⁵. Certes, la décision est relative à l'impossibilité d'entendre une victime qui n'est plus partie civile en cette qualité mais il y a en filigrane la négation du droit d'être présent, dès lors que la victime a perdu sa qualité de partie à l'instance. C'est donc que la qualité de partie est nécessaire pour se prétendre titulaire du droit de présence. De même en procédure civile, c'est aux parties qu'appartient le droit d'être mises en mesure d'être présentes par le biais d'une convocation aux mesures d'instruction selon l'article 160 du Code de procédure civile. Il y a donc une corrélation logique entre la qualité de partie et la qualité de titulaire du droit de présence lorsque ce droit existe.

¹⁷⁴¹ C'est là ce qui distingue le droit subjectif du pouvoir.

¹⁷⁴² Pour des considérations plus générales sur la participation de la victime au procès pénal, v. P. BONFILS, « La participation de la victime au procès pénal, une action innommée », in *Le droit pénal à l'aube du 3^{ème} millénaire, Mélanges offerts à J. PRADEL*, Cujas, 2006, p. 180 ; H. BONNARD, « La participation des victimes d'infraction au procès pénal », in *Mélanges offerts à Georges Levasseur : droit pénal, droit européen*, Litec, 1992, p. 287.

¹⁷⁴³ Ce droit de présence des parties civiles peut en effet se déduire d'une part du choix qui leur est offert entre comparution personnelle et représentation (art. 424 C. proc. pén.), et d'autre part, du fait que les parties civiles ont la faculté de poser elles-mêmes des questions aux témoins par l'intermédiaire du président de séance (art. 312 C. proc. pén. devant la Cour d'assises ; art. 442-1 C. proc. pén. en matière correctionnelle ; art. 536 C. proc. pén. en matière contraventionnelle), ce qui se concevrait difficilement si le droit d'être présent ne leur était pas reconnu.

¹⁷⁴⁴ CA Rennes, 12 décembre 2003.

¹⁷⁴⁵ Cass. crim., 9 mars 2005, n° 04-80.384 : *Bull. crim.* n° 86 ; *JCP G* IV, 1978 ; *Dr. pén.* 2005, comm. 99, comm. A. MARON.

437. Exception : les parties potentielles titulaires d'un droit de présence – Il est cependant des cas dans lesquels, par exception, le droit de présence est attribué à des personnes qui n'ont pas la qualité de partie à l'instance. Telle est par exemple l'hypothèse du droit de présence à certaines opérations d'investigation détenu par le suspect d'une enquête pénale. Le droit positif consacre en effet un véritable droit de présence offert à toutes les personnes directement concernées par la perquisition ou la saisie¹⁷⁴⁶. Pourtant, il a déjà été démontré que le suspect à l'enquête pénale n'était pas partie à l'instance pénale, faute d'existence d'une telle instance à ce stade de la procédure¹⁷⁴⁷. L'exception n'est cependant pas inexplicable si l'on considère que sans être encore partie à l'instance pénale, le suspect n'en est pas moins une « partie potentielle » au sens où pèse déjà sur lui, au stade de l'enquête, la menace d'une décision juridictionnelle susceptible de produire des effets à son encontre¹⁷⁴⁸. Cette exception à la corrélation générale entre la qualité de partie et la titularité du droit de présence n'est donc pas de nature à remettre à cause ce lien, d'autant qu'en réalité, ce n'est qu'au moment où le suspect acquiert la qualité de partie qu'il pourra exercer toutes les prérogatives attachées au droit de présence. En effet, si le suspect peut, au stade de l'enquête, se prévaloir du droit d'être mis en mesure d'être présent lors des perquisitions, la faculté de requérir la sanction de la violation de ce droit ne naît quant à elle véritablement que lorsque le suspect devient partie à l'instance pénale. La sanction de l'atteinte au droit de présence du suspect au cours des opérations de perquisition est ainsi permise par la formulation d'une requête en nullité des actes de procédure¹⁷⁴⁹, laquelle est, aux termes de l'article 175 du Code de procédure pénale, ouverte aux seules parties – et au témoin assisté. Il est donc possible de penser que cette relative exception ne remet pas véritablement en cause la règle de principe selon laquelle la qualité de partie est nécessaire à la titularité du droit de présence.

438. Suffisance de la qualité de partie – Nécessaire, la qualité de partie est en outre suffisante pour acquérir le droit de présence. Peu importe en effet la position procédurale des parties puisque tant les demandeurs que les défendeurs au procès disposent de ce droit de présence, et ce, y compris en matière pénale, qui réserve le droit de présence à la fois aux personnes poursuivies et aux parties civiles.

¹⁷⁴⁶ Sur cette question, v. V. TELLIER-CAYROL, « La perquisition sans la présence ou l'assentiment du domiciliaire : quel régime », art. préc.

¹⁷⁴⁷ V. *supra* n° 365.

¹⁷⁴⁸ L'expression de « *partie potentielle* » a déjà été employée par un auteur pour désigner le témoin assisté, « *partie potentielle à l'instance pénale* », ou encore les parties à une instance en référé relative à une demande de mesure d'instruction *in futurum*, « *parties potentielles à l'instance au fond* » : Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préc., n° 472. Si cet auteur ne qualifie pas le suspect de partie potentielle, mais de partie à part entière (n° 451), c'est toutefois parce qu'il qualifie le suspect de partie « *à l'enquête* » et non pas à l'instance. Il semble cependant que, déplaçant le centre de gravité de l'objet de la qualité de partie, il est possible de qualifier également le suspect de partie potentielle à l'instance pénale (elle-même potentielle).

¹⁷⁴⁹ Sur les modalités de cette sanction du droit de présence, v. *infra* n° 448 et s.

Il est cependant une partie spécifique, qui n'a pas été abordée, à savoir le ministère public, qui peut pourtant détenir la qualité de partie, et ce, tant dans le procès civil que pénal. En réalité, il s'agit là d'une partie particulière, puisque contrairement aux autres parties, le ministère public ne défend pas ses intérêts propres mais l'intérêt général. Pour autant, il est lui aussi le titulaire de véritables prérogatives présentes. C'est déjà entrevoir qu'à côté du droit de présence reconnu au bénéfice des parties privées, d'autres prérogatives présentes existent qui, en raison des intérêts défendus par cette présence, ne sont pas des droits mais des pouvoirs présents.

§2 : Les pouvoirs de présence

439. Notion de pouvoir – Il est des hypothèses dans lesquelles certaines personnes sont titulaires de prérogatives présentes similaires au droit de présence quant à son objet et à son contenu, sans pour autant qu'il s'agisse d'un droit subjectif, dans la mesure où, contrairement au droit de présence, cette prérogative s'exerce dans un intérêt distinct – au moins partiellement – de son titulaire. Or, l'existence de telles prérogatives évoque immédiatement la notion de pouvoir, élaborée par la doctrine contemporaine qui l'a définie comme une « *prérogative exercée dans un intérêt au moins partiellement distinct de son titulaire* »¹⁷⁵⁰. Si la notion de pouvoir a été un temps absorbée par la théorie de la représentation¹⁷⁵¹, elle doit aujourd'hui s'en détacher dans la mesure où l'existence de pouvoirs en dehors des hypothèses de représentation a été démontrée¹⁷⁵². Précisément s'agissant des pouvoirs présents, il est nécessaire ici de mettre à part les hypothèses de représentation. En effet, dans le cadre de la représentation, la prérogative permettant au titulaire du pouvoir de représentation d'être présent n'est autre que le droit de présence du représenté, déjà étudié. La situation est cependant parfois différente lorsqu'une personne est dotée d'une prérogative dans un intérêt distinct du sien, sans pour autant agir en représentation. Tel sera le cas dans deux hypothèses¹⁷⁵³ qu'il convient d'aborder successivement. D'abord, les régimes de protection des majeurs incapables prévoient des

¹⁷⁵⁰ E. GAILLARD, *La notion de pouvoir en droit privé*, préf. G. CORNU, Economica, 1985, n° 20. V. déjà pour une distinction des droits et des pouvoirs fondée sur l'intérêt dans lequel la prérogative est exercée P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, rééd. de l'édition de l'ouvrage de 1963, Dalloz 2005, Coll. Bibliothèque Dalloz, n° 23. La notion de pouvoir semble avoir remplacé, en doctrine, celle de « droit-fonction », élaborée par la doctrine classique et en particulier R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, thèse Lyon, 1939, n° 158 ; J. DABIN, *Le droit subjectif*, rééd. de l'ouvrage de 1952, préf. C. ATIAS, Dalloz, 2007, Coll. Bibliothèque Dalloz, p. 217 et s. : Dabin y distingue les « *droits à fin égoïste et droits-fonction* ».

¹⁷⁵¹ E. GAILLARD, *La notion de pouvoir en droit privé*, préc., n° 5 et s.

¹⁷⁵² *Ibid.*

¹⁷⁵³ Si la présence de l'avocat exerçant sa mission d'assistance auprès de son client pourrait s'apparenter également à un pouvoir de présence, la question a cependant été écartée du domaine de cette étude. V. *supra* n° 8.

hypothèses non de représentation mais d'assistance, qui impliquent de reconnaître un pouvoir de présence dans l'intérêt d'autrui à la personne qui assiste le majeur protégé (A). Ensuite, un pouvoir de présence est également accordé dans l'intérêt général au ministère public, quand bien même il n'y a pas de mécanisme de représentation au sens strict (B).

A- Le pouvoir présentiel dans l'intérêt d'autrui

440. Pouvoir présentiel dans le régime des incapacités – En droit des incapacités, l'assistance du majeur est parfois requise en justice et implique que l'on confère un pouvoir de présence à son curateur ou tuteur, qui pourra exiger lui aussi, comme le majeur lui-même en vertu de son droit de présence, d'être mis en mesure d'être présent mais cette fois dans l'intérêt du majeur protégé. Ainsi, en matière civile, depuis la loi du 5 mars 2007 ayant réformé les incapacités¹⁷⁵⁴, l'article 468 du Code civil dispose que l'assistance du curateur est requise pour introduire une action en justice ou y défendre, et ce, sans plus distinguer selon la nature de l'action comme c'était le cas antérieurement à l'entrée en vigueur de cette loi. En articulant cet article avec l'article 467 du même code, qui prévoit que toute signification faite à la personne protégée doit également être faite au curateur, il se déduit l'obligation de double convocation qui a vocation à permettre au curateur d'être présent aux côtés de son protégé dans toute action engagée par ou dirigée contre lui¹⁷⁵⁵. La présence du curateur revêt donc pour lui la forme d'une prérogative qu'il lui est permis d'exercer dans l'intérêt du majeur protégé, c'est-à-dire d'un pouvoir. La protection du majeur incapable par l'attribution au curateur d'un pouvoir présentiel a d'ailleurs été étendue à la matière pénale. En effet, la France avait été condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme en 2001 pour violation du droit à un procès équitable dans une affaire où le requérant, placé sous curatelle, n'avait pas bénéficié de l'assistance de son curateur durant le procès pénal¹⁷⁵⁶. Or, l'article 706-113 du Code de procédure pénale issu de la loi du 5 mars 2007 dispose désormais que le curateur de personnes majeures protégées doit être avisé à la fois des poursuites et des jugements prononcés contre le majeur protégé mais également être avisé de l'audience, ce que la jurisprudence de la Cour de cassation a confirmé en affirmant que cette triple information du curateur était indivisible¹⁷⁵⁷. Or, cette information rend possible au curateur sa présence à

¹⁷⁵⁴ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

¹⁷⁵⁵ Cass. civ. 1^e, 23 févr. 2011, n° 09-13.867 : *D.* 2011, p. 747, obs. I. GALLMEISTER ; *D.* 2011, p. 1265, obs. R. LOIR ; *AJ Fam.* 2011, p. 215, obs. T. VERHEYDE ; *RTD Civ.* 2011, p. 324, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2011, n° 58, note I. MARIA. Cass. civ. 1^e, 4 juil. 2012, n° 11-18.475 : *D.* 2012, p. 2699, obs. D. NOGUERO ; *AJ Fam.* 2012, p. 506, obs. T. VERHEYDE ; *RTD Civ.* 2012, p. 712, obs. J. HAUSER.

¹⁷⁵⁶ CEDH, 30 janv. 2001, *Vaudelle c. France*, req. n° 35683/97 : *D.* 2002, p. 354, comm. A. GOUTTENOIRE et E. RUBI-CAVAGNA ; *JCP G* 2001 II 10536, comm. L. DI RAIMONDO.

¹⁷⁵⁷ V. Cass. crim., 27 nov. 2012 : *Bull. crim.* n° 258 ; *AJ Pénal* 2013, p. 169 obs. J.-B. PERRIER (affaire dans laquelle le curateur avait été avisé de la date de l'audience d'appel mais non des poursuites et du jugement en première instance). Et Cass. crim., 29 janv. 2013, n° 12-82.100 : *RTD Civ.* 2013, p. 350, obs. J. HAUSER ; Cass.

l'audience. La solution est d'ailleurs extensible au tuteur, visé également par l'article 706-113 du Code de procédure pénale, et ce sans basculer dans un régime de représentation. La Cour de cassation a eu l'occasion de vérifier l'application de ce texte en matière de tutelle en rappelant que l'article 706-113 du Code de procédure pénale impose que le tuteur d'une personne majeure protégée soit avisé, outre des poursuites et des décisions de condamnation dont cette personne fait l'objet, de la date de l'audience¹⁷⁵⁸ afin qu'il puisse y être présent. Il faut donc voir dans ces hypothèses, qui ne relèvent pas de la représentation, un pouvoir présentiel attribué aux curateurs en matière civile et pénale et au tuteur en matière pénale, et ce, dans l'intérêt du majeur protégé¹⁷⁵⁹. Dans cette hypothèse vont donc se superposer le droit de présence du majeur protégé et le pouvoir de présence de son protecteur.

A côté de ces pouvoirs présentsiels dans l'intérêt d'autrui, il est encore possible d'identifier un autre pouvoir présentiel, cette fois dans l'intérêt général, dans les prérogatives présentesiels du ministère public.

B- Le pouvoir présentiel dans l'intérêt général

441. Pouvoir présentiel du ministère public – Les hypothèses de présence obligatoire du ministère public ayant été déjà abordées¹⁷⁶⁰ et ne pouvant être qualifiées de pouvoir de présence, il ne s'agit ici que de s'intéresser aux situations processuelles dans lesquelles le ministère public a la possibilité de se rendre présent et ainsi, par ce pouvoir présentiel, de défendre l'intérêt général. C'est en effet à lui seul que revient la tâche de défendre l'intérêt général et, si la loi lui offre certaines prérogatives dans cette optique, celles-ci ne peuvent qu'être qualifiées de « pouvoirs », dans la mesure où leur exercice l'est nécessairement dans un intérêt autre que celui du ministère public lui-même¹⁷⁶¹. Si ces situations sont relativement rares, elles méritent tout de même d'être soulignées puisqu'elles sont une illustration supplémentaire de la diversité des situations juridiques de présence.

crim. 24 juin 2014, n° 13-84.364 : *Bull. crim.* n° 161 ; *D.* 2014, p. 2259, obs. J.-M. PLAZY ; *AJ Fam.* 2014, p. 561, obs. T. VERHEYDE.

¹⁷⁵⁸ Cass. crim., 14 avr. 2010, n° 09-83.503 : *Bull. crim.* n° 74 ; *AJ Fam.* 2010, p. 282, obs. L. PECAUT-RIVOLIER ; *RTD Civ.* 2010, p. 753, obs. J. HAUSER.

¹⁷⁵⁹ Pour une vision globale de la protection des majeurs dans le cadre de la procédure pénale, v. pour le droit antérieur à la loi du 5 mars 2007, L. BORE, « Capacité pour agir et se défendre devant le juge pénal », *JCP G* 2002 I 179 ; pour le droit positif A. BOURRAT-GUEGUEN, « L'aménagement de la procédure pénale à l'égard de l'auteur d'une infraction atteint de troubles mentaux », *Dr. pén.* 2015, ét. 4.

¹⁷⁶⁰ V. *supra* n° 399 et s.

¹⁷⁶¹ En effet, en matière pénale, le ministère public agit en défense de la société, tandis qu'en matière civile, il est partie principale pour la défense de l'ordre public (art. 423 C. proc. civ.) et partie jointe lorsqu'il intervient pour faire connaître son avis sur l'application de la loi (art. 424 C. proc. civ.) ; ce qui, dans un cas comme dans l'autre, relève de l'intérêt général.

442. Pouvoir de présence en matière pénale – D’abord, en matière pénale et de façon exceptionnelle¹⁷⁶², la présence du ministère public perd son caractère obligatoire pour devenir un simple pouvoir à son profit. Tel est le cas dans le cadre des audiences en chambre du conseil du juge des enfants. En effet, alors que l’article 13 de l’ordonnance du 2 février 1945 prévoit que devant le tribunal pour enfants, le ministère public sera entendu, de telle sorte que sa présence est alors obligatoire, aucune disposition similaire n’est prévue par cette ordonnance s’agissant des audiences du juge des enfants ayant lieu en chambre du conseil. La Cour de cassation s’est récemment prononcée sur cette absence en affirmant que limitées au prononcé de mesures éducatives, ces audiences n’impliquent pas la présence obligatoire du procureur de la République, tout en précisant néanmoins que ce dernier peut, à tout moment, se faire communiquer la procédure et en suivre l’état d’avancement, notamment pour assister à l’audience¹⁷⁶³. Il y a donc bien ici une prérogative du ministère public, dans l’intérêt général, de demander à être mis en mesure d’être présent.

De même, le ministère public dispose d’un simple pouvoir de présence à l’audience d’homologation des peines prononcées à l’issue d’une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, l’article 495-9 alinéa 2 du Code de procédure pénale précisant expressément que « *la présence du procureur de la République à cette audience n’est pas obligatoire* »¹⁷⁶⁴.

443. Pouvoir de présence en matière civile – Ensuite, de telles prérogatives peuvent également être identifiées en procédure civile. Il en va ainsi à l’égard des mesures d’instruction, et ce, que le ministère public soit partie principale ou partie jointe. En effet, partie principale, il doit être convoqué aux mesures d’instruction comme toutes les parties au procès, en vertu de l’article 160 du Code de procédure civile¹⁷⁶⁵. Partie jointe, l’article 163 du même code précise qu’il pourra toujours être présent lors de l’exécution des mesures d’instruction¹⁷⁶⁶. Au stade du jugement, le ministère public sera également détenteur d’un tel pouvoir de présence lorsqu’il est partie jointe. L’article 431 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile dispose qu’il n’est tenu d’assister à l’audience que dans les cas où il est partie principale, dans ceux où il représente autrui ou lorsque sa présence est rendue obligatoire par la loi¹⁷⁶⁷ et l’alinéa 2 lui permet dans les autres cas de faire connaître son avis à la juridiction soit en adressant des conclusions écrites, soit oralement à l’audience, ce qui lui ouvre

¹⁷⁶² V. *supra* n° 400.

¹⁷⁶³ Cass. crim., 8 sept. 2015, n° 14-84.315 : *D. actu* 1^{er} oct. 2015, obs. C. FONTEIX ; *Procédures* 2015, comm. 338, note A.-S. CHAVENT-LECLERE.

¹⁷⁶⁴ Sur l’évolution de la question de la présence du ministère public à cette audience, v. *supra* n° 400.

¹⁷⁶⁵ En ce sens, v. X. MARCHAND, P. SAVATIC, J. AUDOUY, « Mesures d’instruction exécutées par un technicien.- Intervention du technicien dans l’instruction du litige », *J.-Cl. proc. civ.* 2015, Fasc. 660, n° 212 ; J. MIGUE, B. BERNABE, « Comparution personnelle des parties », *J.-Cl. proc. civ.* 2015, Fasc. 672, n° 79.

¹⁷⁶⁶ V. M. REDON, « Mesures d’instruction confiées à un technicien », *Rép. D. proc. civ.* 2015, n° 286.

¹⁷⁶⁷ Sur ces hypothèses d’obligation de présence du ministère public, v. *supra* n° 400.

nécessairement la faculté d'être présent à cette audience¹⁷⁶⁸. En outre, l'obligation de présence du ministère public aux débats en matière gracieuse, s'est muée en un pouvoir par l'effet du décret du 11 mars 2015¹⁷⁶⁹, puisque l'article 800 du Code de procédure civile dispose désormais que « *le ministère public, s'il y a des débats, est tenu d'y assister ou de faire connaître son avis* », ce qui lui offre désormais une prérogative en la matière.

444. Bilan de la section – In fine, l'identification des prérogatives présentielles s'achève par le constat d'une certaine diversité de nature de celles-ci, qui sont tantôt des droits de présence accordés spécialement aux parties au procès, tantôt des pouvoirs présentiels accordés dans l'intérêt général ou dans l'intérêt d'autrui. Cette première étape d'identification des prérogatives présentielles a cependant déjà fait apparaître, en filigrane, l'existence d'un certain nombre d'exceptions ou, du moins, de disparités dans l'effectivité de la mise en œuvre de ces prérogatives. Pour tenter de clarifier ce point, il est donc désormais nécessaire de s'intéresser plus particulièrement à la mise en œuvre des prérogatives présentielles.

Section 2 : La mise en œuvre des prérogatives présentielles

445. Mise en œuvre et effectivité des prérogatives présentielles – La mise en œuvre des prérogatives présentielles pose la question de leur effectivité. Cette question des prérogatives présentielles renvoie en premier lieu à la réalisation concrète de ces prérogatives, en d'autres termes à leur application. A ce titre, il est nécessaire de s'interroger sur l'existence de garanties permettant la mise en œuvre des prérogatives de présence. En effet, si ces prérogatives de présence sont assorties de garanties normatives, au sens de « *garanties du respect et de la validité de la norme* »¹⁷⁷⁰, alors il sera possible de les considérer comme effectives. Cette première approche, quoique nécessaire, est cependant insuffisante pour apprécier véritablement l'effectivité des prérogatives présentielles. En effet, l'effectivité d'une norme juridique ne saurait être comprise comme un concept binaire, et celle des prérogatives présentielles illustre ce constat, dès lors qu'elle supporte des variations. Il faut en effet constater que si l'effectivité des prérogatives présentielles est dans une certaine mesure garantie par le droit positif (§1), elle reste néanmoins variable (§2).

¹⁷⁶⁸ Pour des applications de ce pouvoir de présence, v. par ex. pour une absence régulière du ministère public Cass. com., 9 mai 1985 : *Bull. civ. IV*, n° 145 ; Cass. com., 11 juil. 1974 : *Bull. civ. IV*, n° 200, et pour un exercice de cette prérogative, v. Cass. civ. 1^e, 20 nov. 2013, n° 12-29.474 : *Bull. civ. I*, n° 226.

¹⁷⁶⁹ Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends.

¹⁷⁷⁰ C. THIBIERGE, « Le concept de force normative.- Conclusion », in *La force normative* (dir. C. THIBIERGE), LGDJ Bruylant, 2009, p. 817 et s., spéc. p. 823.

§1 : L'effectivité garantie des prérogatives présentesielles

446. Garantie des prérogatives présentesielles – Dans une conception traditionnelle, voire dominante¹⁷⁷¹ de l'effectivité de la règle de droit, cette notion s'entend de l'application effective de la règle de droit¹⁷⁷². Or, la mesure de l'application de la règle de droit résulte principalement de l'existence de garanties qui lui sont attachées, dans la mesure où la garantie serait « *un mécanisme juridique ayant pour fonction d'assurer ce qui est légitimement dû* »¹⁷⁷³. L'effectivité des prérogatives de présence serait donc principalement préservée par l'existence de ces garanties. La recherche de celles-ci fait alors apparaître qu'il n'existe pas de mécanisme unique de garantie des prérogatives présentesielles mais des garanties de natures diverses. Pourtant, si les modalités de ces garanties sont distinctes (A), leur mise en œuvre répond à des conditions communes (B).

A- Les différentes modalités de garantie des prérogatives présentesielles

447. Neutralisation des actes accomplis en violation des prérogatives présentesielles – La question des garanties des prérogatives présentesielles invite inévitablement à s'interroger sur ce que peut faire la personne qui estimerait avoir subi une atteinte à ses prérogatives. En d'autres termes, il est nécessaire de s'interroger sur les recours offerts en cas d'atteinte à ces prérogatives. Il faut donc rechercher en premier lieu si la neutralisation de l'acte de procédure constatant l'opération procédurale accomplie en violation des prérogatives présentesielles est possible¹⁷⁷⁴. Ce raisonnement d'ordre général ne saurait cependant masquer certaines spécificités. En effet, l'acte juridique qui constate l'opération procédurale qu'est l'audience au cours de laquelle le droit ou les pouvoirs de présence devraient s'exercer n'est autre que le jugement lui-même. Or, la spécificité du jugement par rapport aux actes de procédure¹⁷⁷⁵ justifie que lui soit réservé un régime particulier, ce qui se vérifie en cas d'atteinte aux prérogatives présentesielles. Il convient donc d'envisager dans un premier temps la violation des prérogatives présentesielles comme cause de contestation des actes de procédure (1) avant d'envisager dans un second temps l'atteinte aux prérogatives présentesielles comme cause de contestation du jugement (2).

¹⁷⁷¹ En ce sens, v. Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société* 3/2011, p. 715 et s.

¹⁷⁷² V. déjà J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *Année sociologique* 1958, p. 3, republié in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 133 et s.

¹⁷⁷³ Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préf. J.-C. SAINT-PAU, Dalloz, 2013, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 217.

¹⁷⁷⁴ Il est en effet impossible d'anéantir l'opération procédurale elle-même, dans la mesure où il s'agit d'une situation de fait. L'acte juridique qui la constate et lui confère une existence dans le dossier de la procédure est en revanche susceptible d'annulation.

¹⁷⁷⁵ Sur cette notion, v. *supra* n° 60.

1- La violation des prérogatives présentesielles, cause de contestation des actes de procédure

448. La nullité des actes de procédure, sanction de la violation des prérogatives présentesielles – La recherche des recours ouverts à l'encontre des actes de procédure est immédiatement orientée vers le régime des nullités procédurales, puisque ce contentieux est celui destiné à sanctionner les irrégularités de la procédure.

449. Source des nullités – Qu'il s'agisse de procédure pénale ou civile, les causes de la nullité des actes de procédure sont envisagées de façon similaire. En effet, tant l'article 802 du Code de procédure pénale que l'article 114 du Code de procédure civile¹⁷⁷⁶ prévoient que les nullités des actes de procédure trouvent leur source soit dans la violation d'une formalité prescrite à peine de nullité – les nullités textuelles – soit dans la violation d'une formalité substantielle ou d'ordre public – les nullités virtuelles. Or, la violation des prérogatives présentesielles peut emprunter, selon les cas, les caractéristiques de l'un ou l'autre de ces types de nullités.

450. Violation des prérogatives présentesielles et nullité textuelle – D'abord, il est des hypothèses dans lesquelles la violation des prérogatives présentesielles et plus précisément ici du droit de présence peut être une cause de nullité textuelle. Ainsi, la violation du droit de présence de la personne dont le domicile est perquisitionné pourra motiver une demande en annulation de la perquisition, en se fondant sur les nullités textuelles prévues par l'article 59 du Code de procédure pénale. En effet, alors que l'article 57 du même code prévoit que les opérations de perquisitions et saisies sont réalisées en présence de la personne au domicile de laquelle la perquisition a eu lieu¹⁷⁷⁷, l'article 59 dispose que les formalités de l'article 57 sont prescrites à peine de nullité.

451. Violation des prérogatives présentesielles et nullité virtuelle – La nullité n'est cependant pas toujours expressément prévue lorsqu'il s'agit de sanctionner la violation des prérogatives de présence. Ainsi, alors même qu'un droit de présence au cours de l'exécution des mesures d'instruction en procédure civile a pu être identifié en vertu de l'article 160 du

¹⁷⁷⁶ Lequel est applicable, outre aux actes de procédures, aux mesures d'instruction : art. 175 C. proc. civ.

¹⁷⁷⁷ Cet article est relatif à l'enquête de flagrance et l'article 76 du Code de procédure pénale régissant les perquisitions et saisies opérées dans le cadre d'une enquête préliminaire ne mentionne pas l'exigence de la présence de la personne dont le domicile est perquisitionné, mais seulement celle de son assentiment. Cela étant, une circulaire du 21 septembre 2004 (Circ. Crim-04-16-E8-21.09.04) précise s'agissant de l'article 76 que « *bien que les nouvelles dispositions ne l'indiquent pas, contrairement à la rédaction de l'ancien l'article 76-1, il est évident que sont applicables les règles de l'article 57 relatives à la présence de la personne chez qui la perquisition a lieu (ou de son représentant) ou, à défaut, de deux témoins* ». S'agissant des perquisitions réalisées au stade de l'instruction, les articles 95 et 96 du Code de procédure pénale prévoient cette présence, l'article 95 opérant d'ailleurs un renvoi à l'article 57 du même code.

Code de procédure civile¹⁷⁷⁸, aucun texte ne prévoit que la convocation des parties qui a pour objet de les mettre en mesure d'être présentes à ces opérations est prescrite à peine de nullité. Pourtant, il est possible de trouver dans la jurisprudence quelques exemples d'annulation d'actes en raison de l'absence de convocation des parties¹⁷⁷⁹.

452. Cas particulier de la contestation des expertises judiciaires : nullité et inopposabilité – Au civil, la sanction à réserver aux expertises réalisées non contradictoirement en l'absence des parties pose toutefois question car la jurisprudence à ce sujet est complexe.

D'abord, il faut observer que la jurisprudence s'est maintes fois prononcée en faveur de la nullité d'une expertise réalisée sans que les parties n'aient été convoquées¹⁷⁸⁰. La Cour de cassation a d'ailleurs eu encore récemment l'occasion de préciser que les irrégularités affectant le déroulement de l'expertise – parmi lesquelles le défaut de convocation des parties à l'instance – sont sanctionnées selon les dispositions de l'article 175 du Code de procédure civile, qui régit le régime des nullités. Telle est la position adoptée par la Cour de cassation réunie en chambre mixte le 28 septembre 2012¹⁷⁸¹ et réitérée plusieurs fois par la suite¹⁷⁸². Il est donc possible d'envisager de contester la validité d'une expertise réalisée sans avoir convoqué les parties à l'instance en sollicitant l'annulation de celle-ci¹⁷⁸³.

Ensuite, lorsque les personnes qui contestent l'expertise n'ont été ni appelées ni représentées en qualité de partie à l'opération d'expertise, ce n'est plus la nullité de cette expertise qui doit être sollicitée mais seulement l'inopposabilité de celle-ci. L'hypothèse se rencontre ainsi lorsqu'une expertise réalisée dans le cadre d'une instance pénale est utilisée par le juge civil¹⁷⁸⁴ ou encore lorsque la partie n'avait pas encore cette qualité au moment de la réalisation de l'expertise et n'a été appelée dans la cause que postérieurement à celle-ci¹⁷⁸⁵. La distinction est somme toute logique dans la mesure où l'absence de convocation d'une personne n'ayant pas encore la qualité de partie n'est pas en soi une irrégularité, l'article 160

¹⁷⁷⁸ V. *supra* n° 419.

¹⁷⁷⁹ Pour des témoignages annulés, dans le contentieux disciplinaire, v. par exemple : CA Bordeaux, 21 déc. 2007, n° 06/03536.

¹⁷⁸⁰ V. par ex. Cass. civ. 3^e, 15 nov. 1977 : *Bull. civ.* III, n° 295 ; *RTD civ.* 1978, p. 730, obs. R. PERROT ; Cass. civ. 3^e, 10 juin 1981 : *Bull. civ.* III, n° 117 ; *JCP G* 1981 IV, p. 308 ; Cass. civ. 3^e, 7 oct. 1987 : *Gaz. Pal.* 1988, 1, p. 258, obs. S. GUINCHARD et T. MOUSSA ; Cass. civ. 3^e, 24 févr. 1988 : *Gaz. Pal.* 1988, 2, p. 494, obs. S. GUINCHARD et T. MOUSSA.

¹⁷⁸¹ Cass. ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-11.381 : *Bull. ch. mixte* n° 1 ; *Procédures* 2012, comm. 321, note R. PERROT ; *JCP G* 2012 1200, note S. AMRANI-MEKKI.

¹⁷⁸² Cass. civ. 2^e, 31 janv. 2013, n° 10-16.910 : *Bull. civ.* II n° 20 ; *Procédures* 2013, comm. 98, note R. PERROT ; Cass. civ. 1^e, 30 avr. 2014, n° 12-21.484 : *Bull. civ.* I n° 75 ; *Procédures* 2014, comm. 164, note R. PERROT.

¹⁷⁸³ A condition toutefois de démontrer l'existence d'un grief : v. *infra* n° 467 et s.

¹⁷⁸⁴ Cass. civ. 2^e, 22 nov. 2012, n° 10-26.198 et 10-26.755.

¹⁷⁸⁵ Cass. civ. 3^e, 27 fév. 2013, n° 12-13.624 : *RLDC* 2013/104, n° 5107, obs. L. RASCHEL ; Cass. com., 10 déc. 2013, n° 12-20.252 : *Procédures* 2014, comm. 63, note R. PERROT. Dans ces deux affaires, les parties sollicitant l'inopposabilité de l'expertise à leur égard avaient été appelées en garantie postérieurement à la réalisation de l'expertise.

du Code de procédure civile ne visant que la convocation des parties. Quoi qu'il en soit, que la sanction encourue soit la nullité ou l'inopposabilité, il reste que l'absence de convocation d'une partie et donc l'atteinte portée à son droit de présence lui permet de neutraliser les effets de l'acte, à tout le moins à son égard.

Ainsi, la violation des prérogatives présentielles est une cause de contestation de l'acte de procédure et peut conduire à la neutralisation de l'acte, soit que cette violation soit une cause de nullité – textuelle ou virtuelle – des actes de procédure constatant l'opération procédurale accomplie en violation de ces prérogatives, soit qu'elle soit susceptible d'entraîner l'inopposabilité de cet acte. Il n'est cependant pas possible de solliciter par les mêmes voies la sanction d'une violation du droit de présence à l'audience, dans la mesure où le jugement rendu à l'issue de l'audience s'étant déroulée en violation du droit de présence n'est pas à proprement parler un acte de procédure. C'est la raison pour laquelle la sanction de la violation des prérogatives de présence à l'audience répond à des modalités différentes, qui permettent néanmoins de contester le jugement ainsi rendu. Par conséquent, la violation des prérogatives présentielles peut également être une cause de contestation du jugement.

2- La violation des prérogatives présentielles, cause de contestation du jugement

453. Recours contre les jugements pris en violation des prérogatives de présence –
Lorsqu'un jugement est rendu en violation d'une prérogative de présence, c'est-à-dire sans que le plaideur n'ait été mis en mesure d'être présent à l'audience, le droit positif organise, en guise de sanction de cette violation, la possibilité de contester le jugement rendu en ces circonstances. Cette contestation ouvre ainsi le droit au titulaire de la prérogative de présence de provoquer un nouveau jugement en sa présence. Si certaines voies de recours sont spécifiques à ces hypothèses, en raison de la spécificité des jugements contre lesquels elles sont utilisées comme c'est le cas des procédures pénales simplifiées sans audience, il n'en reste pas moins que lorsque l'on sort du domaine d'application de ces voies de recours spéciales alors que la partie n'a pas été mise en mesure d'être présente, ce droit de provoquer un nouveau jugement existe néanmoins par le biais des voies de recours traditionnelles dont l'accès est alors renforcé. Par conséquent, pour démontrer l'existence de cette sanction qu'est la possibilité de provoquer un nouveau jugement anéantissant ainsi le premier rendu en violation des prérogatives présentielles, il est nécessaire d'observer dans un premier temps l'ouverture de voies de recours particulières (a), avant de s'intéresser à l'aménagement des voies de recours normales lorsque les voies de recours particulières sont fermées (b).

a- Les voies de recours particulières

454. Notion de voies de recours particulières – Qualifier ces voies de recours de « particulières » implique d'identifier ce qui les distingue des voies de recours normales, clarification d'autant plus importante que diverses classifications des voies de recours existent. En premier lieu, le législateur opère une distinction entre voies de recours ordinaires – l'appel et l'opposition – et extraordinaires – la tierce opposition, le recours en révision et le pourvoi en cassation –¹⁷⁸⁶ les premières étant ouvertes chaque fois que le législateur n'en dispose pas autrement, alors que les secondes le sont dans les cas particuliers visés par la loi. Cette distinction ne correspond cependant plus à la réalité juridique et est largement remise en cause par la doctrine dans la mesure où son contenu ne correspond pas au critère de départition¹⁷⁸⁷. En second lieu, il faut également écarter la classification entre les voies de réformation et de rétractation, en ce que cette distinction est par trop descriptive et surtout incomplète¹⁷⁸⁸. Au surplus, cette distinction ne permet pas de saisir la spécificité des voies de recours ouvertes contre les jugements rendus en violation des prérogatives de présence dans la mesure où l'une – l'opposition – est une voie de rétractation portée devant la juridiction ayant rendu le premier jugement, tandis que les autres – les voies de recours contre les titres exécutoires nés de procédures simplifiées – ne le sont pas. Il est alors pertinent de s'intéresser aux autres classifications doctrinales proposées, plus modernes, et notamment à la distinction proposée par le Doyen Héron qui invite à dissocier voies de recours normales et voies de recours particulières, lesquelles le sont « *parce qu'elles sont normalement inutiles, en ce sens qu'elles ne servent qu'à remédier à des situations particulières qui sont autant d'anomalies* »¹⁷⁸⁹. Or précisément, les voies de recours destinées à contester spécifiquement un jugement rendu alors que la partie n'a pas été mise en mesure d'être présente est, en ce sens, une voie de recours *particulière*, puisqu'elle vise à remédier à une situation *anormale* n'ayant pas permis l'exercice *normal* des prérogatives de présence. Ces voies de recours particulières seront donc ouvertes à l'encontre de jugements rendus sans que la partie n'ait été mise en mesure d'être présente à l'audience de jugement, soit qu'il n'y ait tout simplement pas eu d'audience (α), soit que la partie n'ait pas été touchée par la citation à comparaître (β).

¹⁷⁸⁶ Art. 527 C. proc. civ.

¹⁷⁸⁷ En ce sens, v. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., PUF, 2013, n° 275 ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, 3^e éd., Montchrestien, 2014, Coll. Domat Droit privé, n° 467 ; J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 6^e édition, Montchrestien, 2015, Coll. Domat Droit privé, n° 696 ; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8^{ème} éd., LexisNexis, 2013, Coll. Manuel, n° 800 (dans la version de 2011) ; S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, PUF, 2014, Coll. Thémis, n° 523.

¹⁷⁸⁸ v. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., n° 275 ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, préc., n° 467 ; J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 694 ; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, n° 800 et s. ; S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, préc., n° 524.

¹⁷⁸⁹ J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 703.

α- Voies de recours contre les décisions rendues à l'issue de procédures simplifiées sans audience

455. Référé-rétractation en matière civile – En premier lieu, le référé-rétractation est une voie de recours spéciale, prévue par l'article 496 du Code de procédure civile et autonome des autres référés. Il permet à tout intéressé de remettre en cause une ordonnance sur requête devant le juge qui l'a rendue. Or, il s'agit ici de rétablir le principe du contradictoire qui a été atteint du fait de l'absence de citation de la partie adverse et du fait de l'absence d'audience organisée dans le cadre de la procédure sur requête. En effet, cette procédure implique que le juge rédige l'ordonnance rendue sur requête à l'issue d'une instruction qu'il mène, en pratique, de façon secrète et écrite¹⁷⁹⁰. En d'autres termes, le référé-rétractation est une voie de recours ouverte à celui qui n'a pas été mis en mesure d'être présent dans le cadre de la procédure suivie. L'effectivité du droit de présence est donc ici garantie par cette voie de recours qui permet de rétablir son exercice normal *a posteriori*.

456. Voies de recours à l'issue des procédures simplifiées en matière pénale – En second lieu, deux types de procédures simplifiées existent en procédure pénale qui permettent toutes deux d'éviter l'organisation d'une audience publique, dans le but d'obtenir un gain de temps, que sont la procédure simplifiée au sens strict, prévue par les articles 524 et suivants du Code de procédure pénale¹⁷⁹¹, et la procédure de l'amende forfaitaire, prévue aux articles 529 et suivants du même code¹⁷⁹². Toutes deux, parce qu'elles ne reposent pas sur l'organisation d'une audience de jugement, évincent l'exercice normal des prérogatives de présence. Pour cette raison, il existe des voies de recours qui permettent de contester l'acte pris à l'issue de ces procédures.

457. Recours contre la procédure d'amende forfaitaire – S'agissant de la procédure d'amende forfaitaire d'abord, la procédure de contestation consiste en une requête en exonération¹⁷⁹³ ou une réclamation si l'amende forfaitaire a été majorée¹⁷⁹⁴. Au vu de ces contestations, le ministère public, après avoir statué sur leur recevabilité, pourra alors soit renoncer à poursuivre, soit déclencher la procédure simplifiée de l'ordonnance pénale, soit encore saisir la juridiction de proximité ou le tribunal de police afin de suivre la procédure ordinaire¹⁷⁹⁵. La contestation de l'amende forfaitaire, qu'elle soit majorée ou non, permet donc

¹⁷⁹⁰ H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé, t. III*, Sirey, 1991, n° 1381 ; S. PIERRE-MAURICE, « Ordonnance sur requête », *Rép. D. proc. civ.* 2015, n° 124.

¹⁷⁹¹ V. *supra* n° 370.

¹⁷⁹² V. *supra* n° 369.

¹⁷⁹³ Art. 529-2 C. proc. pén.

¹⁷⁹⁴ Art. 530 C. proc. pén.

¹⁷⁹⁵ Art. 530-1 C. proc. pén.

au titulaire du droit de présence d'exiger d'être mis en mesure d'être présent à une audience au cours de laquelle il sera jugé. En effet, de trois choses l'une : soit le ministère public abandonne les poursuites, auquel cas le droit de présence devient sans objet, puisqu'il n'y a plus d'opération procédurale produisant des effets sur les parties ; soit le ministère public saisit la juridiction de proximité ou le tribunal de police afin que soit suivie la procédure ordinaire, laquelle suppose une audience de jugement classique à laquelle sera cité à comparaître le titulaire du droit de présence ; soit le ministère public saisit le tribunal de police ou la juridiction de proximité afin qu'ils statuent suivant la procédure de l'ordonnance pénale mais un nouveau recours sera alors ouvert à l'encontre de cette ordonnance¹⁷⁹⁶. Il est d'ailleurs notable que l'accès à ces voies de recours ait été renforcé par le Conseil constitutionnel, lequel s'est prononcé en faveur d'une voie de recours contre les décisions d'irrecevabilité prononcées par le ministère public. Saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité par la Chambre criminelle, la haute institution constitutionnelle a en effet considéré en mai 2015 que « *le droit à un recours juridictionnel effectif impose que la décision du ministère public déclarant la réclamation [...] irrecevable puisse être contestée devant le juge de proximité* »¹⁷⁹⁷, prémunissant ainsi le justiciable contre certaines pratiques illégales de déclarations d'irrecevabilité en dehors des cas prévus par la loi¹⁷⁹⁸ destinées à éviter l'engorgement des tribunaux en niant cette voie de recours. En permettant un contrôle de ces décisions d'irrecevabilité, le Conseil constitutionnel vient donc renforcer le droit pour le prévenu d'exiger un jugement en sa présence.

458. Recours contre les ordonnances pénales – Le même constat existe s'agissant des ordonnances pénales rendues à l'issue de la procédure simplifiée prévue par les articles 524 et suivants du Code de procédure pénale. Si cette procédure fait disparaître *a priori* la possibilité pour le justiciable d'être présent à une audience au cours de laquelle il sera jugé, ce dernier pourra néanmoins exiger la tenue d'une telle audience en formant opposition à l'ordonnance pénale ainsi rendue¹⁷⁹⁹. Il n'est d'ailleurs pas anodin qu'en la matière, cette voie de recours soit nommée opposition, tout comme la voie de recours particulière ouverte à l'encontre des jugements rendus par défaut.

β- Voies de recours contre les jugements rendus par défaut

459. Notion d'opposition – En raison de l'anormalité de la situation qu'ils représentent, les jugements par défaut peuvent faire l'objet d'un recours particulier qu'est

¹⁷⁹⁶ V. *infra* n° 458.

¹⁷⁹⁷ Cons. const., 7 mai 2015, n° 2015-467 QPC.

¹⁷⁹⁸ J.-P. CERE, « Le sort procédural de la contestation de l'amende forfaitaire », *AJ Pénal* 2012, p. 401.

¹⁷⁹⁹ Art. 527 al. 3 C. proc. pén. Dans le même sens, v. F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, préc., n° 504.

l'opposition, voie de rétractation. L'opposition peut ainsi se définir comme la « *voie de recours qui tend à faire rétracter un jugement rendu par défaut* »¹⁸⁰⁰. Cette voie de recours « *particulière* »¹⁸⁰¹, « *fausse voie de recours ordinaire* »¹⁸⁰², est ainsi le dernier rempart pour permettre aux parties, titulaires d'un droit de présence, de pouvoir exercer ce droit, en conduisant à l'anéantissement du jugement rendu par défaut, afin que le jugement ainsi rétracté soit remplacé par un nouveau jugement. Réservée aux décisions rendues par défaut, cette voie de recours est ainsi seulement ouverte à l'encontre des jugements rendus dans des circonstances telles qu'il n'est pas sûr que la partie ait été mise en mesure d'être présente au cours de l'audience. Cette condition se retrouve en effet dans la définition des jugements rendus par défaut en procédure civile et en procédure pénale¹⁸⁰³.

460. Opposition en procédure civile – Ainsi, en procédure civile, le jugement par défaut, est selon l'article 473 du Code de procédure civile, celui qui est rendu en dernier ressort, si la citation n'a pas été délivrée à personne et si le défendeur ne comparaît pas. Si la condition de l'absence de citation à personne n'est pas suffisante, elle est néanmoins nécessaire¹⁸⁰⁴ pour pouvoir qualifier le défaut et ainsi ouvrir la voie de l'opposition. Or cette condition est remarquable puisqu'*a contrario*, elle traduit l'idée que si le défendeur a été cité à personne, il est certain qu'il a été personnellement mis en mesure d'être présent à l'audience, et ne pourra donc pas former opposition en cas de non-comparution. Cette analyse est d'ailleurs adoptée par la Cour de cassation depuis peu. En effet, la Chambre commerciale de la Cour s'était d'abord livrée à une interprétation littérale de l'article 571 du Code de procédure civile. Cet article ouvrant l'opposition au défaillant, sans la fermer expressément au défaillant cité à personne, elle avait admis, dans le cas d'un jugement rendu par défaut en raison de l'absence de citation à personne d'un codéfendeur défaillant, que le défendeur défaillant, bien que cité à personne, soit recevable à former opposition¹⁸⁰⁵. Mais la deuxième chambre civile, quant à elle, a adopté dans un arrêt récent un raisonnement plus cohérent et a considéré comme irrecevable l'opposition du défaillant cité à personne¹⁸⁰⁶, de telle sorte qu'il semble bien dès lors qu'il y ait une corrélation entre la possibilité offerte au plaideur d'être présent et l'ouverture de la voie de l'opposition. Cette idée est d'ailleurs renforcée par le fait que si le jugement par défaut n'est pas notifié dans les six mois du jugement, il est non

¹⁸⁰⁰ Art. 571 C. proc. civ.

¹⁸⁰¹ J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 706.

¹⁸⁰² L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 852.

¹⁸⁰³ La situation est en revanche différente en contentieux administratif dans la mesure où il n'y a pas lieu de distinguer en la matière entre défaut faute de comparaître et défaut faute de conclure, la procédure étant essentiellement écrite. V. *supra* n° 131, note 517.

¹⁸⁰⁴ Et figure ainsi également au titre des éléments de qualification du jugement par défaut en cas de pluralité de défendeurs : art. 474 al. 2 C. proc. civ.

¹⁸⁰⁵ Cass. com., 15 juin 2010, n° 09-67.057.

¹⁸⁰⁶ Cass. civ. 2^e, 4 sept. 2014, n° 13-24.429 : *Bull.* n° 177 ; *D.* 2015, p. 517, obs. H. ADIDA-CANAC, T. VASSEUR et E. DE LEIRIS.

avenu¹⁸⁰⁷, ce qui permet de protéger un peu plus la possibilité de provoquer un nouveau jugement en la présence du titulaire du droit de présence.

Il est vrai que cette analyse se heurte à une limite de taille dans la mesure où devant les juridictions devant lesquelles le ministère d'avocat est obligatoire, la constitution d'avocat vaut comparution. Par conséquent, même si la partie n'a pas été citée à personne, et donc n'a pas été personnellement mise en mesure d'être présente, la voie de l'opposition lui sera néanmoins fermée si elle a constitué avocat. La portée de cette limite doit toutefois être relativisée puisque, si la partie a constitué avocat, il entre alors dans la mission de celui-ci de l'informer du suivi du dossier, du déroulement de la procédure et donc de la date d'audience¹⁸⁰⁸, de telle sorte que le droit de présence, bien que juridiquement affaibli, est pratiquement préservé, la partie étant quoi qu'il en soit mise en mesure de se présenter.

461. Opposition en procédure pénale – Les mêmes arguments permettent, en procédure pénale, d'expliquer les critères de qualification du jugement par défaut en la matière. En effet, le jugement pénal est rendu par défaut en cas de non-comparution du prévenu « *si la citation n'a pas été délivrée à la personne du prévenu et s'il n'est pas établi qu'il ait eu connaissance de la citation* »¹⁸⁰⁹. Le fait que le prévenu n'ait pas disposé de l'information et, par conséquent, n'ait pas été mis en mesure d'être présent est donc bien un critère déterminant de l'ouverture de cette voie de recours particulière qu'est l'opposition. L'analyse est encore renforcée par l'article 413 du Code de procédure pénale qui dispose que « *nul n'est recevable à déclarer qu'il fait défaut dès lors qu'il est présent au début de l'audience* »¹⁸¹⁰ : si le prévenu est présent au début de l'audience, puis s'en retire, son droit de présence n'a pas été violé puisque sa présence initiale témoigne de ce qu'il a bien été mis en mesure d'y assister. Là encore, cependant, ce critère n'est pas suffisant, puisqu'il faut encore qu'aucun avocat ne se soit présenté pour défendre le prévenu absent. En effet, si un avocat se présente, deux cas de figure doivent être distingués : soit l'avocat est habilité à représenter son client en vertu de l'article 411 du Code de procédure pénale, auquel cas il n'y a pas lieu de sanctionner une quelconque atteinte au droit de présence du prévenu puisque, s'il a pu mandater son avocat et solliciter une autorisation de se faire représenter, c'est nécessairement qu'il a eu connaissance de la date de l'audience ; soit l'avocat se présente hors le cas de l'article 411 et le jugement est alors contradictoire à signifier. Il est vrai en pareille hypothèse

¹⁸⁰⁷ Art. 478 C. proc. civ.

¹⁸⁰⁸ En ce sens, v. J.-J. TAISNE, M. DOUCHY-LOUDOT, « Avocat », *Rép. D. proc. civ.* 2014, n° 499.

¹⁸⁰⁹ Art. 412 C. proc. pén.

¹⁸¹⁰ On retrouve d'ailleurs une solution similaire en matière prud'homale, la chambre sociale de la Cour de cassation ayant décidé que « *la non-comparution à l'audience ultérieure à laquelle les débats sur le fond ont été renvoyés, d'un demandeur qui a initialement comparu devant le bureau de conciliation, puis le bureau de jugement, ne constitue pas une cause de caducité de la citation* » : Cass. soc., 13 janv. 1999 : *Bull. civ.* V, n° 21. En d'autres termes, il n'y a pas de défaut – ici du demandeur – si celui-ci a, par sa présence initiale, démontré qu'il a bien été mis en mesure d'être présent à l'audience de jugement.

que la voie de l'opposition se trouve alors être fermée au prévenu. Néanmoins, celui-ci bénéficie toujours d'un droit d'appel qui lui permettra de solliciter la tenue d'une nouvelle audience de jugement en sa présence, ce dernier bénéficiant en outre, en raison du qualificatif de jugement contradictoire à signifier accolé au jugement, d'un assouplissement du régime de cette voie de recours¹⁸¹¹.

462. Cas particulier du défaut criminel – La situation est encore plus radicale en matière de défaut criminel, puisque la présence d'un avocat pour assurer la défense de l'accusé n'est pas un obstacle à ce que le jugement par défaut soit déclaré non avenu si l'accusé condamné par défaut est arrêté ou se constitue prisonnier avant que la prescription de la peine ne soit acquise¹⁸¹².

463. Synthèse – *In fine*, il s'avère que les voies de recours ouvertes à l'encontre des jugements par défaut ont ceci de particulier qu'elles sont dirigées contre des jugements rendus alors que les parties n'ont pas été mises en mesure d'être présentes. Cependant, il apparaît également que ces voies de recours ne sont que strictement ouvertes et que certains jugements ainsi rendus restent fermés à l'opposition. Cela étant, il est toujours possible à l'encontre de ces jugements d'exercer les voies de recours normales et en particulier l'appel. Or, parce que ces situations sont intermédiaires, le régime de l'appel, et plus spécifiquement les règles de computation des délais d'appel, sont aménagées pour tenir compte de l'anormalité de la situation découlant de ce que la partie n'a pas été mise en mesure d'être présente. C'est dire qu'en cas de violation des prérogatives de présence, si les voies de recours spéciales ne sont pas ouvertes, le régime applicable aux voies de recours normales est alors assoupli.

b- L'aménagement des voies de recours normales

464. Aménagement des délais d'appel – Il a été vu précédemment qu'il est des hypothèses dans lesquelles, alors même que la partie a été défaillante et n'a pas été mise en mesure d'être présente en raison d'une citation non délivrée à personne, les voies de recours particulières sont néanmoins fermées. Tel est ainsi le cas en procédure civile lorsque la décision est susceptible d'appel, le jugement rendu étant réputé contradictoire et en procédure pénale lorsqu'un avocat s'est présenté pour assurer la défense du prévenu sans mandat, le jugement rendu étant dans cette hypothèse contradictoire à signifier. Ces jugements sont alors susceptibles d'appel et il serait ici poussif d'envisager cette voie de recours comme une spécificité visant à protéger les prérogatives de présence. Pourtant, le régime de computation des délais pour exercer ces voies de recours est aménagé, ce qui tend à démontrer qu'il y a

¹⁸¹¹ V. *infra* n° 465.

¹⁸¹² Art. 379-4 C. proc. pén.

néanmoins une prise en compte spéciale de ces prérogatives qui s'instaure par le biais de cette voie de recours normale.

465. Aménagement de la computation des délais en procédure pénale – Ainsi, en procédure pénale, l'aménagement de la computation des délais d'appel tient au report du point de départ du délai d'appel. En effet, en principe, face à une situation « normale » de comparution, quand le jugement est qualifié de jugement contradictoire, le délai pour former appel commence à courir à compter de son prononcé¹⁸¹³. Cependant, le fait que le jugement ait été rendu sans que le prévenu n'ait eu connaissance de la citation à comparaître à lui adressée entraîne la qualification de jugement contradictoire à signifier, si un avocat s'est présenté pour assurer sa défense, ou de jugement par défaut, dans le cas contraire. Or, en pareilles hypothèses, le délai d'appel¹⁸¹⁴ ne commencera à courir qu'à compter de la signification du jugement, soit en vertu de l'article 498 al. 2 2° du Code de procédure pénale dans le premier cas, soit en vertu de l'article 499 du même code dans le second cas. La protection est en outre accrue en fonction de la gravité de la condamnation, ce qui tend à montrer que la protection accordée par le droit aux prérogatives de présence est évolutive en fonction des enjeux de la décision¹⁸¹⁵. En effet, l'article 498-1 du Code de procédure pénale précise qu'en cas de condamnation à une peine d'emprisonnement et en l'absence de signification à personne, le délai d'appel ne court qu'à compter du moment où la personne condamnée a eu effectivement connaissance de la condamnation.

466. Relevé de forclusion en matière civile – Ce report du point de départ du délai d'appel ne se retrouve pas en procédure civile, dans la mesure où ce délai court, quelle que soit la nature du jugement, à compter de sa signification régulière. Il reste que face à une décision rendue sans que la partie n'ait été citée à personne, et n'ait donc été mise en mesure d'être présente, le législateur a aménagé les règles relatives aux délais d'appel par un autre mécanisme, qu'est le relevé de forclusion. Ainsi l'article 540 du Code de procédure civile dispose que, si le jugement a été rendu par défaut ou s'il est réputé contradictoire pour la seule raison que l'appel est ouvert, le juge peut relever le défendeur de la forclusion résultant de l'expiration du délai d'appel si le défendeur n'a, sans qu'il n'y ait eu faute de sa part, pas eu connaissance du jugement en temps utile pour relever appel ou s'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir. La première hypothèse est ici intéressante au regard de son domaine d'application. Parmi les jugements réputés contradictoires, seuls sont concernés les jugements réputés contradictoires pour la seule raison que l'appel est ouvert, c'est-à-dire les jugements rendus à l'issue d'une instance au cours de laquelle le défendeur défaillant n'a pas été cité à

¹⁸¹³ Art. 498 al. 1 C. proc. pén.

¹⁸¹⁴ En procédure pénale, le choix est en effet offert au prévenu défaillant de faire appel ou opposition du jugement contre lui par défaut : Cass. crim. 7 févr. 1984 : *Bull. crim.* n° 44.

¹⁸¹⁵ Pour plus de développements sur ce point, v. *infra* n° 470 et s.

personne. C'est donc le critère d'absence de certitude quant à la connaissance de la citation, et donc quant à la possibilité pour le défendeur d'exercer son droit de présence, qui permet de délimiter le domaine d'application du relevé de forclusion quant aux jugements réputés contradictoires.

En définitive, il semble que le principe soit que, chaque fois que la partie n'a pas été mise en mesure d'être présente à l'audience de jugement, le législateur reconnaît en sa faveur un droit à solliciter un nouveau jugement, avec anéantissement du jugement rendu en violation de son droit de présence, que ce droit soit ouvert à la faveur de voies de recours spéciales ou grâce aux voies de recours normales mais dont l'accès est néanmoins renforcé en raison de l'atteinte aux prérogatives de présence. En outre, si les modalités de sanction de ces prérogatives de présence sont diverses, qu'il s'agisse d'actions en nullité dirigées contre les actes de procédure ou de recours dirigés contre les jugements, toutes ces modalités semblent répondre à une condition commune, qui découle de la fonction du droit de présence.

B- La condition commune des sanctions des prérogatives présentielles : le grief

467. Existence d'une condition commune – Que l'on se place sur le terrain des nullités des actes de procédure ou de la contestation des jugements pris en violation des prérogatives présentielles, il est une condition commune au régime de ces deux sanctions. En effet, quelle que soit la sanction, celle-ci ne peut être prononcée qu'à condition de relever l'existence d'une atteinte aux intérêts de la personne protégée par la prérogative de présence, autrement dit d'un grief causé par l'acte remis en cause. Cette condition commune est au demeurant logiquement exigée dès lors que les prérogatives présentielles empruntent inévitablement à la fonction protectrice de la présence¹⁸¹⁶ et qu'il serait par conséquent excessif d'anéantir des actes pris, certes, en violation du droit de présence ou du pouvoir de présence mais sans pour autant priver le justiciable de la protection à laquelle il peut prétendre. En outre, cette condition épouse également les contours du droit de présence comme du pouvoir de présence, dès lors qu'elle permet de mettre en adéquation la fonction de ces prérogatives avec leur régime. Si le droit subjectif a en effet pour fonction de protéger les intérêts de son titulaire, sa sanction n'est légitime qu'à condition que ces intérêts aient subi une atteinte. Il en va de même pour le pouvoir qui a pour caractéristique principale de protéger les intérêts d'autrui et qui conduit donc à ne pas le sanctionner si ces intérêts n'ont pas subi d'atteinte. Par conséquent, pour provoquer l'anéantissement de l'acte de procédure ou du jugement pris en violation des prérogatives présentielles, il est nécessaire de démontrer que cet acte cause un grief à la personne dont les intérêts sont protégés par les prérogatives

¹⁸¹⁶ Sur laquelle v. *supra* n° 194 et s.

présentielles. Cela étant, en raison de la différence de nature des actes attaqués, cette condition ne se traduit pas techniquement de la même façon dans les deux hypothèses.

468. Grief causé par le jugement synonyme de prétentions non satisfaites – Lorsque l'acte dont il s'agit d'obtenir l'anéantissement est un jugement, la définition du grief qu'il est susceptible de causer à la partie qui se prévaut de son droit de présence est relativement évidente. Seule la décision qui réserve un accueil défavorable aux prétentions du plaideur est en effet susceptible de causer un grief à celui-ci. *A contrario*, si le plaideur a obtenu satisfaction, la décision ne lui cause pas grief. S'agissant des voies de recours ouvertes à l'encontre des jugements pris en violation des prérogatives de présence, cette exigence se traduit naturellement dans la condition classique de recevabilité qu'est l'intérêt à agir. Ainsi, l'opposition n'est ouverte qu'à la partie défaillante qui y a intérêt, c'est-à-dire que, si le défaillant n'a pas été condamné, celui-ci est irrecevable à faire opposition¹⁸¹⁷. En ce sens, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a pu juger qu'est irrecevable l'opposition formée par le prévenu alors qu'un jugement de relaxe a été rendu à son encontre¹⁸¹⁸. Naturellement, cette condition se retrouve à l'identique à travers la condition d'intérêt à former appel¹⁸¹⁹ ou encore à travers la notion de « *personne intéressée* » à laquelle le référé-rétractation de l'ordonnance sur requête est ouvert¹⁸²⁰.

469. Grief causé par l'acte de procédure synonyme d'atteinte aux droits de la défense – En revanche, lorsque l'acte dont il s'agit d'obtenir l'anéantissement est un acte de procédure antérieur à la décision de jugement, la condition de l'existence du grief devient une condition de fond du prononcé de la nullité¹⁸²¹. La définition de ce grief ne peut alors plus être le rejet au moins partiel des prétentions de la partie qui l'invoque, dès lors que la décision statuant sur le fond du litige n'a pas encore été rendue. Le grief doit donc s'apprécier comme étant la conséquence de la violation de la formalité de procédure et ici de la violation de la prérogative de présence. Or, puisque la décision de jugement n'a pas encore été rendue, il s'agit encore d'offrir au plaideur la possibilité de défendre ses intérêts. En d'autres termes, le grief, condition de fond du prononcé de la nullité des actes de procédure, s'entend d'une

¹⁸¹⁷ En ce sens, v. S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, préc., n° 530 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, 32^{ème} édition, Dalloz, 2014, Coll. Précis Droit privé, n° 1177 ; M.-E. BOURSIER, E. BOTREL, « Opposition », *Rép. D. proc. civ.* 2014, n° 43 ; M. DOUCHY-LOUDOT, « Jugement par défaut et opposition », *J-cl. proc. civ.* 2015, Fasc. 540, n° 129.

¹⁸¹⁸ Cass. crim., 24 mars 1987 : *Bull. crim.* n° 138.

¹⁸¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 16 janv. 1979 : *Gaz. Pal.* 1979. 2. 758, note VIATTE ; Cass. civ. 2^{ème}, 11 juil. 1990 : *Bull. civ.* II, n° 170.

¹⁸²⁰ Art. 496 al. 2 C. proc. civ.

¹⁸²¹ Art. 802 C. proc. pén. et art. 114 C. proc. civ.

violation des droits de la défense¹⁸²². Ainsi, si le plaideur n'a pas été mis en mesure d'être présent lors de l'opération procédurale ayant abouti à la réalisation de l'acte de procédure mais qu'il n'a pas résulté de cette violation du droit de présence une atteinte aux droits de la défense, l'acte n'encourra pas l'annulation. La Cour de cassation se prononce d'ailleurs en ce sens lorsqu'elle juge que, bien que non convoquée à l'audience, la partie y a néanmoins assisté¹⁸²³. C'est qu'en effet, si la partie n'a pas été effectivement mise en mesure d'être présente à l'audience, elle y a néanmoins assisté et a donc pu se défendre. La demande de nullité de l'acte de convocation ne peut donc aboutir. De même, s'agissant de l'opposabilité des expertises aux personnes qui n'étaient pas encore parties à l'instance au moment de leur réalisation, cette condition permet d'expliquer la solution selon laquelle si l'expertise a été versée aux débats et a pu être discutée par ces tiers devenus parties à l'instance, elle leur sera opposable¹⁸²⁴. Il est d'ailleurs remarquable que la condition du grief soit rappelée par la jurisprudence s'agissant des demandes de nullité des expertises judiciaires¹⁸²⁵.

In fine, les violations des prérogatives préventives sont sanctionnées par le droit positif, permettant ainsi de garantir leur effectivité. Cependant, les développements consacrés à ces sanctions ont été émaillés d'exceptions, conduisant dans une certaine mesure à relativiser cette effectivité. En réalité, il faut admettre que l'effectivité n'est pas une notion binaire : une règle de droit n'est pas *effective* ou *ineffective*, dans la mesure où l'effectivité est une notion graduelle. L'étude de la mise en œuvre des prérogatives de présence ne serait donc pas complète si l'on s'en tenait à ce constat sans chercher à expliquer ces variations. A cette fin, il convient alors de s'intéresser plus précisément aux variations de l'effectivité des prérogatives de présence.

¹⁸²² En ce sens, v. Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préf. J.-C. SAINT-PAU, Dalloz, 2013, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 589 et s.

¹⁸²³ Cass. crim., 3 mars 1960 : *D.* 1961, p. 167.

¹⁸²⁴ En ce sens, v. Cass. civ. 2^e, 22 nov. 2012, n° 10-26.198 et 10-26.755. V. déjà Cass. civ. 2^e, 8 sept. 2011, n° 10-19.919 : *Bull. civ.* II n° 166 ; *Procédures* 2012, comm. 3, obs. R. PERROT ; Cass. com., 10 déc. 2013, n° 12-20.252 : *Procédures* 2014, comm. 63, note R. PERROT.

¹⁸²⁵ Cass. civ. 2^e, 21 mars 2013, n° 12-16.995. Cet arrêt n'est pas relatif au droit de présence mais illustre toutefois l'exigence de prouver un grief pour obtenir la nullité de l'expertise judiciaire.

§2 : L'effectivité variable des prérogatives présentielles

470. Facteurs de variabilité des prérogatives présentielles – Amenées à s'intégrer au système processuel existant, les prérogatives présentielles se retrouvent nécessairement confrontées à d'autres impératifs processuels, qui peuvent s'y opposer. Ainsi, il est possible d'identifier certains de ces impératifs qui conduisent à faire obstacle à la mise en œuvre des prérogatives de présence (A). Cela étant, ces obstacles ne sont pas tous impérieux, de telle sorte que si l'on tente d'établir une hiérarchie entre ces derniers et les prérogatives de présence, celles-ci paraissent dans certaines circonstances avoir une valeur supérieure à ceux-là. C'est qu'en effet, à l'opposé des obstacles à la mise en œuvre des prérogatives présentielles, certains enjeux justifient au contraire un renforcement de l'effectivité des prérogatives, se traduisant par une restriction des obstacles acceptables (B).

A- Les obstacles à la mise en œuvre des prérogatives présentielles

471. Mise à l'écart des prérogatives de présence – L'observation du droit positif a révélé que les prérogatives présentielles sont parfois tenues en échec, s'effaçant devant certains obstacles à leur mise en œuvre. Il est donc nécessaire dans un premier temps d'identifier ces obstacles, en d'autres termes d'identifier les valeurs concurrentes au droit de présence (1). Cependant, puisqu'il s'agit, pour la protection de ces valeurs de faire obstacle à la mise en œuvre d'un droit subjectif, il est nécessaire que ces dérogations au droit de présence soient assorties de certaines garanties compensatoires (2).

1- Identification des obstacles

472. Nécessité et contingence des obstacles – Tous les obstacles à la mise en œuvre du droit de présence ne sont pas d'égale importance, en ce sens que les uns relèvent d'une logique de nécessité impérieuse, tandis que les autres sont plus contingents. En effet, les obstacles à la mise en œuvre des prérogatives de présence se justifient soit par la nécessité de protéger l'ordre public ou la sécurité des personnes (2), soit par un arbitrage opéré par le législateur et destiné à rationaliser la procédure dans un souci de bonne administration de la justice (1).

a- Les obstacles contingents

473. Nécessité d'une bonne administration de la justice et contingence des choix opérés – Qualifier certains choix du législateur de contingents alors qu'ils sont opérés dans l'objectif d'une bonne administration de la justice peut paraître surprenant dans la mesure où

le Conseil constitutionnel y voit un « *objectif à valeur constitutionnelle* »¹⁸²⁶ et la Cour européenne des droits de l'Homme y reconnaît un principe sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁸²⁷. Pour autant, il faut ici s'entendre sur les termes employés. La bonne administration de la justice implique de s'intéresser autant à « *l'œuvre de justice* »¹⁸²⁸ qu'à la « *justice à l'œuvre* »¹⁸²⁹. Or, les modalités de cette justice à l'œuvre répondent à des décisions politiques opérées par le législateur et le pouvoir exécutif. Partant, ce n'est pas le principe d'une bonne administration de la justice qui est contingent mais seulement les choix opérés par le législateur pour s'en assurer, choix qui relèvent d'un numéro d'équilibriste plus ou moins agile destiné à concilier l'efficacité et la qualité des décisions de justice. C'est d'ailleurs en ce sens que l'entend la Cour de Strasbourg puisque le principe de la bonne administration de la justice est parfois invoqué par elle en contrepoids du principe de célérité¹⁸³⁰. Il s'agit donc là d'arbitrages du législateur, susceptibles d'évoluer au gré des circonstances et, en particulier, des circonstances économiques¹⁸³¹, qui sont donc nécessairement contingents.

474. Exemple du refus de faire comparaître personnellement le détenu – Ainsi, en matière de contentieux de la détention provisoire, la juridiction amenée à statuer sur une demande de mise en liberté peut refuser la comparution personnelle du détenu alors même qu'il en ferait la demande, si celui-ci a déjà comparu devant cette juridiction moins de quatre mois auparavant¹⁸³². Sans doute cette possibilité de refuser la comparution du détenu, par une ordonnance motivée mais insusceptible de recours¹⁸³³, trouve sa justification dans la rationalisation économique de la procédure, puisqu'elle permet d'éviter les extractions réitérées des détenus, coûteuses pour l'Etat¹⁸³⁴.

¹⁸²⁶ Cons. const., 30 juil. 2010, n° 2010-14/22 QPC : *AJDA* 2010, p. 1556, note S. BRONDEL.

¹⁸²⁷ V. par ex. CEDH, 12 oct. 1992, *Boddaert c. Belgique*, req. n° 12919/87, spéc. § 39 ; CEDH, 10 avr. 2001, *Sablon c. Belgique*, req. n° 36445/97, spéc. § 96.

¹⁸²⁸ L. CADIET, « Introduction à la notion de bonne administration de la justice en droit privé », *Justice et cassation* 2013, p. 13, spéc. n° 2.

¹⁸²⁹ L. CADIET, « Introduction à la notion de bonne administration de la justice en droit privé », art. préc., n° 3.

¹⁸³⁰ CEDH, 12 oct. 1992, *Boddaert c. Belgique*, préc., § 96 : « *L'article 6 prescrit la célérité des procédures judiciaires, mais il consacre aussi le principe, plus général, d'une bonne administration de la justice* », la Cour se référant alors au « *juste équilibre à ménager entre les divers aspects de cette exigence fondamentale* ». V. également CEDH, 10 avr. 2001, *Sablon c. Belgique*, préc., spéc. § 96 : « *La Cour rappelle à cet égard que l'article 6 de la Convention prescrit la célérité des procédures judiciaires mais il consacre aussi le principe, plus général, d'une bonne administration de la justice* ».

¹⁸³¹ Pour plus de développements sur le rapport entre la bonne administration de la justice et l'analyse économique du procès, v. *supra* n° 250.

¹⁸³² Art. 148-2 al. 1 et 199 al. 7 C. proc. pén.

¹⁸³³ *Ibid.* La Cour de cassation a d'ailleurs récemment refusé la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'absence de recours en la matière : Cass. crim. 12 avr. 2016, n° 16-90.003.

¹⁸³⁴ V. *supra* n°s 238 et 253.

475. Exemple du choix de recourir à la visioconférence – De même, le souci de rationalisation de la procédure sous-tendu par l'organisation d'une bonne administration de justice a conduit le législateur à multiplier les hypothèses de recours possible à la visioconférence et peut conduire le juge à s'orienter vers une telle organisation du procès¹⁸³⁵, autant de choix qui aboutissent à priver le justiciable d'un droit à la présence effectif. En effet, le législateur – particulièrement le législateur pénal – multiplie les hypothèses de recours à la visioconférence sans que le consentement des parties ne soit pris en compte. Il faut en effet observer que l'article 706-71 du Code de procédure pénale prévoit de nombreuses possibilités de dématérialiser les audiences lorsque le prévenu est détenu, et ce, sans que le choix de recourir à ces moyens de télécommunication audiovisuelle ne doive être motivé¹⁸³⁶. De surcroît, la qualification de l'acte matérialisant ce choix semble aller dans le sens d'une restriction importante des voies de recours ouvertes à son encontre.

476. Qualification de la décision de recourir à la visioconférence et inexistence apparente d'un recours – La qualification de l'acte matérialisant le choix de recourir à la visioconférence n'est pas une évidence. De prime abord, il est vrai que le législateur l'a qualifiée de mesure d'administration judiciaire, puisque l'article R. 111-7 du Code de l'organisation judiciaire adjoint ce qualificatif à la décision du président de la juridiction prise en application de l'article L. 111-12 du même Code, lequel traite du choix de recourir à la visioconférence devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire. Puisque, là où le législateur ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer, on pourrait alors s'arrêter à cette qualification formelle et admettre, suivant l'article 537 du Code de procédure civile, qu'en tant que mesure d'administration judiciaire, le choix du recours à la visioconférence « *n'est susceptible d'aucun recours* ». Pourtant, au regard des critères de qualification de la mesure d'administration judiciaire, une telle qualification avec de telles conséquences est loin d'emporter une adhésion inconditionnelle. En effet, les critères de qualification de la mesure d'administration judiciaire ne font pas encore consensus en doctrine. D'abord, certains auteurs proposent comme critère de qualification les effets d'un tel acte : si l'acte ne fait pas grief aux parties, il s'agit d'une mesure d'administration judiciaire insusceptible de recours ; si en revanche, il fait grief aux parties, il s'agit alors d'un acte juridictionnel susceptible de recours¹⁸³⁷. Certaines décisions de la Cour de cassation paraissent d'ailleurs pouvoir être interprétées en ce sens, les juges du Quai de l'Horloge précisant qu'une décision ne peut être qualifiée de mesure d'administration judiciaire lorsqu'elle est « *susceptible d'affecter les*

¹⁸³⁵ Sur le lien entre visioconférence et bonne administration de la justice, v. *supra* n° 253.

¹⁸³⁶ Cass. crim., 2 mars 2011, n° 10-88.524 : RSC 2011, p. 419, obs. J. DANET ; Cass. crim. 7 déc. 2010 : RSC 2011, p. 419, obs. J. DANET.

¹⁸³⁷ En ce sens, M. DEGOFFE, E. JEULAND, « Les mesures d'administration judiciaire en droit processuel », in *Justice et droits fondamentaux : études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 141 et s., spéc. n° 6 et s.

droits et obligations des parties »¹⁸³⁸. Mais si l'on adopte un tel critère de qualification, il n'est pas certain que la décision de recourir à la visioconférence puisse être qualifiée comme telle dans la mesure où elle implique une atteinte au droit de présence des parties, et ce, *a fortiori* si une telle décision est prise sans égard pour le consentement de ces dernières à cette mesure – pourtant exigé en principe¹⁸³⁹. Ainsi, face à une mesure d'administration judiciaire ayant un « *effet tel sur les parties qu'elles subissent un véritable grief [...] il faudrait alors la requalifier en acte juridictionnel et ouvrir une voie de recours* »¹⁸⁴⁰. Pourtant, le simple fait qu'il faille changer la qualification d'un acte dans le seul but de le faire bénéficier d'un régime juridique différent semble révéler une faille dans le critère de qualification. Cette faille a d'ailleurs été exploitée par un auteur qui, réfutant le critère du grief, propose d'y substituer celui de la finalité de l'acte : si l'acte exprime la fonction administrative du juge en adoptant une décision « *prenant en considération l'intérêt du service public* », alors il s'agit d'une mesure d'administration judiciaire¹⁸⁴¹. Au regard de ce critère, la décision de recourir à la visioconférence ne semble dès lors pas pouvoir échapper à la qualification de mesure d'administration judiciaire, puisque ce choix est précisément opéré pour faire des économies sur le budget de la Justice¹⁸⁴². Alors il pourrait en être déduit, et cela semble le cas en droit positif, que cette décision est insusceptible de recours. Voilà donc l'illustration qu'en apparence, le choix opéré par l'intermédiaire d'une mesure d'administration judiciaire dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice est un obstacle à l'effectivité du droit à être présent, faute de pouvoir contester cette décision.

477. Contingence de l'obstacle à l'effectivité des prérogatives de présence – Cette position du droit positif actuel paraît cependant pouvoir être relativisée. D'abord, lorsque le consentement des parties est exigé pour recourir à la visioconférence, le justiciable pourra contester ce choix *a posteriori* en exerçant les voies de recours de droit commun à l'encontre du jugement rendu à l'issue de l'audience à laquelle il n'a pas pu comparaître physiquement en dépit de sa volonté. Telle est notamment la position de la Cour de cassation lorsqu'elle affirme que, s'agissant d'une audience au cours de laquelle il doit être statué sur le placement en détention provisoire ou la prolongation de celle-ci, la personne détenue peut refuser l'utilisation d'un moyen de télécommunication audiovisuelle, ce constat l'ayant conduit à casser l'arrêt d'une cour d'appel n'ayant pas pris en considération l'absence de consentement

¹⁸³⁸ Cass. soc., 24 mai 1995 : *RTD Civ.* 1995, p. 958, obs. R. PERROT ; v. également Cass. crim., 22 mai 2001, n° 00-83.794.

¹⁸³⁹ Art. L. 111-12 C. O. J.

¹⁸⁴⁰ M. DEGOFFE, E. JEULAND, « Les mesures d'administration judiciaire en droit processuel », art. préc., spéc. n° 22.

¹⁸⁴¹ J. THERON, « Mesure d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification », *D.* 2010, p. 2246.

¹⁸⁴² V. *supra* n° 253.

du détenu¹⁸⁴³. Ensuite, lorsque cette possibilité de contestation *a posteriori* n'est pas reconnue, il n'est pas certain que la qualification de mesure d'administration judiciaire au regard du critère finaliste doive nécessairement exclure toute forme de recours. Certes, l'article 537 dispose que « *les mesures d'administration judiciaire ne sont sujettes à aucun recours* ». Mais l'on peut remarquer avec certains auteurs¹⁸⁴⁴ que cette affirmation doit être interprétée à la lumière de sa place dans le Code et d'autres dispositions du droit positif. L'article 537 est en effet inséré dans un titre relatif aux voies de recours contre les jugements et pourrait donc être interprété comme disposant que les voies de recours contre les jugements ne sont pas ouvertes contre les mesures d'administration judiciaire, sans pour autant exclure une autre forme de recours¹⁸⁴⁵. Cette interprétation est en outre renforcée par l'existence d'un pourvoi en annulation pour excès de pouvoir exercé sur ordre du Garde des Sceaux qui, quoi qu'inusité, peut néanmoins s'exercer à l'encontre des mesures d'administration judiciaire par l'article 18 de la loi du 3 juillet 1967¹⁸⁴⁶. Par conséquent, de deux choses l'une : soit l'on adopte le critère du grief et cette décision, faisant grief aux parties car les privant d'un droit à la présence, doit être requalifiée en acte juridictionnel et être susceptible d'un recours classique ; soit l'on adopte le critère de la finalité mais il faut alors militer pour l'ouverture d'un recours en annulation pour excès de pouvoir¹⁸⁴⁷. De surcroît, la création d'un tel recours paraît souhaitable en ce qu'elle permettrait de mettre en conformité le droit positif avec le droit au recours contre toute décision faisant grief, protégé tant par le Conseil constitutionnel¹⁸⁴⁸ que par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La création de ce recours en annulation pour excès de pouvoir paraît d'autant plus utile que le Conseil constitutionnel a récemment ouvert la boîte de Pandore en considérant, au visa de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, qu'à l'existence d'un « droit à » devait répondre l'existence d'un recours¹⁸⁴⁹. L'existence d'un tel recours ne serait d'ailleurs pas

¹⁸⁴³ Cass. crim., 11 oct. 2011, n° 11-85.602: *Bull. crim.* n° 197 ; *D.* 2011, p. 2732, obs. M. LENA ; *RSC* 2012, p. 197, obs. J. DANET.

¹⁸⁴⁴ Et en particulier M. DEGOFFE, E. JEULAND, « Les mesures d'administration judiciaire en droit processuel », art. préc., spéc. n° 14 ; J. THERON, « Mesure d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification », art. préc.

¹⁸⁴⁵ En ce sens, M. DEGOFFE, E. JEULAND, « Les mesures d'administration judiciaire en droit processuel », art. préc. n° 14 : « *Le terme de recours signifie qu'il n'existe aucune des voies de recours qui existent contre les jugements* » ; J. THERON, « Mesure d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification », art. préc. : « *Il est possible de lire l'article 537 comme n'interdisant pas toute voie de recours à l'encontre des mesures d'administration judiciaire. [...] il peut être interprété comme empêchant l'exercice des seules voies de recours ouvertes contre les jugements* ».

¹⁸⁴⁶ Loi n° 67-523 du 3 juillet 1967 relative à la Cour de cassation.

¹⁸⁴⁷ En ce sens, v. J. THERON, « Mesure d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification », art. préc.

¹⁸⁴⁸ Cons. const., 21 janv. 1994, n° 93-335 DC : *RFDA* 1995, p. 7, note P. HOCREITERE et p. 780, ét. B. MATHIEU ; *D.* 1995, p. 295, obs. E. OLIVA et p. 302, obs. P. GAIA ; Cons. const. 9 avr. 1996, n° 96-373 DC : *AJDA* 1996, p. 371, note O. SCHRAMECK ; *D.* 1998, p. 145, obs. J.-C. CAR, et p. 147, obs. A. ROUX, et p. 153, obs. T. RENOUX, et p. 156, obs. J. TREMEAU ; *RFDA* 1997, p. 1, ét. F. MODERNE.

¹⁸⁴⁹ Cons. const., 20 nov. 2015, n° 2015-499 QPC : cette décision a été rendue à propos des dispositions relatives à l'enregistrement sonore des débats de la cour d'assises, le Conseil constitutionnel considérant que ces

nécessairement contraire à la bonne administration de la justice, dans la mesure où il s'agirait simplement de permettre un meilleur contrôle des conditions de légalité du recours aux moyens de télécommunication audiovisuelle, conditions qu'il serait en outre souhaitable de renforcer lorsqu'il s'agit de contourner la volonté des parties.

Par conséquent, s'il existe bien un frein en droit positif à l'effectivité du droit à être présent, qui tient à la bonne administration de la justice et qui peut se traduire par l'adoption de mesures d'administration judiciaire, cet obstacle reste contingent dans la mesure où, d'une part, il peut être recouru contre la décision d'utilisation de la visioconférence en contestant le jugement rendu à l'issue de cette procédure, et d'autre part l'inexistence de voies de recours autonomes contre les mesures d'administration judiciaire paraît pouvoir et même devoir être combattue. Tel n'est en revanche pas le cas d'autres obstacles à l'effectivité du droit de présence quant à eux nécessaires.

b- Les obstacles nécessaires

478. Présentation des obstacles nécessaires – La mise en œuvre des prérogatives de présence est parfois rendue impossible par la nécessité impérieuse de protéger d'autres valeurs, telles que l'ordre public et de la sécurité des personnes. C'est en effet lorsqu'il existe un risque grave de trouble à l'ordre public ou d'atteinte à la sécurité des personnes que des dérogations à la mise en œuvre du droit à être présent sont justifiées. C'est ainsi ce qui légitime le recours à la visioconférence sans consentement des parties, dans des hypothèses où ce consentement est pourtant le principe¹⁸⁵⁰ ou encore le recours à l'anonymisation des témoins¹⁸⁵¹. De nécessaires, ces obstacles à la mise en œuvre du droit à être présent en deviennent donc légitimes et cette légitimité est accrue par les conditions qui encadrent ces dérogations à la mise en œuvre des prérogatives présentes. Le domaine de ces dérogations est en effet strictement délimité par une condition de gravité.

479. Domaine délimité par la gravité du risque – Qu'il s'agisse d'un risque de trouble à l'ordre public ou d'un risque d'atteinte à la sécurité des personnes, la condition de

dispositions reconnaissent un droit à l'enregistrement au bénéfice des parties, et qu'en interdisant toute forme de recours en nullité en cas d'inobservation de cette formalité, ces dispositions sont contraires à la Constitution.

¹⁸⁵⁰ Art. 706-71 al. 3 C. proc. pén. in fine : « *Lorsqu'il s'agit d'une audience au cours de laquelle il doit être statué sur le placement en détention provisoire ou la prolongation de la détention provisoire, la personne détenue peut refuser l'utilisation d'un moyen de télécommunication audiovisuelle, sauf si son transport paraît devoir être évité en raison des risques graves de trouble à l'ordre public ou d'évasion* ».

¹⁸⁵¹ Art. 706-58 C. proc. pén. : « *Lorsque l'audition d'[un témoin] est susceptible de mettre gravement en danger la vie ou l'intégrité physique de cette personne, des membres de sa famille ou de ses proches* », le juge des libertés et de la détention peut autoriser que les déclarations de ce témoin soient recueillies sans que son identité n'apparaisse dans le dossier de la procédure. Sur la question de l'anonymat des témoins antérieurement à la loi du 15 novembre 2001, v. notamment J.-C. SAINT-PAU, *L'anonymat et le droit*, Thèse Bordeaux IV, 1998, n° 115 et s.

gravité du risque se retrouve formellement dans les différents textes prévoyant ces dérogations au droit à être présent. Ainsi, l'article 706-58 du Code de procédure pénale relatif à l'anonymat des témoins vise une audition « *susceptible de mettre gravement en danger la vie ou l'intégrité physique* » du témoin ou de ses proches, quand l'article 706-71 du Code de procédure pénale vise des « *risques graves de trouble à l'ordre public ou d'évasion* ». Or, dans ce dernier texte, le risque grave est explicitement visé tandis qu'il est fait référence à celui-ci à travers la notion de mise en danger grave dans le premier. Ce critère de gravité permet une double légitimation de la mise au ban du droit de présence. Cet obstacle à la mise en œuvre du droit est en effet légitimé, sur le fond, par la restriction du domaine de l'exception et, sur la forme, parce que l'exigence d'une condition de gravité implique pour les juges la nécessité d'une motivation spéciale de la décision de recourir à ces procédés faisant échec au droit de présence. Ainsi, l'article 706-58 du Code de procédure pénale exige que le juge des libertés et de la détention amené à choisir de contourner le droit d'être mis en présence du témoin en ayant recours à l'anonymat de celui-ci statue par décision motivée sur requête motivée du procureur de la République ou du juge d'instruction. Et lorsque la décision de recourir à la visioconférence en dépit du refus de la personne détenue porte sur le placement en détention provisoire ou sa prolongation, les juges doivent motiver leur décision au regard du risque grave de trouble à l'ordre public ou d'évasion¹⁸⁵². A ce propos, il est vrai que cette exigence de motivation est extrêmement limitée en matière de visioconférence puisqu'elle ne concerne que son utilisation lorsque l'audience vise à statuer sur le placement en détention provisoire ou la prolongation de celle-ci, la Cour de cassation rappelant par ailleurs fréquemment que dans les autres hypothèses de recours à la visioconférence, les juges n'ont pas à motiver leur choix¹⁸⁵³. Il n'est cependant pas certain que cette absence de motivation soit tout à fait conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, laquelle semble exiger un contrôle des motivations concrètes du recours à la visioconférence¹⁸⁵⁴. De même il n'est pas certain que cette absence de motivation soit conforme à la constitution. Certes, le Conseil constitutionnel a considéré conforme le recours à la visioconférence en droit des étrangers en ne contrôlant les motifs du recours à ce procédé que de manière extrêmement souple¹⁸⁵⁵. Mais le recours à la visioconférence en droit des

¹⁸⁵² Cass. crim., 11 oct. 2011, préc. Pour un exemple récent de risque grave d'évasion, v. Cass. crim., 25 fév. 2015, n° 15-88.028.

¹⁸⁵³ Cass. crim., 2 mars 2011, préc. ; Cass. crim., 7 déc. 2010, préc. ; Cass. crim., 11 avr. 2012, n° 12-81.804 ; Cass. crim., 20 févr. 2013, n° 12-83.402 ; Cass. crim., 6 mars 2013, n° 12-81.861 ; Cass. crim., 24 juin 2015, n° 15-82.152.

¹⁸⁵⁴ En ce sens, v. CEDH, 5 oct. 2006, *Marcello Viola c. Italie*, req. n° 45106/04 : *JCP G* 2007, I, 106, n° 10, obs. F. SUDRE ; *RTDH* 2008, p. 223, note M. CHIAVARO ; CEDH, 27 nov. 2007, *Asciutto c. Italie*, req. n° 35795/02. Et encore récemment : CEDH, 23 juin 2015, *Balta et Demir c. Turquie*, req. n° 48628/12.

¹⁸⁵⁵ Cons. const., 20 nov. 2003, n° 2003-484 DC : *AJDA* 2004, p. 599, note O. LECUCQ ; *LPA* 20-21 janv. 2004, p. 10, obs. J.-E. SCHOETTL ; *JCP G* 2003, p. 2249, note J.-C. ZARKA : le Conseil constitutionnel considère dans cette décision que la limitation des transferts et la bonne administration de la justice sont des motifs suffisants.

étrangers est d'une autre nature puisqu'il nécessite le consentement du plaideur¹⁸⁵⁶, ce qui ne préjuge donc pas de la constitutionnalité de l'article 706-71 du Code de procédure pénale¹⁸⁵⁷.

480. Cas particulier du droit des étrangers – C'est encore le risque – réel ou supposé – de trouble à l'ordre public qui permet d'expliquer que la jurisprudence administrative fasse parfois obstacle à la mise en œuvre du droit de présence lorsqu'est en cause le droit de séjour de l'étranger sur le sol national¹⁸⁵⁸. Il n'apparaît certes pas ici de façon explicite qu'un risque grave de trouble à l'ordre public soit exigé pour faire obstacle au droit de présence de l'étranger à une audience judiciaire mais il est cependant possible de considérer que cette justification est sous-jacente à la nature même du droit des étrangers. Historiquement, l'étranger a en effet toujours été considéré comme un ennemi¹⁸⁵⁹ et si, progressivement, l'idée que l'étranger est un être humain qui mérite un traitement équitable s'est heureusement imposée¹⁸⁶⁰, le fait que le droit des étrangers reste « *prisonnier de ses obsessions sécuritaires* »¹⁸⁶¹ témoigne de ce que la présence même de l'étranger sur le sol national est encore, dans l'esprit du législateur, assimilée à un risque pour l'ordre public. Partant, si les juridictions administratives refusent parfois d'accorder un droit de court séjour aux étrangers afin qu'ils puissent exercer leur droit de présence à une audience devant une autre juridiction, cela pourrait s'expliquer par la volonté, dans l'esprit des autorités du moins, de protéger le territoire national et donc l'ordre public. Néanmoins, dans la mesure où ces obstacles rendent impossible la mise en œuvre du droit de présence, les dérogations qu'ils impliquent quant au respect de ce droit doivent être assorties de garanties compensatoires.

2- Existence de garanties compensatoires

481. Existence de garanties compensatoires – Lorsque le droit de présence est mis en échec, des garanties compensatoires sont alors mises en œuvre. Ainsi, s'il est possible d'avoir recours au témoignage anonyme en application de l'article 706-58 du Code de procédure pénale et de faire ainsi échec au droit à être présent au cours du recueil du témoignage, cet élément de preuve ne pourra être le seul à fonder une décision de condamnation¹⁸⁶², ce qui permet de limiter dans une certaine mesure les conséquences de l'atteinte au droit à être présent. Le législateur propose cependant par le biais de cette disposition une protection *a*

¹⁸⁵⁶ V. *supra* n° 429.

¹⁸⁵⁷ En ce sens, v. F. ROCHETEAU, « Utilisation de moyens de télécommunication au cours de la procédure », *J.-Cl. proc. pén.* 2015, Fasc. 20, n° 28.

¹⁸⁵⁸ V. *supra* n° 424.

¹⁸⁵⁹ En ce sens, v. E. AUBIN, *Droit des étrangers*, 2^e éd., Gualino, 2011, Coll. Fac Université, n° 12.

¹⁸⁶⁰ D. LOCHAK, « L'étranger et les droits de l'Homme », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au professeur R.-E. Charlier*, Ed. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 617.

¹⁸⁶¹ E. AUBIN, *Droit des étrangers*, préc., n° 20 et s.

¹⁸⁶² Art. 706-62 C. proc. pén.

minima du justiciable et aurait pu aller plus loin. En effet, alors que le droit interne pose comme seule limite le fait que le témoignage anonyme ne soit pas l'unique fondement de la décision de condamnation, la Cour européenne des droits de l'Homme est davantage protectrice, puisqu'elle vérifie que la décision de condamnation ne se fonde pas « *uniquement ni de façon déterminante* » sur ce témoignage¹⁸⁶³, l'élément déterminant étant, selon la Cour, une preuve dont l'importance est telle qu'elle est susceptible d'emporter la conviction sur l'affaire¹⁸⁶⁴. Les garanties compensatoires posées par le législateur en matière de recours au témoignage sont donc en-deçà des exigences européennes et pourraient à ce titre être renforcées. De même, dans l'hypothèse de l'utilisation de la visioconférence sans le consentement de la partie, le législateur doit s'assurer du respect des droits de la défense et en particulier de la possibilité pour le plaideur de pouvoir s'entretenir de façon confidentielle avec son avocat, la Cour européenne ayant eu à ce titre l'occasion de conclure à la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme dans une affaire où la conversation entre le détenu et son avocat avait été retranscrite par un surveillant pénitentiaire puis versée au dossier¹⁸⁶⁵.

Ainsi, il existe plusieurs raisons de faire échec à la mise en œuvre du droit de présence. Cependant, ces justifications à la réduction de l'effectivité des prérogatives présentielles sont plus ou moins impérieuses et, pour cette raison, ces obstacles à la mise en œuvre du droit de présence sont plus ou moins légitimes selon l'enjeu de la procédure en cause. C'est qu'en effet, à l'opposé des obstacles à la mise en œuvre du droit de présence, certains facteurs rendent nécessaire un renforcement de l'effectivité de ce droit.

B- Les enjeux nécessitant un renforcement de l'effectivité des prérogatives présentielles

482. Mesure restrictive de libertés et renforcement de l'effectivité des prérogatives présentielles – Si la protection de certaines valeurs concurrentes aux prérogatives de présence peut justifier qu'il leur soit parfois porté atteinte, il est cependant nécessaire de limiter la portée de ces obstacles lorsque l'enjeu de la procédure est tel que les droits processuels des plaideurs doivent être particulièrement préservés. On peut observer en droit positif qu'à ce titre, le législateur semble porter une attention particulière au droit d'être présent à l'audience de la personne à l'encontre de laquelle une mesure restrictive de libertés est susceptible d'être prononcée. Ainsi, il existe une corrélation forte en droit positif entre la possibilité pour le juge de prononcer à l'issue de l'audience une mesure restrictive de liberté

¹⁸⁶³ CEDH, 14 févr. 2002, *Visser c. Pays-Bas*, req. n° 26668/95.

¹⁸⁶⁴ CEDH, 23 juin 2015, *Balta et Demir c. Turquie*, préc.

¹⁸⁶⁵ CEDH, 27 nov. 2007, *Zagaria c. Italie*, req. n° 58295/00.

et une protection accrue du droit de présence du plaideur à l'encontre de qui cette mesure est susceptible d'être prononcée. En effet, alors que l'article L. 111-12 du Code de l'organisation judiciaire pose le principe de l'exigence du consentement des parties pour recourir à la visioconférence¹⁸⁶⁶, l'article 706-71 du Code de procédure pénale, texte spécial, prévoit la possibilité de déroger à l'exigence de ce consentement pour la bonne administration de la justice¹⁸⁶⁷. Pourtant, malgré la nécessité de garantir une bonne administration de la justice, il s'opère un retour au principe du consentement dans le contentieux du placement en détention provisoire ou de la prolongation de celle-ci¹⁸⁶⁸, ainsi qu'à l'audience de jugement devant le tribunal correctionnel¹⁸⁶⁹. Or, s'il peut paraître à première vue difficile de trouver un critère de répartition entre les audiences au cours de laquelle le consentement du détenu n'est plus exigé pour recourir à la visioconférence et celles au cours desquelles son consentement est de nouveau nécessaire, il apparaît cependant que le point commun de ces exceptions à l'exception est l'enjeu de l'audience, puisqu'à l'issue de chacune d'elles, le plaideur risque de voir prononcer à son encontre une mesure privative de liberté, à l'inverse des autres hypothèses. Ainsi, ce critère permet d'expliquer pourquoi le principe de bonne administration de la justice ne peut primer sur le droit de présence lorsqu'il s'agit de prononcer ou de prolonger la détention provisoire, alors qu'il le peut lorsqu'il s'agit non plus de prononcer ou d'allonger la privation de liberté mais de l'interrompre, comme c'est le cas dans le contentieux des demandes de mise en liberté du mis en examen placé en détention provisoire¹⁸⁷⁰. De même, ce critère explique la distinction qui est faite entre l'interrogatoire du prévenu détenu pour une autre cause devant le tribunal de police, qui peut se dérouler au moyen de la visioconférence sans que le prévenu ne puisse s'y opposer, et le même interrogatoire devant le tribunal correctionnel, qui nécessite pour sa part le consentement de l'ensemble de parties et par conséquent du prévenu. C'est qu'en effet, le tribunal correctionnel est compétent pour connaître des délits¹⁸⁷¹ et les peines délictuelles encourues devant lui peuvent donc être, selon les infractions concernées, des peines privatives de liberté¹⁸⁷², tandis que le tribunal de police est compétent pour juger des contraventions¹⁸⁷³, qui ne peuvent être punies de peines privatives de liberté¹⁸⁷⁴. C'est encore ce même critère qui préside à la distinction du point de départ du délai d'appel contre les jugements contradictoires à signifier

¹⁸⁶⁶ Pour plus de développements, v. *supra* n° 428.

¹⁸⁶⁷ Les hypothèses de recours à la visioconférence sont en effet majoritairement celles qui évitent d'avoir besoin d'une procédure coûteuse d'extraction des détenus : v. *supra* n° 253.

¹⁸⁶⁸ Art. 706-71 al. 3 *in fine* C. proc. pén.

¹⁸⁶⁹ Art. 706-71 al. 2 *in fine* C. proc. pén.

¹⁸⁷⁰ Cass. crim., 11 juin 2013, n° 13-82.061 ; Cass. crim., 24 juin 2015, n° 15-82.152 ; Cass. crim., 1^{er} déc. 2015, n° 15-85.526.

¹⁸⁷¹ Art. 381 C. proc. pén.

¹⁸⁷² Art. 131-3 C. pén.

¹⁸⁷³ Art. 521 C. proc. pén.

¹⁸⁷⁴ Art. 131-12 C. proc. pén.

en matière pénale. En effet, dans l'hypothèse où le prévenu a été jugé en son absence en vertu de l'article 410 du Code de procédure pénale, le délai d'appel commence à courir en principe au jour de la signification du jugement¹⁸⁷⁵. Cependant, si le jugement a prononcé une peine d'emprisonnement ferme ou d'emprisonnement assorti d'un sursis partiel – c'est-à-dire d'une peine impliquant une privation de liberté – l'appel reste ouvert au prévenu jusqu'à la prescription de la peine tant qu'il n'est pas établi qu'il a eu connaissance de la signification, le délai d'appel ne commençant à courir qu'à la date où il a eu personnellement connaissance de sa condamnation¹⁸⁷⁶. Ce régime de faveur accordé au prévenu condamné à une peine privative de liberté en son absence se justifie par la nécessité de préserver davantage son droit d'être jugé en sa présence en lui permettant plus largement de faire appel. Au regard de ce critère, on peut alors regretter que la présentation aux fins de prolongation de la garde à vue ou de la retenue judiciaire ne ménage pas cette possibilité de refus pour la personne gardée à vue ou retenue, dans la mesure où cette présentation a également pour but d'aggraver en l'allongeant la privation de liberté subie. Le justiciable bénéficie cependant d'une autre garantie, puisque le recours à la visioconférence dans ce cadre doit être justifié par les nécessités de l'enquête ou de l'instruction¹⁸⁷⁷.

483. Admission restrictive des exceptions – En pareilles hypothèses, lorsqu'une mesure privative de liberté est susceptible d'être prononcée ou aggravée, les dérogations au droit de présence sont admises de façon beaucoup plus restrictive. Ainsi, en matière de contentieux de la détention provisoire, seul un risque grave d'atteinte à l'ordre public ou d'évasion peut justifier qu'il soit passé outre le refus de la personne détenue d'être entendue par visioconférence. De même, le recours à la visioconférence pour la présentation aux fins de prolongation de la garde à vue ou de la retenue n'est admis qu'à condition que les nécessités de l'enquête et de l'instruction l'exigent. Le législateur va même parfois plus loin en fermant totalement la possibilité de recourir à un tel mode de comparution, comme il a pu le faire récemment s'agissant de la procédure suivie devant le juge des libertés et de la détention lorsqu'il est amené à statuer en matière d'hospitalisation sous contrainte¹⁸⁷⁸.

484. Bilan de la section – En définitive, l'effectivité des prérogatives de présence est variable parce que celles-ci doivent se concilier avec des valeurs concurrentes, dont la protection enjoint au législateur d'opérer des choix plus ou moins irrépressibles. A l'opposé, certaines procédures nécessitent, en raison de l'enjeu qui est le leur, que soit davantage préservé le droit de présence. Il se dessine alors une grille de lecture casuistique, qui permet de mieux comprendre que si les prérogatives de présence dont la plus importante

¹⁸⁷⁵ Art. 498 C. proc. pén.

¹⁸⁷⁶ Art. 498-1 C. proc. pén.

¹⁸⁷⁷ Art. 706-71 al.1 C. proc. pén.

¹⁸⁷⁸ V. *supra* n° 429.

manifestation est le droit de présence existent véritablement en droit positif, leur mise en œuvre, quoique garantie par différentes sanctions, est néanmoins susceptible de degrés.

Conclusion du chapitre 2 :

485. Paradoxe – A l’instar de l’étude des charges de présence, celle des prérogatives présentielles conduit à un paradoxe. Bien que multiples en droit positif, l’effectivité de ces prérogatives doit être nuancée.

486. Diversité des prérogatives présentielles – D’abord, l’identification des prérogatives présentielles a conduit au constat que ces prérogatives sont multiples et peuvent être qualifiées tantôt de véritables droits subjectifs processuels, tantôt de pouvoirs dans l’intérêt d’autrui ou dans l’intérêt général. Il est en effet apparu qu’un droit de présence existe en faveur des parties, qui leur permet d’exiger d’être mises en mesure d’être présentes lors des opérations procédurales susceptibles d’être déterminantes sur l’issue du litige. En raison du nombre important de ces opérations procédurales, le droit de présence des parties s’exprime à divers stades de la procédure, de la phase préparatoire à la phase d’exécution de la décision, en passant par la phase d’instruction et celle du jugement. Ce droit de présence des parties leur est accordé afin qu’elles puissent bénéficier de la fonction protectrice de la présence et ainsi défendre leur propre intérêt. Ce critère de l’intérêt défendu par la prérogative présentielle a d’ailleurs permis de mettre en lumière que ce droit de présence coexistait avec d’autres prérogatives présentielles, cette fois exercées dans un intérêt au moins partiellement distinct de celui de son titulaire. Ainsi ont pu être identifiés des pouvoirs de présence, le premier dans l’intérêt d’autrui et renvoyant au droit des incapacités, le second dans l’intérêt général et détenu par le ministère public. A l’issue de cette première étape du raisonnement, le constat était donc celui de l’omniprésence des prérogatives présentielles en droit processuel, tendant à accréditer l’idée que la présence des plaideurs fait toujours figure de règle de principe dans l’intention du législateur.

487. Effectivité variable des prérogatives de présence – Pourtant, l’étude de l’effectivité réelle de ces prérogatives conduit ensuite à un constat plus nuancé. Il est vrai que des mécanismes sont bien prévus par le législateur pour garantir l’effectivité des prérogatives de présence en contestant l’acte juridique constatant l’opération procédurale litigieuse, tantôt par la contestation des actes de procédure, tantôt par la voie d’un recours contre les jugements ayant porté atteinte à ces prérogatives, ce qui témoigne indéniablement de la normativité de ces situations juridiques. Cela étant, l’effectivité des prérogatives de présence n’est pas uniforme. Ces prérogatives de présence entrent en effet parfois en confrontation avec d’autres normes, d’autres impératifs, comme l’exigence d’une bonne administration de la justice ou encore la protection de l’ordre public, qui peuvent pousser législateur et juges à opérer des arbitrages en défaveur des prérogatives de présence. La mise en échec de ces prérogatives par ces normes n’a toutefois rien de systématique et lorsque l’enjeu de l’opération procédurale est d’une telle gravité que le plaideur risque le prononcé à son encontre ou l’aggravation d’une

mesure privative de liberté, la protection de son droit de présence est accrue, modifiant sensiblement l'arbitrage opéré.

Ainsi, le paradoxe des prérogatives de présence découle de ce que celles-ci sont nombreuses et semblent faire figure de principe, alors pourtant que leur mise en œuvre doit composer avec des règles contradictoires affaiblissant d'autant leur effectivité et, partant, leur force normative.

Conclusion du titre 1 :

488. Diversité des situations juridiques de présence – Les manifestations particulières de la présence en droit processuel, témoignage de sa normativité en droit positif, sont nombreuses et révèlent au bénéfice ou à la charge des acteurs du procès des situations juridiques présentes. Spontanément, il apparaît en effet cohérent au citoyen *lambda* que, lorsque la justice le réclame, il a, au sens courant du terme, une obligation de répondre à ses convocations, et donc une obligation de présence, alors que, s'il est amené à subir l'autorité de la justice, il a le droit d'assister à son procès et, partant, un droit de présence. La réalité juridique est cependant apparue bien plus complexe.

489. Le paradoxe des charges de présence – D'abord, les situations juridiques de présence à la charge des parties, nommées par conséquent charges présentes, empruntent des qualifications juridiques diverses, qui sont tantôt de véritables devoirs, tantôt de simples incombances. Charges au domaine étendu, puisqu'elles se rencontrent à l'égard de différents protagonistes du procès – parties ou tiers, mis en cause en procédure pénale ou non – ainsi qu'aux divers stades du procès, ces situations juridiques présentes imposées sont cependant dotées d'une effectivité qui doit être relativisée au regard de la faiblesse, voire de l'affaiblissement constant des sanctions qui y sont attachées. Pourtant, le législateur ne semble pas – et à raison – vouloir faire disparaître ces charges de présence de l'arsenal juridique.

490. Le paradoxe des prérogatives de présence – Ensuite, l'étude des prérogatives de présence amène à la même conclusion. Ces prérogatives sont multiples, diverses par leur nature – ont ainsi pu être identifiés des droits subjectifs de présence, ainsi que des pouvoirs de présence – et étendues par leur domaine – en raison de leur objet, elles sont susceptibles d'être mises en œuvre à divers stades du procès, en diverses matières. En particulier, un droit de présence se fait jour, qui permet à chaque partie d'exiger d'être mise en mesure d'être présente lors des opérations procédurales déterminantes sur l'issue du litige. Dotées de sanctions afin de garantir leur effectivité, ces prérogatives sont cependant parfois tenues en échec par des normes qui leur font obstacle, telles que l'exigence d'une bonne administration de la justice ou la protection de l'ordre public. Pourtant, là encore, l'intention du législateur persiste. Les prérogatives de présence, bien que parfois battues en brèche, résistent néanmoins et tendent même, dans certains domaines, à être renforcées.

491. Normativité des situations juridiques de présence – L'ensemble de ces situations juridiques sont *a priori* dotées de sanctions par le législateur. Les règles particulières qui les prévoient appartiennent donc sans nul doute à la cohorte des normes juridiques, révélant par ce biais la normativité de la présence dans le droit processuel contemporain. Toutefois, ce complexe des charges et prérogatives présentes semble

répondre à une logique paradoxale. Alors que ces situations juridiques paraissent, par opposition à l'absence, être érigées en règle de principe, leur effectivité est fréquemment remise en cause, du fait de leur imbrication dans un système processuel intégrant d'autres normes qui leur sont concurrentes, qui rejaillit sur leur force normative. Ce double constat soulève alors une interrogation qui tient à la source normative de ces situations juridiques. En effet, si l'effectivité variable de ces situations juridiques présentes ne remet pas en cause l'existence de normes juridiques particulières de présence, la diversité et l'étendue de ces situations juridiques de présence ne témoigneraient-elles pas également de l'existence sous-jacente d'une norme de présence plus générale, voire d'un principe de présence, duquel découleraient ces situations juridiques particulières ? C'est qu'en effet, comme le remarquait Roubier, la règle juridique est toujours antérieure à la situation juridique¹⁸⁷⁹. Ainsi, il faut entreprendre de rechercher s'il existe une règle générale selon laquelle *les opérations procédurales déterminantes se déroulent en présence des parties et des tiers impliqués* et au regard de la matière si cette règle peut être qualifiée de principe directeur du procès. Cette recherche d'un principe de présence est d'autant plus pertinente que sa découverte permettrait peut-être de consolider la force normative des situations juridiques particulières et d'asseoir, plus généralement, la normativité et la force normative de la présence elle-même, alors que celle-ci semble aujourd'hui menacée. En d'autres termes, il faut se demander si l'on ne s'oriente pas aujourd'hui vers la reconnaissance d'un principe de présence.

¹⁸⁷⁹ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, préc., n° 5.

TITRE 2 : LA RECONNAISSANCE POSSIBLE D'UN PRINCIPE DE PRÉSENCE

492. Recherche utile d'une norme générale de présence – Le constat de l'existence de situations juridiques de présence diverses témoigne de celle de multiples normes juridiques particulières relatives à la présence des différents acteurs et collaborateurs du procès. Mais il invite surtout à chercher à systématiser la recherche autour d'une norme générale commune selon laquelle *les opérations procédurales déterminantes sur l'issue du litige se déroulent en présence des parties et des tiers impliqués*. La clarification autour de l'existence d'une telle norme permettrait en effet de mieux concevoir la place de la présence au sein de l'ordre juridique processuel.

493. Existence d'un principe de présence ? – S'agissant de la norme de présence, une partie de la doctrine n'hésite pas à la qualifier de « principe de présence »¹⁸⁸⁰ et, au regard de la matière, des interrogations naissent sur la pertinence de la qualification de principe directeur du procès qui pourrait être attribuée à la norme de présence. Cette catégorie regroupe en effet un « *ensemble de principes essentiels qui inspirent les dispositions du système de procédure et en assurent la cohérence* »¹⁸⁸¹. Partant, cette qualification mérite d'être vérifiée. Toutefois, l'attribution de cette qualification à la norme de présence est dépendante de l'identification préalable de la notion même de principe directeur du procès et avant elle, de la notion de principe.

494. Notion de principe directeur du procès – Or, cette notion de principe est encore aujourd'hui loin de faire l'objet d'un consensus. Le *Vocabulaire juridique* n'en donne pas moins de sept définitions générales, sans compter les différentes nuances introduites par l'accolement de qualificatifs variés au terme de « principe »¹⁸⁸². Les nombreuses études consacrées à la notion de principe dans les différentes branches du droit¹⁸⁸³ témoignent d'ailleurs de cette difficulté à cerner la notion.

¹⁸⁸⁰ V. L. CADIET, « Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies.- Rapport de synthèse », *Procédures* n° 4, Avril 2010, Dossier 8, spéc. n° 25 ; S. AMRANI-MEKKI, « L'impact des nouvelles technologies sur l'oral et l'écrit en procédure civile », in *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI^e siècle ?*, actes du colloque organisé à Limoges le 7 mars 2008, PULIM, 2011, p.179 et s. ; E. JEULAND, « Arbitrage en ligne et procès virtuel : pour le principe de présence », *Revue Droit et procédures* 2007, n° 5, p. 262.

¹⁸⁸¹ J. NORMAND, « Principes directeurs du procès », in *Dictionnaire de la Justice* (dir. L. CADIET), PUF, 2004, p. 1038.

¹⁸⁸² ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Principe », in *Vocabulaire juridique* (dir. G. CORNU), 10^e éd., PUF, 2014, Coll. Quadrige, p. 804.

¹⁸⁸³ Parmi lesquelles P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, LGDJ, 1999, préf. J.-L. SOURIOUX ; M. DE BECHILLON, *Le principe général en droit privé*, préf. B. SAINTOURENS, PUAM, 1998, Coll. du laboratoire de Théorie juridique ; M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, Dalloz, 2005, préf. Y. LEQUETTE, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses ; J. BOULANGER, « Principes généraux

495. Qualification au regard de l'action de la norme- A ce stade de la réflexion, le recours à l'étymologie du terme apporte alors un éclairage certain. Le terme « principe » vient du latin « *principium* », dérivé de « *princeps* », qui signifie « qui occupe la première place ». La qualité de principe s'apprécie donc nécessairement au regard de sa place dans le système normatif, de son rapport avec les autres éléments du système normatif et donc de son action dans ce système. S'agissant plus spécifiquement des principes directeurs du procès, on peut en déduire que seules peuvent être qualifiées de principe les normes exerçant une action normative spécifique propre à cette catégorie de normes. En d'autres termes, le cœur de la qualification de principe directeur du procès se trouvant dans son action normative, l'attribution de cette qualification à la norme de présence n'est pertinente qu'à condition que cette norme soit effectivement dotée d'une action spécifique. Il est donc nécessaire, en premier lieu, de s'intéresser à l'action de la norme de présence.

496. Action normative et instrument juridique- Cette première étape n'est cependant pas suffisante pour asseoir la reconnaissance d'un principe de présence. En effet, de nombreux auteurs ont démontré que la force normative, et partant l'action normative, n'est pas véritablement dépendante de l'instrument juridique qui contient la norme et est susceptible de degrés¹⁸⁸⁴. En adoptant un raisonnement inverse, il se déduit donc qu'une même action normative peut être exercée par des instruments juridiques différents. La seule étude de l'action normative ne peut donc suffire à qualifier cet instrument juridique et il est alors nécessaire de conforter l'identification d'un principe de présence par une étude des éléments définitoires conceptuels du principe directeur du procès, afin de voir si l'on retrouve ces éléments au sein de la norme de présence.

du droit et droit positif », in *Mélanges en l'honneur de G. Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 51 ; H. BUCH, « La nature des principes généraux du droit », *RIDC* 1962, p. 67 ; A. JEAMMAUD, « Les principes dans le droit français du travail », *Dr. soc.* 1982, p. 618. Plus particulièrement sur les principes directeurs du procès, v. *ex multis* E. VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, Th. dactyl, Aix-Marseille, 2000 ; E. LESTRADE, *Les principes directeurs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* (préf. F. MELIN-SOUCRAMANIEN), L'Harmattan, 2015, Coll. Logiques juridiques ; H. MOTULSKY, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *Rec. Dalloz Sirey* 1972, chron. p. 91 ; G. CORNU, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 83 à 100 ; B. BEIGNIER, « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs – Les principes généraux du droit et la procédure civile », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle : Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 153 et s. ; L. CADIET, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Justice et droits fondamentaux : Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 77 ; J. NORMAND, « Principes directeurs du procès », in *Dictionnaire de la Justice* (dir. L. CADIET), PUF, 2004, p. 1038 ; S. GUINCHARD, « Quels principes directeurs pour les procès de demain ? », *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruylant, 2004, p. 201.

¹⁸⁸⁴ En particulier v. l'ouvrage collectif dirigé par C. THIBIERGE : C. THIBIERGE *et alii*, *La force normative-Naissance d'un concept* (dir. C. THIBIERGE), LGDJ Bruylant, 2009 ; pour une synthèse de ces démonstrations : C. THIBIERGE, « La force normative- Synthèse », in *La force normative*, préc., p. 741 et C. THIBIERGE, « Le concept de force normative », in *La force normative*, préc., p. 813.

497. Annonce- Par conséquent, la reconnaissance d'un principe de présence en droit processuel suivra une démarche double qui consiste, dans un premier temps, à étudier l'action normative de la norme de présence (Chapitre 1) et, dans un second temps, à conforter, au regard du concept même de principe directeur du procès, l'appartenance du principe de présence à cette catégorie (Chapitre 2). Ce n'est qu'à l'issue de ces développements qu'il sera peut-être possible de reconnaître un principe de présence.

Chapitre 1 : L'action de la norme de présence

Chapitre 2 : La qualification de la norme de présence : un principe directeur du procès

Chapitre 1 : L'action de la norme de présence

498. Pertinence de la qualification de principe directeur au regard de l'action de la norme – L'action normative de la norme de présence est le premier indice déterminant de sa qualification en tant que principe directeur du procès dans la mesure où c'est cette action qui fait la spécificité de cette catégorie juridique. Il ne s'agit pas ici d'envisager à nouveau les fonctions de la présence en droit processuel¹⁸⁸⁵, mais de se placer sur le plan des fonctions de la norme elle-même, en tant qu'instrument normatif. En effet, le choix de l'instrument doit être pertinent au regard de la place et de l'utilité de cet instrument dans l'ordre normatif.

499. Gradation de la force normative des principes directeurs – Or, s'agissant des principes directeurs du procès, leur force normative apparaît variable et leur action normative est en réalité duale. L'action normative des principes directeurs du procès peut en effet n'avoir qu'une « *vocation directive* »¹⁸⁸⁶. En réalité, il apparaît que tous les principes directeurs du procès sont à même d'exercer cette action directive dans l'ordre juridique, ce qui permet d'unifier cette catégorie. Il s'agit ainsi d'un degré de normativité relativement faible commun à tous les principes directeurs du procès, et qui justifie d'ailleurs cette dénomination. Cela étant, si tous les principes directeurs du procès exercent bel et bien une action directive, tous n'ont pas la même force contraignante, c'est-à-dire la même capacité à être sanctionnés¹⁸⁸⁷. L'action contraignante des principes directeurs du procès, semble en effet n'être exercée que par certains d'entre eux, dotés d'une reconnaissance plus grande dans l'ordre juridique qui les fait entrer dans l'ordre juridique positif en les dotant d'une juridicité certaine¹⁸⁸⁸. Par conséquent, si la norme de présence exerce effectivement une action directive, sa qualification de principe directeur du procès pourra être confortée. Mais il est également utile de se demander si son action normative peut s'exercer au-delà de cette seule action directive caractéristique des principes directeurs, pour devenir une norme véritablement contraignante et donc une norme juridique. Par conséquent, pour appréhender dans sa globalité l'action de la norme de présence dans l'ordre juridique processuel, seront étudiées successivement son action directive (Section 1) et son action contraignante (Section 2).

¹⁸⁸⁵ Ce qui a déjà été fait à travers l'étude des finalités de la présence en droit processuel : v. *supra* n° 160 et s.

¹⁸⁸⁶ Pour reprendre l'expression de P. AMSELEK, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in *La force normative. Naissance d'un concept* (dir. C. THIBIERGE), LGDJ Bruylant, 2009, p. 3 et s., spéc. p. 7.

¹⁸⁸⁷ Pour plus de développement sur cette question, v. *infra* n° 519 et s.

¹⁸⁸⁸ Sur cette notion, v. *supra* n° 299 et *infra* n° 520.

Section 1 : L'action directive de la norme de présence

500. Circularité de l'action directive des principes directeurs – L'action directive des principes directeurs vient de ce que ces derniers ont pour vocation d'« *assurer la cohérence* »¹⁸⁸⁹ du système processuel en « *déterminant les orientations de la procédure* »¹⁸⁹⁰. Cette fonction de garantie de la cohérence du système s'inscrit alors dans un mouvement circulaire intégrant les règles techniques et les principes directeurs, pour ne pas s'ancrer dans une conception du droit processuel figée et permettre à ce dernier d'évoluer. La circularité de ce mouvement¹⁸⁹¹ tient en effet à ce que les disciplines procédurales sont avant tout des matières techniques, et la cohérence du système et *a fortiori* du système processuel incluant les trois procédures doit d'abord être recherchée à travers les normes techniques elles-mêmes. Les principes directeurs du procès ont donc en première intention une fonction explicative des normes techniques. Une fois découverts à partir des normes techniques, les principes directeurs du procès ne peuvent alors maintenir la cohérence du système que par leur fonction constructive, c'est-à-dire leur influence sur la création et l'interprétation des normes processuelles. En cela, le principe directeur s'affirme comme étant une norme puisqu'il propose un modèle à suivre¹⁸⁹², modèle qui est proposé aux autorités normatives que sont le législateur et le juge. Or, à ces deux égards, la qualification de la norme de présence en tant que principe directeur du procès semble possible dans la mesure où à l'instar des autres principes directeurs, cette norme remplit à la fois une fonction explicative (§1) et une fonction constructive (§2).

§1 : La fonction explicative de la norme de présence

501. Valeur explicative des principes directeurs et de la norme de présence – Afin de démontrer que la norme de présence a une fonction explicative et qu'en cela, elle peut prétendre appartenir aux principes directeurs du procès, il est nécessaire de préciser le sens qu'il faut donner à cette fonction des principes directeurs du procès (A). Ce n'est qu'une fois ces précisions apportées qu'il sera véritablement possible d'expliciter cette fonction de la norme de présence (B).

¹⁸⁸⁹ J. NORMAND, « Principes directeurs du procès », in *Dictionnaire de la Justice* (dir. L. CADIET), PUF, 2004, p. 1038.

¹⁸⁹⁰ *Ibid.*

¹⁸⁹¹ Dans le même sens, v. E. JEULAND, *Droit processuel général*, 3^e éd., LGDJ, 2014, Coll. Domat Droit privé, n° 6. L'auteur y souligne le « *constant va-et-vient entre la pratique et la théorie* » qui irrigue la matière.

¹⁸⁹² Sur ce critère de la norme, v. P. AMSELEK, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit : essai de phénoménologie*, (préf. Ch. EISENMANN), LGDJ, 1964, p. 66 ; du même auteur, « Norme et loi », *Arch. ph. dr.* 1980, t. 25, p. 89 ; A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé*, thèse dactyl., Lyon, 1975, p. 152, n° 61 et s. ; du même auteur, « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, p. 199.

A- Précisions sur la fonction explicative des principes directeurs du procès

502. Fonction de synthèse de règles techniques éparses – Envisager la fonction explicative des principes directeurs revient à envisager leur fonction doctrinale à travers l'idée qu'en première intention, ces principes ont vocation à synthétiser, à systématiser un ensemble de règles techniques pour donner ou redonner une cohérence à l'œuvre législative. Il s'agit donc ici d'envisager les principes directeurs dans leur fonction doctrinale, théorique. A cet égard, il est particulièrement remarquable que la doctrine a, de façon générale, toujours joué un rôle dans l'émergence des principes directeurs (1) et que l'intérêt de cette fonction explicative des principes directeurs trouve une résonnance toute particulière s'agissant des principes directeurs du procès (2).

1- Le rôle général de la doctrine dans l'émergence des principes directeurs

503. Présentation et critique du rôle de la doctrine dans l'émergence des principes – Il appartient à la doctrine d'analyser *a posteriori* les règles existantes en droit positif, pour tenter d'en dégager des idées directrices, qui seront par la suite présentées sous la forme de « principes directeurs »¹⁸⁹³ de la matière ainsi étudiée. Le Doyen Carbonnier parlait à ce titre de « *coutume d'origine savante* »¹⁸⁹⁴ pour désigner ces lignes directrices dégagées par la doctrine. Nombre d'auteurs ont ainsi relevé que l'origine formelle des principes se trouverait presque toujours dans les travaux de la doctrine¹⁸⁹⁵. Il est vrai cependant que le rôle de la doctrine dans l'émergence des principes a pu être critiqué ou du moins relativisé par certains auteurs relevant à leur tour que « *la doctrine n'a pas autorité*¹⁸⁹⁶ *pour proclamer des principes de son propre chef* »¹⁸⁹⁷. Il faut admettre en effet que la doctrine ne peut créer de toute pièce et imposer à l'ordre juridique positif un principe de droit qu'elle jugerait bon ; seuls le législateur et le juge ont le pouvoir de consacrer de telles normes.

¹⁸⁹³ En ce sens, v. D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, LGDJ, 2006, préf. G. GIUDICELLI-DELADE, Coll. Bibliothèque de droit privé, n° 395 ; pour des illustrations de tels principes directeurs, v. A. JEAMMAUD, « Les principes dans le droit français du travail », *Dr. soc.* 1982, p. 618 (l'auteur parle, à propos de ces principes doctrinaux, de « principe-description ») ; M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, Dalloz, 2005, préf. Y. LEQUETTE, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, spéc. n° 25 et n° 36.

¹⁸⁹⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, 27^e éd., PUF, 2004, Coll. Quadrige, n° 137.

¹⁸⁹⁵ V. ainsi P. ROUBIER, *Théorie générale du droit : Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd., préf. D. DEROUSSIN, Dalloz, 2005 (reproduction en fac-similé de l'édition de 1951), Coll. Bibliothèque Dalloz, n° 2, spéc. p. 11 ; M. HAURIOU, « Police juridique et fond du droit. A propos du livre d'Al Sanhoury : les restrictions contractuelles à la liberté du travail dans la jurisprudence anglaise et à propos des travaux de l'Institut de droit comparé de Lyon », *RTD civ.* 1926, p. 265, spéc. p. 310.

¹⁸⁹⁶ L'auteur souligne.

¹⁸⁹⁷ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, LGDJ, 1999, préf. J.-L. SOURIOUX, n° 566. Dans le même sens, v. M. VIRALLY, « Le rôle des "principes" dans le développement du droit international », in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Faculté de droit de l'Université de Genève, 1968, p. 531, spéc. p. 536.

504. Relativisation de la critique – La critique peut néanmoins être surmontée si l'on admet qu'il faut faire une distinction entre deux catégories de principes, ou plus exactement entre deux fonctions des principes qui coexistent parfois. Les principes directeurs tels qu'ils sont appréhendés par la doctrine peuvent en effet être distingués selon qu'ils sont pleinement intégrés à l'ordre normatif, ou qu'ils sont simplement doctrinaux¹⁸⁹⁸. S'il est vrai que ce n'est pas la doctrine elle-même qui confère aux principes une valeur contraignante en droit positif et les fait ainsi entrer dans la catégorie des principes normatifs¹⁸⁹⁹, l'on peut cependant admettre que la distinction entre les principes normatifs et les principes doctrinaux est loin d'être étanche. Certes, la consécration jurisprudentielle ou législative d'une norme est seule à pouvoir la faire entrer dans le cercle des principes normatifs, mais les principes doctrinaux peuvent néanmoins être préexistants à cette consécration. Et d'ailleurs, sans qu'il soit nécessaire de préjuger d'une consécration future en droit positif, l'on peut admettre que des principes doctrinaux restent à l'état de principes latents et remplissent alors, faute de pouvoir remplir une fonction véritablement normative, une fonction explicative, unificatrice du droit positif. Au demeurant, si la synthèse du droit positif se traduit par l'identification de principes descriptifs, leur éventuelle consécration ne vient en rien ôter la fonction explicative de ces principes initialement doctrinaux. Partant, quel que soit le degré de normativité de chacun des principes, il est néanmoins possible d'affirmer que tous ont une fonction explicative du droit positif. Au surplus, en raison de la spécificité de la matière processuelle, cette fonction explicative est particulièrement prégnante s'agissant des principes directeurs du procès.

2- L'intérêt particulier du droit processuel pour les principes directeurs explicatifs

505. Droit processuel et synthèse des règles techniques de procédure – L'intérêt de la fonction explicative des principes directeurs s'illustre particulièrement en matière processuelle à l'égard des principes directeurs du procès, en raison de l'essence même de cette matière. Historiquement, le droit processuel est né comme une discipline de comparaison entre les différents contentieux – procédure civile, pénale et administrative – destinée à fournir aux futurs avocats¹⁹⁰⁰ une « *synthèse des grands types de procédures suivies en France*

¹⁸⁹⁸ Cette distinction entre principes normatifs et principes doctrinaux avait déjà été mise en avant par Boulanger : J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Mélanges en l'honneur de G. Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 51. V. également A. JEAMMAUD, « Les principes dans le droit français du travail », art. préc. ; D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, préc., n° 395-396.

¹⁸⁹⁹ Sur l'impuissance de la doctrine à consacrer un principe normatif, v. en particulier P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., spéc. n° 567 et s.

¹⁹⁰⁰ La matière est en effet née à la faveur d'un arrêté du 28 mars 1966, pris en application d'un décret n° 66-144, instituant un certificat d'études judiciaires dans les facultés de droit. Ce décret avait été adopté à la suite d'une proposition d'Henri Motulsky à Jean Foyer, Garde des sceaux à l'époque.

devant nos trois ordres de juridiction »¹⁹⁰¹. Dès sa création, le droit processuel n'entendait cependant pas se limiter à une comparaison purement technique des trois contentieux, Motulsky envisageant la matière comme visant à s'intéresser aux principes généraux du contentieux civil, pénal et administratif, ainsi qu'aux problèmes généraux mettant en présence les trois contentieux¹⁹⁰². La vocation à conceptualiser et synthétiser la matière à partir des dispositions techniques est donc inhérente à la nature même du droit processuel. Cette aspiration du droit processuel n'a d'ailleurs eu de cesse de s'accroître avec l'influence grandissante de normes supranationales qui surplombent les distinctions internes entre les différents contentieux. Ainsi, c'est notamment l'influence grandissante de la Convention européenne des droits de l'Homme et en particulier de son article 6 consacré au procès équitable qui a conduit une partie de la doctrine à réorienter le droit processuel vers l'étude d'un modèle commun de procès, voire d'un modèle « universel »¹⁹⁰³. Or, la tentative de mettre au jour un modèle commun du procès, qu'il repose sur de véritables règles ou non¹⁹⁰⁴, est un terreau extrêmement fertile pour la mise en lumière de principes directeurs eux-mêmes destinés à éclairer, par effet de circularité, les règles techniques.

506. Fonction explicative des nouveaux principes directeurs du procès – Bon nombre de principes directeurs du procès – et en particulier ceux qui ne sont pas des principes codifiés – naissent de cette analyse des règles particulières pour éclairer, à un degré d'analyse plus générale, l'ensemble des procédures et de leurs règles. Depuis le début des années 2000, la doctrine a pu discerner l'émergence de nouveaux principes directeurs du procès. Il en va ainsi par exemple des principes de loyauté procédurale, ou encore de célérité¹⁹⁰⁵. L'appartenance de ces nouveaux principes à la catégorie des principes directeurs du procès agite beaucoup la doctrine. Ainsi, à l'égard du principe de loyauté, certains auteurs refusent d'y voir un « *principe directeur autonome* »¹⁹⁰⁶, voire en contestent l'existence même¹⁹⁰⁷,

¹⁹⁰¹ J. FOYER, Préface à H. MOTULSKY, *Droit processuel*, Montchrestien, 1973.

¹⁹⁰² H. MOTULSKY, *Droit processuel*, préc., p. 2-3.

¹⁹⁰³ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS *et alii*, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, 8^e éd., Dalloz, 2015, coll. Précis Droit privé, spéc. n° 223 et s.

¹⁹⁰⁴ Il se trouve en effet des auteurs pour remettre en question l'expression de droit commun du procès en ce sens qu'il n'existerait pas de règles générales qui s'appliquent véritablement à tous les contentieux, mais plus sûrement une théorie générale du procès qui vise à rechercher l'essence commune du procès : V. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., PUF, 2013, n° 4, spéc. p. 13.

¹⁹⁰⁵ V. J. NORMAND, « Principes directeurs du procès », art. préc., spéc. p. 1045. Ces nouveaux principes directeurs du procès ont d'ailleurs fait l'objet de travaux de doctorat : v. M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, préf. S. GUINCHARD, Dalloz, 2003, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses ; D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, préc.

¹⁹⁰⁶ V. en particulier L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », *BICC* 2006, spéc. n° 21 ; L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., n° 178 ; N. FRICERO, note sous Cass. civ. 1^e, 7 juin 2005 : *Rev. Huissiers* 2006, p. 35 et s., spéc. n° 4 ; R. PERROT, « La loyauté procédurale », *RTD Civ.* 2006, p. 151 et s., spéc. p. 153 ; B. DE LAMY, « La loyauté, principe perturbateur des procédures ? », *JCP G* 2011, 988 : l'auteur y évoque un « *principe flou et hasardeux* », et ajoute que « *l'ériger en principe*

tandis que d'autres reconnaissent sa qualité de principe¹⁹⁰⁸. La même controverse apparaît à l'égard du principe de célérité¹⁹⁰⁹. Ces controverses semblent pourtant n'exister qu'en raison des conséquences normatives qu'entraîne l'admission ou la réfutation de la qualification de principe sous la plume de ces auteurs. Les auteurs dubitatifs à l'égard de ces nouveaux principes le sont en effet principalement à l'égard de leurs effets. Ainsi, certains s'inquiètent des conséquences de la reconnaissance d'un principe de loyauté¹⁹¹⁰ tandis qu'un auteur remarque que sa consécration « *n'apporterait pas grand-chose de plus aux principes [...] déjà consacrés* »¹⁹¹¹. C'est encore l'incertitude sur « *l'aptitude [de ces principes] à engendrer des normes nouvelles* »¹⁹¹² qui conduit certains à douter de leur qualification de principes directeurs. Pourtant, le débat semble s'évaporer lorsqu'il s'agit d'envisager, en première analyse, la valeur explicative que peuvent avoir ces « principes directeurs ». Ces auteurs doutant de l'existence de ces principes relèvent néanmoins que les exigences de loyauté sont intégrées dans bon nombre de dispositions procédurales¹⁹¹³, que la « *valeur explicative* » de ces principes « *n'est pas niable* »¹⁹¹⁴, ou encore que l'on peut envisager certaines réformes

autonome, doté de critères d'application incertains, revient à prendre le risque de déséquilibrer les procédures au hasard des espèces ».

¹⁹⁰⁷ L. MINIATO, « L'introuvable principe de loyauté en procédure civile », *D.* 2007, p. 1035.

¹⁹⁰⁸ V. par ex. M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, préc., n° 52 et s. (l'auteur y voit un principe général du droit) ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOUS, *et alii*, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, préc., n° 542 et s. V. également J.-C. MAGENDIE, « Loyauté, dialogue, célérité, trois principes à inscrire en lettres d'or aux frontons des palais de justice », in *Justice et droits du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, 2010, p. 329 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Quelques réflexions sur un principe émergent : la loyauté procédurale », in *Justice et droits du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, préc., p. 413. Et plus particulièrement sur le principe de loyauté des preuves en matière pénale, v. E. BONIS-GARÇON, « L'apport de l'Assemblée plénière à la définition de la notion de procédé déloyal de recherche des preuves », *JCP G* 2015, 558 ; A. BERGEAUD-WETTERWALD, « Du bon usage du principe de loyauté des preuves », *Dr. pénal* 2014, ét. 7.

¹⁹⁰⁹ Pour une affirmation de la qualité de principe, v. ainsi D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, préc., n° 329 et s. ; S. GUINCHARD, « Vers une démocratie procédurale », *Justices*, 1999, p. 91 ; S. GUINCHARD, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in *Clés pour le siècle : droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*, Université Panthéon-Assas, Dalloz, 2005, n° 563 et s., spéc. p. 982 ; S. GUINCHARD, « Quels principes directeurs pour les procès de demain ? », *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruylant, 2004, p. 201, spéc. p. 236 et s. ; C. SILVESTRE, « Le principe de la célérité en procédure pénale française », *RRJ* 1996, p. 145. Certains en revanche, semblent douter de l'existence d'un véritable principe : v. J. NORMAND, « Principes directeurs du procès », art. préc. ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, préc., n° 258.

¹⁹¹⁰ R. PERROT, « La loyauté procédurale », note sous Cass. civ. 1^e, 7 juin 2005, n° 05-60.044, *RTD Civ.* 2006, p. 151.

¹⁹¹¹ L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », art. préc., n° 21.

¹⁹¹² J. NORMAND, « Principes directeurs du procès », art. préc.

¹⁹¹³ L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », art. préc., n° 21 ; du même auteur, « Le principe de loyauté devant le juge civil et commercial », *Procédures* 2015, doss. 10 ; N. FRICERO, « Synthèse », Rapport de synthèse du colloque organisé le 15 octobre 2015 par le Tribunal de grande instance de Paris, *Procédures* 2015, doss. 27, spéc. n° 6. Sur les effets de la loyauté sur la procédure, v. également N. FRICERO, « La loyauté dans le procès civil », *Gaz. Pal.* 24 mai 2012, p. 27 et « La recevabilité des preuves déloyales en matière civile », *Procédures* 2015, doss. 14.

¹⁹¹⁴ J. NORMAND, « Principes directeurs du procès », art. préc.

comme « *l'expression d'un principe de célérité* »¹⁹¹⁵. En somme, et sans préjuger à ce stade de l'appartenance de ces nouveaux principes aux principes exerçant une action contraignante, leur appartenance à la catégorie des « principes-description » semble à tout le moins faire l'unanimité, en raison de leur fonction première qu'est la fonction explicative.

Or, la norme de présence semble bien être dotée, en première analyse, de cette fonction explicative caractéristique des principes directeurs du procès.

B- Valeur explicative de la norme de présence

507. Fonction explicative de la norme de présence – Dans une démarche purement descriptive qui sied aux « principes-description », la norme de présence semble bien posséder cette fonction explicative qu'exercent en première lecture les principes directeurs du procès.

508. Découverte par induction de la norme de présence– D'abord, la démarche adoptée dans la présente étude s'inscrit précisément dans cette volonté d'observation de règles techniques, particulières, pour en rechercher une ligne directrice autour de l'organisation de la présence des acteurs et collaborateurs du procès au cours des opérations procédurales. C'est en effet l'étude des situations juridiques particulières de présence – devoirs de présence, incombances, droits, pouvoirs – qui a permis de voir émerger la généralité de l'organisation de la présence dans les rapports processuels¹⁹¹⁶, et partant de voir se dessiner une norme directrice de présence répondant à une logique commune. Derrière les situations juridiques de présence de natures différentes se profile toujours la figure du juge¹⁹¹⁷, ce qui rapproche la norme de présence des principes régissant les rapports processuels¹⁹¹⁸. Ainsi, les prérogatives de présence, qui appartiennent aux parties, se déclinent à l'égard des opérations procédurales susceptibles d'avoir une influence sur l'issue du litige¹⁹¹⁹, ce qui renvoie à l'influence que peuvent avoir ces opérations sur le juge. De même, les charges de présence pesant sur les parties impliquent systématiquement le juge dans l'opération procédurale qui sert de référentiel à cette présence, ce qui inscrit là encore la norme de présence dans les rapports processuels entre juge et parties. L'affirmation est d'ailleurs tout aussi valide, quoi que de manière indirecte, lorsqu'il s'agit d'envisager les charges de présence des tiers au procès¹⁹²⁰. Il peut sembler à première vue que ces situations juridiques de présence ne s'inscrivent pas dans

¹⁹¹⁵ E. JEULAND, *Droit processuel général*, préc., n° 258.

¹⁹¹⁶ Pour une synthèse de cette généralité, au titre des caractères matériels du principe de présence, v. également *infra* n° 565.

¹⁹¹⁷ Ou à tout le moins du tiers désintéressé susceptible de conduire à résoudre le litige.

¹⁹¹⁸ En ce sens, E. JEULAND, *Droit processuel général*, préc., n° 491 : « La notion de rapport processuel implique un équilibre entre le rôle des parties et du juge. Elle implique le respect d'un principe de présence/absence, c'est-à-dire la nécessité d'une articulation entre des phases présentes et des phases à distances ».

¹⁹¹⁹ V. *supra* n° 416 et s.

¹⁹²⁰ V. *supra* n° 312 et s.

une logique de rapports processuels entre le juge et les parties puisque les parties au procès ne sont pas parties prenantes au rapport obligatoire de présence de ces tiers. Pourtant, dans la mesure où, à côté de ces situations, se juxtaposent les prérogatives de présence des parties, la décomposition théorique de ces situations juridiques mettant en jeu à la fois le devoir de présence du tiers et le droit de présence des parties ne saurait masquer l'unité matérielle de l'opération procédurale en cause, de telle sorte qu'il s'agit là encore d'inscrire la présence dans un rapport processuel entre juge et parties. En effet, si l'on s'intéresse à la présence du témoin, sur qui pèse une obligation de présence, son audition doit avoir lieu en présence des parties en matière civile¹⁹²¹ ainsi qu'en contentieux administratif¹⁹²². En matière pénale, il est des devoirs des tiers qui existent même lorsque la partie n'a pas de droit de présence puisque le témoin peut être entendu au stade de l'enquête ou par le juge d'instruction en l'absence des parties¹⁹²³, mais le témoignage ne sera exploitable pour forger la conviction du juge qu'à condition que le principe du contradictoire soit respecté, c'est-à-dire que la partie ait eu l'occasion, à un moment ultérieur de la procédure, d'interroger ou de faire interroger le témoin. Or, derrière le « droit au témoin » se trouve le droit pour la partie d'être présente au cours du témoignage¹⁹²⁴, ce qui inscrit une fois de plus la norme de présence dans les rapports processuels entre juge et parties. Cette norme de présence permet donc d'extraire des règles techniques une idée de l'organisation générale des rapports processuels conférant à ce principe la valeur explicative caractéristique des principes directeurs. La fonction explicative de la norme permet ainsi d'éclairer l'articulation qui existe entre les différentes situations juridiques de présence, qu'il s'agisse d'une juxtaposition telle que décrite entre le devoir du témoin et le droit des parties, ou même de superposition lorsque coexistent pour le même sujet un devoir et un droit de présence¹⁹²⁵. L'appréhension de la présence par le prisme plus général d'un principe explicatif selon lequel *les opérations procédurales déterminantes sur l'issue du litige se déroulent en présence des parties et des tiers impliqués* permet en effet de redonner une cohérence à ces décompositions théoriques.

509. Utilité de la distinction entre norme de présence et règles techniques –

Ensuite, l'acceptation de l'existence d'une norme de présence à valeur explicative permet également de considérer l'organisation de ces situations juridiques de présence dans leur globalité et d'appréhender l'organisation de la présence en droit processuel au-delà d'un simple agrégat de règles techniques qui la mettent en œuvre. L'existence d'une norme de présence distincte et autonome de ces règles permet en effet d'expliquer l'écart normatif qui

¹⁹²¹ Art. 208 C. proc. civ.

¹⁹²² Art. R. 623-5 C. J. A. Pour plus de développements, v. *supra* n° 329 et s. sur le devoir de présence du témoin et n° 419 sur le droit de présence des parties.

¹⁹²³ V. *supra* n°s 420-421.

¹⁹²⁴ V. *supra* n° 419.

¹⁹²⁵ V. *supra* n° 426.

peut exister entre les déclarations d'intention du législateur qui placent la présence parmi les règles de principe organisant la participation des acteurs du procès et l'effectivité réelle des règles techniques qui sont supposées organiser cette présence. Le constat a été opéré tant à l'égard des charges présentiellles que des prérogatives. Si le législateur semble encore très attaché à l'affirmation de devoirs de présence – et en particulier en matière pénale – l'effectivité de ces devoirs est déclinante sans que le principe en tant que norme ne soit pourtant remis en cause. Le mouvement inverse est observé en matière de prérogatives présentiellles et plus particulièrement s'agissant du droit de présence. Ce dernier, bien que faisant l'objet de proclamations de plus en plus nombreuses¹⁹²⁶, n'est que relativement efficace dans la mesure où sa violation n'est pas systématiquement sanctionnée¹⁹²⁷, créant encore une disparité entre les objectifs affichés et l'effectivité des situations juridiques organisant la présence. Or, la fonction explicative de la norme générale de présence permet de conceptualiser cet écart de normativité en appréhendant non plus les simples règles techniques desquels il a été induit, mais la norme elle-même.

Au demeurant, une telle appréhension du principe de présence permet de révéler l'organisation de la présence comme un objectif vers lequel doivent tendre le juge comme le législateur, cette fois dans un mouvement descendant, ce qui touche déjà la fonction de construction du principe, qui va permettre à la norme de présence ainsi identifiée d'orienter la construction de nouvelles normes.

§2 : La fonction constructive de la norme de présence

510. Structuration du droit processuel – Par fonction constructive, il faut entendre que les principes directeurs du procès jouent un rôle de construction et de structuration du droit processuel en imprimant une orientation aux règles techniques de procédure. Cette fonction de structuration du droit processuel est susceptible de s'exercer à la fois à l'égard du droit existant, grâce à une fonction interprétative, et à l'égard du droit à venir grâce à une fonction que l'on peut qualifier de créatrice. Or dans une certaine mesure, la norme de présence emprunte ces fonctions aux principes directeurs du procès. C'est dire que la norme de présence sert parfois de guide dans l'interprétation des normes techniques (A) et est également une source d'inspiration dans la création de ces normes (B).

¹⁹²⁶ V. encore récemment la directive (UE) 2016/343 du 9 mars 2016 du Parlement européen et du Conseil portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales.

¹⁹²⁷ V. *supra* n° 471 et s.

A- La norme de présence, guide d'interprétation des normes existantes

511. Fonction interprétative des principes directeurs du procès¹⁹²⁸ – Les principes directeurs du procès sont de véritables guides d'interprétation des règles techniques de procédure. Cette fonction est mise en avant par l'ensemble de la doctrine, qui relève tantôt « *la vertu directive* [des principes] *qui leur insuffle vocation à orienter l'interprète dans les voies qu'ils indiquent* »¹⁹²⁹, tantôt que les principes directeurs « *commandent l'interprétation* »¹⁹³⁰ des dispositions particulières applicables, tantôt encore qu'ils invitent à appréhender les dispositions techniques au regard des orientations générales contenues dans les principes¹⁹³¹. Cette fonction interprétative s'explique pour préserver la cohérence du système processuel, qui doit rester conforme à l'esprit du procès tel qu'exprimé dans les principes directeurs. En réalité, le rapport de jalon d'interprétation qu'entretient le principe directeur avec les règles techniques peut s'exprimer de deux façons. D'abord, le principe directeur peut inviter à interpréter de façon extensive une règle conforme audit principe. Ce cas d'interprétation extensive peut s'illustrer par l'influence du principe du droit au recours qui a permis d'admettre l'ouverture de recours dans des cas non prévus expressément par la loi¹⁹³². A l'inverse, face à une règle technique non conforme au principe directeur, la fonction d'interprétation de celui-ci s'exprime grâce à une interprétation stricte, voire restrictive de cette règle, comme ce peut être le cas dans l'interprétation de la notion de mesure d'administration judiciaire propre à faire obstacle au principe du droit au recours¹⁹³³.

512. Norme de présence et interprétation restrictive des exceptions – Or, il apparaît que la norme de présence exerce bien une fonction interprétative à l'égard de certaines normes, en orientant le juge vers une interprétation stricte de ses exceptions. L'exemple le plus significatif est sans doute celui de l'utilisation de la visioconférence dans le procès pénal et plus spécifiquement la question de son utilisation lors de l'audience au cours de laquelle il doit être statué sur le placement ou la prolongation de la détention provisoire. L'article 706-71 alinéa 3 *in fine* du Code de procédure pénale dispose en effet que lorsqu'il s'agit d'une

¹⁹²⁸ Pour une vision d'ensemble sur la fonction interprétative des principes directeurs du procès, v. E. VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, préc., n° 369 et s.

¹⁹²⁹ G. CORNU, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 83 à 100, spéc. p. 85.

¹⁹³⁰ J. NORMAND, « Principes directeurs », art. préc., p. 1039.

¹⁹³¹ H. HENRION, « L'article préliminaire du Code de procédure pénale : vers une "théorie législative" du procès pénal ? », *Arch. pol. crim.* 2001, p. 14.

¹⁹³² V. ainsi l'ouverture d'« appels-nullité subsidiaires » dans des hypothèses où la voie de l'appel est en principe fermée, mais où l'appelant se prévaut d'un vice d'une exceptionnelle gravité que la Cour de cassation semble désormais résumer à un excès de pouvoir : en ce sens, v. notamment Cass. ch. mixte, 28 janv. 2005, n° 02-19.153 : *Bull. ch. mixte* n° 1 ; *Procédures* 2005, comm.7, obs. R. PERROT ; *Dr. et patr.* 2006. 103, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *D.* 2006. Pan. 545, obs. P. JULIEN et N. FRICERO.

¹⁹³³ V. *supra* n° 476.

audience au cours de laquelle il doit être statué sur le placement en détention provisoire ou la prolongation de celle-ci, la personne détenue peut refuser l'utilisation de la visioconférence, sauf si le transport paraît devoir être évité en raison des risques graves de trouble à l'ordre public ou d'évasion. L'intégration de ces hypothèses dans lesquelles il n'est possible de passer outre le refus de la personne détenue de comparaître par visioconférence que sous certaines conditions n'a été introduite que récemment à l'article 706-71 du Code de procédure pénale par la loi du 14 mars 2011 dite LOPPSI II¹⁹³⁴. En effet avant cette loi, le choix du recours à la visioconférence était laissé à la libre appréciation du magistrat. De nombreux pourvois avaient été formés, qui tendaient à démontrer que l'alinéa 1^{er} de l'article 706-71 qui exige de justifier le recours à la visioconférence dans le cadre de la phase présentencielle par « *les nécessités de l'enquête ou de l'instruction* »¹⁹³⁵ était applicable à l'utilisation de la visioconférence en matière de détention provisoire dans la mesure où l'alinéa 3 prévoyant l'utilisation des technologies dans ce cadre débute par l'expression « *ces dispositions sont applicables* ». La Cour de cassation était néanmoins restée indifférente à ce moyen et le rejetait systématiquement aux motifs que le recours à la visioconférence par les magistrats en la matière n'avait pas à être motivé¹⁹³⁶. La perspective a été totalement renversée, puisque la loi du 14 mars 2011 est venue mettre fin à « *une jurisprudence complaisante au souci de gestion* »¹⁹³⁷, la Cour de cassation interprétant désormais strictement les deux seuls cas dans lesquels il est possible de passer outre le refus de la personne détenue¹⁹³⁸. Cette même logique d'interprétation restrictive des exceptions à une norme générale de présence se retrouve également dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui semble exiger un contrôle des motivations concrètes du recours à la visioconférence¹⁹³⁹. Un autre exemple peut être tiré de l'interprétation qu'avaient livrée le Conseil d'Etat et la Cour de cassation quant à la présence obligatoire du ministère public à l'audience d'homologation dans la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, en attendant que cette question soit tranchée définitivement par le législateur¹⁹⁴⁰.

¹⁹³⁴ Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, art. 100.

¹⁹³⁵ Art. 706-71 al. 1 C. proc. pén. : « Lorsque les nécessités de l'enquête ou de l'instruction le justifient, l'audition ou l'interrogatoire d'une personne ainsi que la confrontation entre plusieurs personnes peuvent être effectués en plusieurs points du territoire de la République se trouvant reliés par des moyens de télécommunications garantissant la confidentialité de la transmission ».

¹⁹³⁶ Cass. crim., 17 fév. 2010, n° 09-82.476 ; Cass. crim., 24 fév. 2010, n° 09-88.024 ; Cass. crim., 21 juil. 2010, n° 10-83.057 ; Cass. crim., 2 mars 2011, n° 10-88.524 ; Cass. crim., 2 mars 2011, n° 10-88.525.

¹⁹³⁷ J. DANET, « Le recours à la visioconférence en matière de détention provisoire, la fin annoncée d'une jurisprudence complaisante au souci de gestion ? », *RSC* 2011, p. 419.

¹⁹³⁸ Cass. crim. 11 oct. 2011 : *Bull. crim.* n° 197 ; *RSC* 2012, p. 197, note J. DANET ; *D.* 2011, p. 2732, obs. M. LENA.

¹⁹³⁹ En ce sens, v. CEDH, 5 oct. 2006, *Marcello Viola c. Italie*, req. n° 45106/04 : *JCP G* 2007, I, 106, n° 10, obs. F. SUDRE ; *RTDH* 2008, p. 223, note M. CHIAVARO ; CEDH, 27 nov. 2007, *Asciutto c. Italie*, req. n° 35795/02. Et encore récemment : CEDH, 23 juin 2015, *Balta et Demir c. Turquie*, req. n° 48628/12.

¹⁹⁴⁰ Alors que l'article 495-9 du Code de procédure pénale ne donnait aucune précision quant au caractère obligatoire ou facultatif de la présence du ministère public à l'audience d'homologation dans le cadre de la

513. Limites de la fonction interprétative de la norme de présence – Il faut cependant constater que la fonction interprétative de la norme de présence n'est pas utilisée de façon optimale par la juridiction suprême, qui reste timorée. La jurisprudence ne semble en effet pas s'être engagée sur le terrain de l'interprétation extensive des dispositions conformes au principe de présence. A titre d'exemple, et encore eu égard à l'utilisation de la visioconférence en matière de détention provisoire, la Cour de cassation distingue aujourd'hui la simple critique du recours à la visioconférence par le détenu, de son refus exprès. Elle considère en effet que le seul fait que le détenu ait critiqué l'utilisation de la visioconférence sans pour autant s'y opposer expressément ne suffit pas à entraîner l'impossibilité du recours à cette technique¹⁹⁴¹. Or, l'admission d'un principe de présence effectif en droit positif permettrait au contraire d'aboutir à la solution inverse et ainsi d'offrir une meilleure prise en compte du droit des parties à être physiquement présentes. Le même raisonnement peut-être mené s'agissant de l'utilisation de la visioconférence dans le cadre d'audiences statuant non plus sur le placement ou la prolongation de la détention provisoire, mais sur les demandes de mise en liberté des personnes détenues. La Cour de cassation refuse en effet d'étendre la possibilité offerte au détenu de refuser la visioconférence à ce contentieux¹⁹⁴², alors même que cette différence de régime n'est pas justifiée par une différence d'enjeu dans la mesure où ces contentieux tranchent tous deux des questions relatives à la liberté individuelle.

Un autre exemple peut être trouvé au travers de la jurisprudence réglementant l'admission de la représentation dans des hypothèses où la présence des parties était par principe souhaitée. Ainsi, il a été vu qu'en matière prud'homale, les juges adoptaient une conception large du motif légitime permettant de recourir à la représentation devant le bureau de conciliation¹⁹⁴³. De même, en matière pénale devant le tribunal correctionnel, le fait que l'avocat du prévenu non autorisé à être absent dépose des conclusions fait présumer l'existence d'un mandat régulier de représentation¹⁹⁴⁴, ce qui ne va pas dans le sens d'une interprétation restrictive des dispositions faisant exception à la norme générale de présence. La même conclusion s'impose quant à l'interprétation de l'article 32 du Code de procédure pénale relatif à la présence du ministère public, qui a été interprété par la Cour de cassation de telle sorte que le domaine du devoir de présence de celui-ci a été considérablement réduit¹⁹⁴⁵. Cela étant, cette fonction interprétative en demi-teinte en droit positif s'explique sans doute

comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, la Cour de cassation comme le Conseil d'Etat avaient considéré que celle-ci était obligatoire. Pour plus de développements, v. *supra* n° 400.

¹⁹⁴¹ Cass. crim., 15 fév. 2012, n° 11-88.289.

¹⁹⁴² Cass. crim., 11 juin 2013, n° 13-82.061.

¹⁹⁴³ Avant que la nécessité de justifier d'un motif légitime pour recourir à la représentation ne soit supprimée par la loi du 6 août 2015 et son décret d'application du 20 mai 2016. V. *supra* n° 388.

¹⁹⁴⁴ Cass. crim., 12 déc. 2006, n° 05-86.214 : *Bull. crim.* n° 310 ; *D.* 2007, p. 445, obs. C. GIRAULT ; *AJ Pénal* 2007, p. 139, obs. C. GIRAULT ; *RSC* 2007, p. 322, note R. FILNIEZ. V. également Cass. crim., 14 oct. 2008, n° 08-81.617 : *Bull. crim.* n° 207 ; *AJ Pénal* 2009, p. 185, obs. L. ASCENSI ; *RSC* 2009, p. 411, obs. R. FILNIEZ. Pour plus de développements, v. *supra* n° 371.

¹⁹⁴⁵ V. *supra* n° 400.

par le fait que la norme de présence doit partager son champ d'action¹⁹⁴⁶ avec d'autres principes directeurs, et en particulier avec le principe de célérité avec lequel elle rentre en concurrence sans que leurs domaines respectifs ne soient précisés par le législateur. Or, cette concurrence des deux normes semble se résoudre majoritairement, quoi que de façon regrettable, au profit de la célérité¹⁹⁴⁷, ce qui pourrait expliquer que la fonction interprétative de la norme de présence soit parfois battue en brèche, sans que cela ne remette en cause cette fonction empruntée aux principes directeurs du procès.

La relativité de sa fonction interprétative ne remet cependant pas en cause sa fonction constructive dans son ensemble puisque la norme de présence exerce également une fonction créatrice en servant de guide d'inspiration à la création de nouvelles normes, ce qui renforce son action directive.

B- La norme de présence, guide d'inspiration dans la création des normes

514. Fonction créatrice des principes directeurs du procès – Les principes directeurs du procès assurent la cohérence du système normatif processuel. Pour cela, ils « *inspirent les dispositions* »¹⁹⁴⁸ particulières procédurales, et à ce titre « *se comportent comme les éléments générateurs du système normatif processuel* »¹⁹⁴⁹. Cette cohérence se met en place par leur fonction d'orientation de l'action du législateur¹⁹⁵⁰ en instaurant une méthode de création des textes procéduraux. Cette méthode « *part de la définition d'un ou plusieurs principes qui expriment les finalités essentielles que doit poursuivre l'ensemble normatif à construire. Elle se poursuit par la définition de règles techniques qui découlent des principes comme des modalités de mise en œuvre ou comme des restrictions. Certaines règles techniques peuvent encore résulter de la combinaison ou de la confrontation de plusieurs principes* »¹⁹⁵¹. Il s'agit donc de faire produire aux principes directeurs du procès un effet direct sur le législateur en posant des jalons à son action, de telle sorte que les normes qu'il édicte s'intègrent au système normatif de façon cohérente¹⁹⁵². Cette fonction constructive des principes directeurs du procès permet ainsi d'aboutir à la construction d'un système processuel équilibré. En effet, les principes directeurs du procès sont en opposition les uns avec les autres et naissent du conflit qui peut exister entre eux. Un auteur explique à cet égard

¹⁹⁴⁶ Sur le partage du champ d'action des principes et en particulier sur la concurrence des principes entre eux, v. E. VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, préc., n° 322.

¹⁹⁴⁷ Sur laquelle v. *infra* n° 473 et s.

¹⁹⁴⁸ J. NORMAND, « Principes directeurs du procès », art. préc., p. 1038.

¹⁹⁴⁹ E. VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, préc., n° 385.

¹⁹⁵⁰ H. BUCH, « La nature des principes généraux du droit », *RIDC* 1962, p. 67.

¹⁹⁵¹ E. VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, préc., n° 390.

¹⁹⁵² Certains auteurs parlent à ce propos de « *force d'influence de la norme* » : v. C. THIBIERGE, « La force normative- synthèse », in *La force normative. Naissance d'un concept*, préc., p. 741 et s., spéc. p. 797.

que c'est « *en luttant* » que « *le principe se crée une place* »¹⁹⁵³. Cette lutte nécessaire pour émerger dans le droit positif s'explique par l'opposition des logiques axiologique et utilitariste à l'œuvre en droit processuel¹⁹⁵⁴ et qui irriguent les origines des principes directeurs. Sauf à admettre l'éviction systématique, pour chaque conflit, d'un des deux principes en confrontation¹⁹⁵⁵, le conflit de principes ne peut se résoudre que par une conciliation desdits principes, qui implique partage du domaine d'application ou affaiblissement d'un principe devant l'autre dans certains domaines. La conciliation des principes est d'ailleurs rendue possible par leur flexibilité¹⁹⁵⁶, et par leur absence d'« *esprit de système* »¹⁹⁵⁷. C'est ce que relève le doyen Cornu lorsqu'il affirme que « *l'esprit de système n'est pas l'esprit des principes directeurs. L'esprit des principes est la modération* »¹⁹⁵⁸. La confrontation des principes directeurs du procès permet ainsi de maintenir un certain équilibre du système processuel puisqu'ils vont guider conjointement ou alternativement le législateur comme autant de sources d'inspiration de celui-ci.

515. La norme de présence, source d'inspiration de règles anciennes – Or, il est des règles qui, ancrées depuis longtemps dans le droit positif, semblent s'inspirer directement d'un principe de présence. Ainsi, en va-t-il sans doute des règles de compétence territoriale. En procédure civile, le principe en matière de compétence territoriale est la compétence du juge du lieu où le défendeur a son domicile¹⁹⁵⁹. Cette règle générale de compétence est fondée sur l'idée selon laquelle le défendeur doit être présumé dans son droit¹⁹⁶⁰ et par conséquent doit voir son désagrément limité, ce à quoi les auteurs précisent qu'il s'agit d'éviter au défendeur de se déplacer pour pouvoir se défendre adéquatement¹⁹⁶¹. Or, le fait de déterminer la compétence territoriale pour éviter au défendeur la charge de se déplacer met au jour l'idée sous-jacente que le procès doit se dérouler en *présence* du défendeur, car dans le cas contraire, le fait qu'il ait à se déplacer n'entrerait pas en ligne de compte. La règle de principe en matière de compétence territoriale est donc, au moins pour partie, inspirée d'un principe de présence. Il est d'ailleurs notable qu'en procédure pénale, en matière contraventionnelle, le

¹⁹⁵³ E. VERGES, La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire, préc., n° 336.

¹⁹⁵⁴ V. *infra* n° 543 et s.

¹⁹⁵⁵ Dans sa thèse de doctorat, le Professeur Vergès expose des cas d'éviction d'un principe, mais la majorité des conflits de principes ne se résolvent pas de façon si tranchée : E. VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, préc., n° 337.

¹⁹⁵⁶ V. *infra* n° 566.

¹⁹⁵⁷ G. CORNU, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 83 à 100, spéc. p. 90.

¹⁹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁹⁵⁹ Art. 42 C. proc. civ.

¹⁹⁶⁰ V. *ex multis* H. ROLAND et L. BOYER, « Actor sequitur forum rei », in *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999, p. 12.

¹⁹⁶¹ *Ibid.* ; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., Litec, 2013, n° 157.

parquet a le choix entre le lieu de l'infraction et le lieu de résidence du prévenu¹⁹⁶², de même qu'en matière correctionnelle, il a le choix entre le tribunal du lieu de l'infraction, celui de la résidence du prévenu ou celui du lieu d'arrestation ou de détention de ce dernier¹⁹⁶³. Le rattachement de la compétence territoriale à la personne du prévenu illustre là encore la norme de présence sous-jacente, puisqu'il s'agit de faciliter sa présence au cours du procès. En particulier, en cas d'arrestation du prévenu, il peut être préférable de saisir le tribunal du lieu de l'arrestation pour éviter un déplacement trop onéreux du prévenu¹⁹⁶⁴.

Sans doute est-il également possible de constater que la norme de présence a servi de guide d'inspiration à la création des règles régissant les obligations de comparution en matière pénale. Ainsi, à titre d'exemple, les textes prévoient que le témoin doit, pour échapper à la sanction de son devoir de présence, fournir une excuse légitime¹⁹⁶⁵. A n'en pas douter, il y a là de la part du législateur une volonté d'encadrer les exceptions à la présence afin de préserver le champ d'application de cette norme. Il est donc permis de considérer que derrière les règles techniques organisant la comparution personnelle des témoins et ses exceptions, se trouve la norme générale de présence.

516. La norme de présence, source d'inspiration dans la création de normes nouvelles – Cette fonction créatrice est en outre particulièrement importante lorsqu'il s'agit d'adapter le droit à l'évolution des techniques. Le rôle des principes directeurs du procès est alors de permettre l'intégration des nouvelles techniques dans le droit existant, tout en préservant, par leur constance, une certaine stabilité du droit¹⁹⁶⁶. En d'autres termes, grâce à la constance des principes, l'introduction des nouvelles technologies dans la sphère juridique n'entraîne pas un *bouleversement* du droit, mais simplement un *rééquilibrage* de celui-ci. Cette fois encore, la norme de présence emprunte cette fonction aux principes directeurs du procès. En effet, en permettant de maintenir une certaine humanisation de la Justice, cette règle accompagne l'évolution des procédures qui utilisent désormais les nouvelles technologies pour instaurer de nouveaux modes de comparution. Ainsi, l'existence d'une norme générale de présence permet d'éviter une transformation brutale des procédures qui naîtrait de l'introduction trop généralisée de la visioconférence. C'est en effet ce souci de l'équilibre des procédures qui a conduit le législateur à pondérer sa volonté de systématiser le recours à la visioconférence. Un rapport du Sénat¹⁹⁶⁷ relève que le dispositif tel que retenu à la

¹⁹⁶² Art. 522 C. proc. pén.

¹⁹⁶³ Art. 382 C. proc. pén.

¹⁹⁶⁴ E. JEULAND, *Droit processuel général*, préc., n° 357.

¹⁹⁶⁵ V. *supra* n° 348.

¹⁹⁶⁶ V. E. VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, préc., n° 391.

¹⁹⁶⁷ J.-M. COURTOIS, *Rapport du Sénat n° 517* du 2 juin 2010, sur le projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

suite de l'adoption de l'amendement de la Commission des lois visant à limiter le recours à la visioconférence en matière de détention provisoire « *semble ainsi équilibré, tenant compte des exigences du droit et d'une gestion rationnelle des forces de sécurité* »¹⁹⁶⁸. Or, les exigences du droit mentionnées ici font référence au droit de comparaître devant le juge appelé à apprécier le bien-fondé de la détention¹⁹⁶⁹, qui correspond à une application particulière de cette norme générale de présence. D'ailleurs, le recours à l'utilisation de la visioconférence est, par principe, soumis à l'exigence du consentement des parties¹⁹⁷⁰. Bien qu'émaillé d'exceptions¹⁹⁷¹, ce principe du consentement des parties à l'utilisation de la visioconférence énoncé dans un texte général applicable à l'ensemble des juridictions judiciaires est sans doute le rappel implicite d'une norme générale de présence sous-jacente, laquelle inspire directement la nécessité d'encadrer ces exceptions.

517. Bilan de la section – *In fine*, et sans préjuger à ce stade de l'action contraignante de la norme de présence, ni même d'ailleurs de sa valeur juridique, cette norme emprunte aux principes directeurs du procès leur action directive, qui s'inscrit dans un mouvement circulaire, ou de va-et-vient, entre les règles techniques et les lignes directrices générales. Une norme générale de présence peut en effet s'induire des règles techniques pour en expliquer la substance et exerce ainsi à leur égard une fonction explicative. En retour, dans un mouvement descendant mais non encore contraignant, elle exerce une fonction de construction en insufflant à certaines dispositions la direction à suivre, que ce soit en servant de jalon d'interprétation ou de création des normes techniques. Cette fonction directive de la norme de présence la rapproche indubitablement de la catégorie des principes directeurs du procès et est un premier indice de sa qualification en tant que tel. Toutefois, cette fonction reste en dehors du droit et ne permet pas encore de se prononcer sur sa capacité à exercer une véritable action normative contraignante à l'égard des autres normes de droit processuel. Afin de déterminer si la norme de présence peut être considérée comme un véritable principe directeur du procès normatif au regard de son action en droit positif, il est donc nécessaire d'étudier son action contraignante.

Section 2 : L'action contraignante de la norme de présence

518. Action contraignante et juridicité de la norme de présence – L'action normative des principes directeurs peut n'être pas seulement une action directive mais également une action contraignante dans l'ordre positif, si cette norme est véritablement

¹⁹⁶⁸ J.-M. COURTOIS, *Rapport du Sénat n° 517*, préc., p. 171.

¹⁹⁶⁹ J.-M. COURTOIS, *Rapport du Sénat n° 517*, préc., p. 170.

¹⁹⁷⁰ Art. L. 111-12 C. O. J.

¹⁹⁷¹ En particulier en matière pénale : v. art. 706-71 C. proc. pén. et *supra* n° 475.

sanctionnée par le droit positif. Il importe donc à présent de rechercher si la norme de présence exerce effectivement cette action contraignante, afin de préciser encore davantage la place qu'occupe cette norme générale de présence dans l'ordre processuel. En effet, il semble possible de distinguer entre les différents principes directeurs du procès ceux qui sont de véritables normes juridiques en droit positif et ceux qui ne sont pas entrés dans l'ordre juridique positif, cette répartition tenant en réalité à la juridicité positive de la norme, c'est-à-dire à son appartenance aux normes juridiques de droit positif. Or, cette juridicité semble attachée à la norme en raison précisément de son action contraignante. Toutefois, la question du lien entre juridicité et force contraignante de la norme¹⁹⁷² étant loin d'être pleinement élucidée à l'heure actuelle, elle mérite sans doute qu'on lui consacre quelques développements, au risque de s'éloigner quelque peu du sujet. Il est en effet nécessaire de justifier en quoi la recherche de l'action contraignante de la norme de présence permettrait d'éclairer la question de sa juridicité en droit positif et partant, sa qualification en tant que principe directeur du procès juridiquement normatif (§1). Ce n'est qu'une fois que ces éléments auront été présentés que l'étude de l'action contraignante de la norme de présence prendra tout son sens. Cette recherche d'une action contraignante de la norme de présence s'avérera toutefois relativement infructueuse (§2).

§1 : L'utilité de la recherche de l'action contraignante de la norme de présence

519. Action contraignante et positivité de la norme – La question de l'action contraignante d'une norme et en particulier de l'action contraignante de la norme de présence fait immédiatement écho à celle de la sanction de la norme. En effet, l'action d'une norme peut être qualifiée de contraignante lorsqu'elle s'impose aux différents acteurs juridiques, en d'autres termes, lorsqu'elle est sanctionnée. Or, la définition classique de la règle de droit positif est d'être une « *règle de conduite dans les rapports sociaux, générale, abstraite et obligatoire, dont la sanction est assurée par la puissance publique* »¹⁹⁷³. La sanction de la norme semble donc être l'une des caractéristiques des normes juridiques. Ainsi, l'action contraignante des principes directeurs du procès serait un indice fort de leur appartenance aux normes juridiques positives sur lequel il est intéressant de s'arrêter car tous n'appartiennent pas à la catégorie des normes juridiques positives. Cette première détermination d'une catégorisation des principes directeurs du procès permettrait d'éclairer par la suite l'appartenance de la norme de présence à l'une ou l'autre d'entre elles. Toutefois, la place théorique de la sanction parmi les critères de la juridicité d'une norme est parfois discutée de telle sorte qu'il est nécessaire de s'assurer de la solidité du lien entre la sanction d'une norme et sa juridicité positive. En réalité il semble que la sanction de la norme soit moins un critère

¹⁹⁷² Esquissée *supra* n° 299.

¹⁹⁷³ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 23^e éd., Dalloz, 2015.

de la juridicité de la norme qu'un caractère de celle-ci (A) qui peut néanmoins être utilisé afin d'éclairer la juridicité des principes directeurs du procès dans l'ordre positif en observant leur action contraignante (B).

A- La sanction comme caractère de la juridicité de la norme

520. Remise en cause de la sanction comme critère nécessaire de la juridicité de la norme – La sanction de la norme est classiquement présentée comme l'un des critères de sa juridicité. Tant les lexiques juridiques¹⁹⁷⁴ que les manuels d'introduction à l'étude du droit¹⁹⁷⁵ présentent en effet la norme juridique comme une norme générale, obligatoire et sanctionnée par la puissance publique. Pour autant, l'affirmation mérite sans doute d'être nuancée. S'il a pu à juste titre être relevé qu'« *il n'est pas de prescription juridique sans sanction, au moins indirecte* »¹⁹⁷⁶, l'évolution contemporaine du droit démontre cependant une « *dilution des prescriptions juridiques dans la production juridique* »¹⁹⁷⁷ du fait du développement du « droit souple »¹⁹⁷⁸. Or, le propre de ces normes de « *soft law* » est précisément de n'être pas dotées d'une sanction véritable. Pour contourner la difficulté, un auteur a alors proposé une redéfinition de la sanction en l'appréhendant comme le « tarif » inhérent à toute norme juridique et qui réside dans la justiciabilité de la norme, c'est-à-dire sa capacité à être utilisée par le juge pour en déduire un effet précis¹⁹⁷⁹. Si cette définition de la sanction est bienvenue en ce sens qu'elle permet d'éviter la confusion parfois entretenue entre la juridicité et l'effectivité de la norme¹⁹⁸⁰, elle ne semble toutefois pas être pleinement opérationnelle en tant que critère nécessaire à la qualification d'une norme juridique. En effet, même en retenant cette définition, certaines normes pourtant incontestablement juridiques ne paraissent pas pouvoir répondre à ce critère. Il en va ainsi notamment des règles constitutionnelles, pointées d'ailleurs du doigt par l'auteur comme sources d'une objection à sa théorie. L'auteur remarque en effet que le tarif n'est alors que symbolique et qu'en outre, certains Etats dotés sans conteste d'un droit constitutionnel ne sont en revanche dotés d'aucune juridiction susceptible de se fonder sur ces règles constitutionnelles. Aussi prend-il l'exemple de la

¹⁹⁷⁴ *Ibid.* ; ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Règle de droit », in *Vocabulaire juridique* (dir. G. CORNU), 10^e éd., PUF, 2014, p. 880.

¹⁹⁷⁵ V. par ex. J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15^e éd., Sirey, 2014, Coll. Sirey Université, n° 17 et s. ; P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 15^e éd., LexisNexis, 2015, Coll. Manuel, n° 40. V. cependant F. TERRE, *Introduction générale au droit*, 10^e éd., Dalloz, 2015, Coll. Précis, n° 45 et s., qui considère que la sanction est l'effet et non le critère de la juridicité.

¹⁹⁷⁶ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, 2012, Coll. Méthode du droit, n° 34.

¹⁹⁷⁷ J.-B. AUBY, « Prescription juridique et production juridique », *RDP* 1988, p. 674.

¹⁹⁷⁸ Sur cette question, v. S. GERRY-VERNIERES, *Les "petites" sources du droit : à propos des sources étatiques non contraignantes*, préf. N. MOLFESSIS, Economica, 2012, Coll. Recherches juridiques.

¹⁹⁷⁹ P. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chron. p. 197.

¹⁹⁸⁰ En effet, une norme juridique qui tombe en désuétude et devient donc ineffective n'en reste toutefois pas moins du droit.

France avant que ne soit créé le Conseil constitutionnel pour réfuter l'objection en arguant qu'en réalité, rien n'aurait empêché les juges de la Cour de cassation comme du Conseil d'Etat de procéder à un contrôle de constitutionnalité, ce qui aurait eu pour seule conséquence de provoquer un tollé dans la classe politique et chez les professeurs de droit. Et l'auteur d'ajouter « *en d'autres termes il ne faut pas dire que certains droits constitutionnels ne connaissent pas de sanction judiciaire, mais seulement que les juges sont parfois timides !* »¹⁹⁸¹. L'argument ne paraît toutefois pas être pleinement satisfaisant dans la mesure où il serait alors possible d'étendre cet argument à n'importe quelle norme jusqu'ici considérée comme extrajuridique pour considérer que puisque le juge le plus haut placé hiérarchiquement peut choisir à sa guise de l'appliquer, cette norme pourrait être considérée comme juridique¹⁹⁸². L'obstacle tendu par les normes constitutionnelles dans la recherche d'un critère de la juridicité des normes est sans doute ce qui a motivé certains auteurs à découvrir la juridicité des normes non pas dans leur caractère sanctionnable mais dans la validité de la source qui les a édictées ou avalisées, c'est-à-dire dans leur appartenance à un système juridique¹⁹⁸³.

521. Réception de la sanction comme caractère de la juridicité de la norme –

Pourtant, cette remise en cause du critère de la sanction ne doit pas être comprise de façon excessive. Il ne s'agit pas en effet de nier que l'observation du caractère sanctionné ou sanctionnable de la norme puisse être utile dans la détermination de sa juridicité. Il s'agit au contraire de restituer à la sanction sa place dans le processus de qualification de la norme. Si elle ne peut être *le* critère de la juridicité de la norme, elle en est en revanche un indice particulièrement fort. A ce titre, nombreux sont les auteurs à reconnaître que la sanction est l'un des caractères des normes juridiques¹⁹⁸⁴. Ainsi, un auteur affirme que « *la sanction judiciaire est l'une des caractéristiques des règles de droit [...] mais elle ne permet pas à elle seule de rendre compte de toutes les règles de droit ; elle caractérise la positivité du droit mais ne la constitue pas* »¹⁹⁸⁵. Un autre relève que cette « *spécification [qui résulte de l'utilisation possible de la règle de droit par le juge] est celle d'un caractère attribuable à une norme tenue pour juridique et non de ce qui pourrait être le critère de sa juridicité* »¹⁹⁸⁶. Un autre encore considère que « *la sanction ou la sanctionnabilité d'une norme par l'autorité*

¹⁹⁸¹ P. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », art. préc., spéc. p. 204.

¹⁹⁸² Dans le même sens, v. E. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in *L'office du juge*, Actes du colloque du 29 novembre 2006 au Sénat, p. 42 et s., spéc. p. 48. *Contra* v. M. TROPER, « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge*, préc., p. 28 et s. et du même auteur, *Le droit, la théorie du droit, l'État*, PUF, 2001, p. 69 et s.

¹⁹⁸³ En ce sens, v. D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, spéc. p. 239 et s.

¹⁹⁸⁴ V. déjà P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préf. D. DEROUSSIN, 2^e éd. (rééd. de l'ouvrage de 1961), Dalloz, 2005, Coll. Bibliothèque Dalloz, p. 25.

¹⁹⁸⁵ P. DEUMIER, *Le droit spontané*, préf. J.-M. JACQUET, Economica, 2002, p. 254 et s.

¹⁹⁸⁶ A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, p. 199.

étatique [est un] *indicateur très puissant de la juridicité* »¹⁹⁸⁷. En d'autres termes, même si la sanction ou la sanctionnabilité de la norme – qui renvoie à l'idée de justiciabilité de la norme – ne peut être tenue pour un critère parfaitement opérationnel dans la recherche des normes juridiques de droit positif, ce caractère de la norme juridique est néanmoins particulièrement utile dans la mesure où il s'agit là d'un caractère « *aisément observable* »¹⁹⁸⁸ qui, s'il est observé, permettra d'en déduire la positivité de la norme et partant sa juridicité. Or, l'observation des différents principes directeurs du procès et de leur caractère sanctionné ou sanctionnable permet sans doute d'en déduire une première classification de ces normes générales au regard de leur appartenance ou non à la catégorie des normes juridiques en droit positif.

B- La juridicité des principes directeurs du procès

522. Catégorisation des principes directeurs du procès au regard de leur sanction – Au regard du caractère sanctionné des normes juridiques en droit positif, l'appartenance des principes directeurs du procès pose nécessairement question. Il est vrai que le doyen Cornu écrivait que « *les principes directeurs sont des règles de droit ; non de simples déclarations d'intention, mais de véritables dispositions positives* »¹⁹⁸⁹. Pour solennelle qu'elle soit, cette affirmation mérite cependant d'être mise en perspective avec l'objet d'étude du doyen Cornu lorsqu'il écrivait ces lignes. En effet, l'article dont sont extraits ces propos était relatif aux principes directeurs du procès tels que consacrés par le Code de procédure civile, et plus précisément aux normes contenues dans les articles 1 à 24 de ce code, la qualification de principes directeurs du procès n'étant pas normative puisque présente seulement dans le plan du code. Ceci étant précisé, l'affirmation du doyen Cornu prend une autre dimension et tend simplement à démontrer que, dans un contexte où se posait la question de savoir si ces dispositions devaient être considérées comme de véritables normes juridiques ou simplement comme l'annonce des dispositions qui allaient suivre, les normes contenues dans ces premiers articles sont de véritables normes juridiques. Cependant, la révélation par la doctrine de « *nouveaux principes directeurs du procès* »¹⁹⁹⁰ vient troubler le débat quant à la juridicité des normes appartenant à cette catégorie. En réalité, la manière d'aborder la question de la juridicité des principes directeurs du procès peut être *a priori* duale. Il est en effet théoriquement possible de faire de la juridicité de la norme l'un des critères de sa qualification en tant que principe directeur du procès ou bien de concevoir qu'un

¹⁹⁸⁷ C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Arch. phil. dr.* 2008, t. 51, p. 341, spéc. p. 368.

¹⁹⁸⁸ P. DEUMIER, *Le droit spontané*, préc., p. 254.

¹⁹⁸⁹ G. CORNU, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 83 à 100, spéc. p. 85.

¹⁹⁹⁰ J. NORMAND, « Principes directeurs du procès », in *Dictionnaire de la Justice* (dir. L. CADIET), PUF, 2004, p. 1038.

principe directeur du procès peut être ou non un principe juridiquement normatif. Il faut bien admettre que le débat est obscurci par l'appellation même de cette catégorie de normes qui semble faire des principes directeurs du procès une sous-catégorie des principes de droit, lesquels se distinguent, d'après certains auteurs, par leurs effets en droit positif et en particulier par leur caractère sanctionnable¹⁹⁹¹. Il y aurait alors un contresens à considérer d'une part qu'une norme appartient aux principes directeurs du procès et d'autre part à lui dénier toute juridicité dans l'ordre positif. Toutefois, cette difficulté peut être surmontée si l'on admet qu'il existe en réalité à côté des principes juridiquement normatifs des principes doctrinaux¹⁹⁹² et que la catégorie des principes directeurs du procès est en réalité une catégorie hybride¹⁹⁹³ qui recèle en son sein des principes normatifs et des principes doctrinaux. En ce sens, certains principes directeurs du procès n'auraient qu'une action directive, laquelle leur permettrait d'entrer dans cette catégorie tandis que d'autres exerceraient en sus de leur action directive cette action contraignante, signe évident de leur juridicité dans l'ordre positif, puisque « *la doctrine ne peut pas rendre valides des normes juridiques ou les priver de validité. Seule une autorité juridique, comme le législateur ou le juge peut le faire* »¹⁹⁹⁴.

523. Illustrations – Ainsi, l'appartenance de certains principes directeurs du procès à l'ordre juridique positif ne fait guère de doute, de telle sorte qu'il n'est pas utile d'y consacrer de longs développements. Tout au plus peut-on remarquer que le principe du contradictoire¹⁹⁹⁵ comme le principe du respect des droits de la défense¹⁹⁹⁶ étant régulièrement visés par la Cour de cassation afin de sanctionner leur violation, ils appartiennent sans nul doute à la cohorte des normes juridiques.

524. Positivité des nouveaux principes directeurs du procès ? – La question est en revanche plus intéressante à l'égard de certains « nouveaux principes directeurs du procès », et en particulier des principes de célérité et d'efficacité, dans la mesure où ceux-ci sont susceptibles d'entrer en opposition avec un éventuel principe de présence. Leur appartenance ou leur non-appartenance à l'ordre juridique positif pourrait alors éclairer les rapports qui

¹⁹⁹¹ En ce sens, v. P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, LGDJ, 1999, préf. J.-L. SOURIOUX, spéc. n° 369 et s. : l'auteur fait du critère formel l'un des critères définitoires du principe de droit privé, et en déduit que le principe de droit est une norme qui peut être utilisée par les juges. Ce critère fait écho à la définition de la sanction au regard de la justiciabilité de la norme, proposée par P. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », art. préc.

¹⁹⁹² Sur ces catégories, v. *supra* n° 504.

¹⁹⁹³ Le constat de ce que la catégorie des principes directeurs toutes matières confondues est une catégorie hybride a d'ailleurs déjà été fait : v. C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure », art. préc., spéc. p. 335.

¹⁹⁹⁴ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, PUF, 1996, Coll. Leviathan, p. 155.

¹⁹⁹⁵ Pour des exemples très récents, v. par ex. Cass. civ. 2^e, 16 oct. 2014, n° 13-17.999 ; Cass. civ. 1^e, 24 févr. 2016, n° 15-11.427 ; Cass. soc., 14 avr. 2016, n° 15-10.174.

¹⁹⁹⁶ Pour des exemples récents, v. par ex. Cass. crim., 27 nov. 2013, n° 12-86.424 ; Cass. civ. 1^e, 2 déc. 2015, n° 14-26.835.

existent entre eux. A l'égard du principe de célérité, un auteur s'appuie sur la qualification de droit fondamental du droit à la célérité qu'il porterait¹⁹⁹⁷ pour lui conférer une valeur qui le placerait parmi les principes directeurs normatifs. L'auteur y ajoute que le principe de célérité serait un véritable principe normatif dans la mesure où il est une règle d'application générale qui permet de généraliser « *par extension et par complément* »¹⁹⁹⁸ le droit à la célérité précédemment dégagé. La démonstration semble cependant devoir aboutir à une conclusion plus mesurée. En effet, l'auteur relève que la reconnaissance du principe de célérité est limitée au procès administratif et que l'utilité de le reconnaître devant les juridictions judiciaires est « symbolique » puisqu'il ferait alors double emploi avec le droit d'être jugé dans un délai raisonnable déjà sanctionné¹⁹⁹⁹. Il relève également qu'une telle reconnaissance du principe de célérité ne permettrait que de façon rare d'exercer une fonction d'opposition, puisque le défaut de célérité relève rarement des dispositions législatives elles-mêmes mais bien plus souvent de leur application²⁰⁰⁰. Or, ces arguments paraissent devoir conduire à la conclusion inverse de celle adoptée par l'auteur : si le principe de célérité, faute de pouvoir être sanctionné de façon autonome, ne peut véritablement exercer d'action contraignante, il ne peut prétendre à s'élever au rang d'un principe directeur normatif²⁰⁰¹, et il paraît alors préférable de le qualifier de principe directeur du procès doctrinal. Le même constat peut sans doute être fait à l'égard du principe d'efficacité. Certes ce principe d'efficacité est indubitablement une source d'inspiration du législateur contemporain²⁰⁰², d'autant qu'il est contenu dans le programme de Stockholm sur la justice en Europe²⁰⁰³. Il ne semble cependant pas que ce principe soit réellement sanctionné juridiquement, de telle sorte qu'il paraît appartenir davantage à la catégorie des principes directeurs doctrinaux qu'à celle des principes directeurs juridiquement normatifs au sens où nous l'entendons ici.

Tout en restant nuancé sur la distribution des principes directeurs à l'une ou l'autre des catégories²⁰⁰⁴, il apparaît toutefois possible de conclure à l'absence d'uniformité au sein de la

¹⁹⁹⁷ D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, préc., spéc. n° 399 et s.

¹⁹⁹⁸ D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, préc., n° 401.

¹⁹⁹⁹ *Ibid.*, n° 407.

²⁰⁰⁰ *Ibid.*, n° 427.

²⁰⁰¹ Dans le même sens, v. S. AMRANI-MEKKI, « Le principe de célérité », *Rev. fr. d'adm. Publique* 2008, p. 43 et s., spéc. n° 11 et s. L'auteur y évoque un « *principe introuvable* ».

²⁰⁰² Un auteur a ainsi démontré que le principe d'efficacité était à la fois un principe directeur et un principe correcteur : B. MATHIEU, *Essai sur le principe d'efficacité en droit judiciaire privé*, Thèse Aix-Marseille, 1994.

²⁰⁰³ « Le programme de Stockholm- Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens », JO C 115, 4 mai 2010. Sur cette question, v. E. JEULAND, *Droit processuel général*, 3^e éd., LGDJ, 2014, Coll. Domat Droit privé, n° 260 ; et du même auteur « Rationalisation et relation en droit judiciaire privé », in *Les frontières du droit privé européen*, Actes du colloque des 28 et 29 oct. 2010 à Luxembourg, Larcier, 2012, Coll. de la faculté de droit, d'économie et de finance de Luxembourg, p. 239 et s.

²⁰⁰⁴ Quelles que soient les catégories qui apparaissent au sein des principes directeurs du procès, leur classification paraît toujours être source de difficultés qui conduisent nécessairement à des nuances. Sur cette nuance nécessaire lorsqu'il s'agit d'opérer une division entre « *principes d'équité* » et « *principes techniques* »,

catégorie des principes directeurs du procès quant à leur juridicité. Si ces développements ont conduit à s'éloigner un temps du principe de présence, cette proposition de distinguer les principes directeurs du procès selon leur juridicité dans l'ordre juridique positif était cependant nécessaire pour tenter à présent de rechercher à quelle catégorie le principe de présence appartient.

§2 : L'absence d'action contraignante de la norme de présence

525. Juridicité de la norme générale de présence ? – Puisque le caractère sanctionnable de la norme et en particulier des principes directeurs du procès est un indice fort de leur appartenance à l'ordre juridique positif, il est désormais nécessaire de rechercher si la norme générale de présence exerce une action contraignante, en d'autres termes, si elle est dotée d'une certaine justiciabilité, afin de déterminer si celle-ci peut prétendre à la qualification de principe directeur juridiquement normatif. Toutefois, l'exercice d'une telle action contraignante de la norme de présence paraît pour l'heure n'être que très limité (A) bien que l'on puisse le regretter (B).

A- L'action contraignante de la norme de présence limitée en droit positif

526. Dualité des niveaux de sanction possibles – L'étude de l'action contraignante de la norme de présence en droit positif implique de rechercher si, en dehors des applications particulières qui peuvent exister à travers les règles techniques précédemment étudiées, la norme générale de présence est susceptible de produire des effets en droit positif. Or, la justiciabilité de la norme de présence pourrait théoriquement intervenir à un double niveau. D'une part, une norme peut être contraignante pour le législateur en lui imposant, au stade de l'élaboration du droit positif, de la préserver au détriment d'une autre, ce qui se traduirait par une sanction du législateur par le droit supralégislatif – droit constitutionnel et droit européen en particulier, en d'autres termes, par une justiciabilité de la norme au niveau supralégislatif. D'autre part, elle peut être contraignante en imposant au juge de droit commun, cette fois au stade de la mise en œuvre du droit, d'écarter d'autres normes qui entreraient en conflit avec elle ou plus simplement en lui permettant de fonder de façon autonome une solution. Or, la contrainte exercée par la norme de présence semble n'être que relative tant à l'égard du législateur (1) qu'à l'égard du juge (2).

v. L. CADIET, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », art. préc., n° 39 : « *il faut aussi ne pas perdre de vue que la division ne saurait être considérée comme une cloison étanche* ».

1- La contrainte relative de la norme de présence au stade de l'élaboration du droit par le législateur

527. Relativité de la contrainte exercée sur le législateur par la norme de présence – A première vue, il pourrait sembler que la norme de présence exerce bien une forme de contrainte sur le législateur. En effet, la reconnaissance de l'importance de la présence par le droit supralégislatif et en particulier par le droit européen confère à la norme de présence des apparences de norme contraignante pour le législateur. Pourtant, ces apparences doivent être dissipées et la contrainte de la norme de présence sur le législateur relativisée.

528. Influence directive non contraignante de la norme de présence – D'abord, et s'il est vrai que la norme de présence exerce sans nul doute une influence sur le législateur – et en cela, la norme de présence exerce une action directive²⁰⁰⁵ –, cette influence doit être relativisée et en tout état de cause, ne peut être confondue avec une action contraignante de la norme. En effet, *in fine* le législateur reste relativement libre en la matière de prendre le contrepied de la norme de présence. Tel a été le cas notamment s'agissant de la comparution du ministère public à l'audience d'homologation qui suit la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Alors que les dispositions de l'article 495-9 du Code de procédure pénale étaient silencieuses quant au caractère facultatif ou obligatoire de la présence du ministère public à cette audience, le Conseil d'Etat²⁰⁰⁶ comme la Cour de cassation²⁰⁰⁷ interprétaient ce silence en faveur du caractère obligatoire de cette présence. Or, le législateur est au contraire intervenu pour préciser que cette présence n'était pas obligatoire²⁰⁰⁸, et s'est ainsi démarqué de la norme de présence. Cette loi du 26 juillet 2005 qui a précisé que « *la présence du procureur de la République à cette audience n'est pas obligatoire* » a d'ailleurs été validée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 22 juillet 2005²⁰⁰⁹, signe que l'action contraignante de la norme de présence doit être relativisée.

529. Contrainte relative du droit de l'Union européenne – Ensuite, pourrait également être avancé l'argument selon lequel le législateur est *a minima* contraint par l'existence d'une norme de présence qui s'impose à lui du fait de la hiérarchie formelle des sources du droit. Il est vrai que, si l'ordre juridique processuel peut être décrit comme un

²⁰⁰⁵ V. *supra* n° 514 et s.

²⁰⁰⁶ CE, ord. réf., 11 mai 2005, n° 279834 : *D.* 2005, p. 1379, note A. ASTAIX ; CE, 1^e et 6^e sous-sections réunies, 26 avr. 2006, n° 279832 : *D.* 2006, p. 1333.

²⁰⁰⁷ Cass., 18 avr. 2005, avis n° 005-0004P : *D.* 2005, p. 1200, note J. PRADEL.

²⁰⁰⁸ Loi n° 2005-847 du 26 juillet 2005 précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

²⁰⁰⁹ Cons. const., 22 juillet 2005, n° 2005-520 DC.

« *schéma des normes plutôt que des sources* »²⁰¹⁰, la hiérarchie formelle des sources, plaçant les règles les unes par rapport aux autres en fonction de leur autorité formelle résultant de la source juridique de laquelle elles procèdent, ne disparaît pas pour autant. Le législateur national reste donc soumis aux exigences du droit supranational et en particulier au droit de l'Union européenne. Or, une directive du Parlement européen et du Conseil portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales a été récemment adoptée²⁰¹¹ et s'impose donc au législateur national qui doit la transposer avant le 1^{er} avril 2018²⁰¹². Cette directive prévoit notamment que les Etats doivent assurer aux suspects et personnes poursuivies le droit d'assister à leur procès et le droit à un nouveau procès dans l'hypothèse où le droit d'assister à son procès aurait été méconnu lors d'un premier procès. L'on pourrait donc en déduire que cette directive serait le socle d'une norme générale de présence s'imposant au législateur, signe d'une action contraignante de celle-ci. Pourtant, cette première impression doit être nuancée et ce pour plusieurs raisons. D'abord, et d'un point de vue purement formel, la directive n'a, dans l'attente de sa transposition, qu'une valeur purement interprétative. Ensuite, les dispositions de la directive sont applicables « *sans préjudice des règles nationales qui prévoient que la procédure ou certaines parties de celle-ci sont menées par écrit* »²⁰¹³. En d'autres termes, si la procédure nationale ne prévoit pas d'audience, le droit d'assister à son procès ne peut s'appliquer, ce qui démontre qu'il n'y a pas là de norme de présence générale et absolue qui soit portée par la directive²⁰¹⁴. Surtout, il n'est pas véritablement possible de considérer que cette directive est porteuse d'une norme générale de présence contraignante dans la mesure où la directive ne vient pas consacrer une telle norme, mais seulement un aspect technique de celle-ci, à savoir le droit d'être présent à l'audience en matière pénale. Or, dans le cadre de la recherche d'une éventuelle action contraignante de la norme de présence, il a été précisé que l'on ne pouvait se satisfaire de l'existence en droit positif de règles techniques particulières la traduisant. En effet, la normativité de ces règles techniques qui sont sources de situations juridiques présentes particulières ne suffit pas pour démontrer la normativité d'une norme générale de présence distincte de ces applications particulières.

En définitive, il est difficile en l'état actuel du droit positif de déceler de la part d'une norme générale de présence une véritable action contraignante qui s'exercerait sur le législateur au stade de l'élaboration du droit positif. Pourtant, ce constat ne saurait suffire

²⁰¹⁰ G. ROUHETTE, « L'ordre juridique processuel – Réflexions sur le droit du procès », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 687, spéc. n° 4 et n°s 10 à 15.

²⁰¹¹ Directive (UE) 2016/343 du 9 mars 2016 du Parlement européen et du Conseil portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales.

²⁰¹² Article 14 de la directive.

²⁰¹³ Article 8 *in fine* de la directive.

²⁰¹⁴ C'est d'ailleurs ce qui ressort de l'exposé des motifs de la directive et particulièrement du point n° 35 : « *le droit du suspect ou de la personne poursuivie d'assister à son procès ne revêt pas de caractère absolu* ».

pour affirmer que l'action contraignante de la norme de présence est à l'heure actuelle relativement limitée. En effet, il est encore possible que la norme de présence exerce cette action contraignante non plus au stade de l'élaboration du droit mais au stade de son application par le juge. Cependant, là encore, il semble que cette action contraignante de la norme générale de présence doive être relativisée.

2- La contrainte relative de la norme de présence au stade de l'application du droit par le juge

530. Absence d'utilisation d'une norme générale de présence par le juge – La norme générale de présence ne semble pas davantage être sanctionnée par le juge de façon autonome. Une rapide recherche au sein des bases de données jurisprudentielles démontre en effet qu'aucun arrêt n'a été rendu au visa d'un principe de présence, ni même d'une norme générale de présence. Lorsque la Cour de cassation s'intéresse à des questions relatives à la présence des différents acteurs ou collaborateurs de la procédure, il s'agit toujours pour les juges d'appliquer des dispositions particulières. Il n'est d'ailleurs pas anodin que les décisions rendues au visa de l'article 20 du Code de procédure civile qui dispose que le juge peut toujours entendre les parties elles-mêmes, seul support textuel envisageable d'une norme générale de présence, sont extrêmement rares et ne sont en réalité absolument pas significative de l'existence d'une norme générale de présence juridiquement contraignante²⁰¹⁵.

531. Exigence de motivation des atteintes à la norme générale de présence – Peut-être pourrait-on tenter de déceler une prise en compte par le juge de la norme générale de présence lorsqu'il lui est imposé de motiver ses décisions écartant cette norme. A cet égard, la Cour européenne des droits de l'Homme s'est en effet prononcée en faveur de l'exigence de motivation des décisions refusant un renvoi d'audience lorsque ce renvoi avait été demandé par les parties afin de pouvoir assister à l'audience²⁰¹⁶. Il pourrait alors être avancé que s'il est nécessaire de motiver l'atteinte à une norme générale de présence, c'est précisément que l'existence de cette norme est prise en compte par le juge, d'où il serait possible d'en déduire que cette norme générale de présence est effectivement dotée d'une certaine juridicité en droit positif, d'autant que cette motivation n'est pas directement exigée par les dispositions techniques. Si l'argument peut être retenu, sa portée doit néanmoins être nuancée. En effet, le contenu de la motivation est laissé à l'appréciation des juges du fond. C'est en tout cas ce qui

²⁰¹⁵ V. ainsi Cass. soc., 24 janv. 1990, n° 87-40.953. Cette décision n'est toutefois pas significative d'une quelconque norme générale de présence puisque l'article 20 du Code de procédure civile a été appliqué pour valider une procédure au cours de laquelle la cour d'appel avait décidé d'entendre le demandeur, qui était présent à l'audience.

²⁰¹⁶ CEDH, 25 juil. 2013, *Rivière c. France*, req. n° 46460/10. V. déjà CEDH, 23 mai 2000, *Van Pelt c. France*, req. n° 31070/96.

ressort de la décision rendue par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *Van Pelt*²⁰¹⁷, décision dans laquelle la Cour relève que l'appréciation des motifs susceptibles de justifier la demande de renvoi est laissée à l'appréciation des juges du fond²⁰¹⁸. En d'autres termes, puisque les atteintes à la norme générale de présence sont laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond, l'action contraignante de la norme générale de présence au stade de l'application du droit par le juge paraît n'être que relative.

532. Occasions manquées de juridiciser la norme générale de présence- Au surplus, la Cour de cassation ne semble pas vouloir saisir les occasions qui lui sont offertes de clarifier la question de la valeur en droit positif d'une norme générale de présence. Ainsi, très récemment, les juges de cassation ont refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel, laquelle portait sur la conformité aux droits de la défense de l'absence de recours contre la décision motivée du président de la cour d'appel refusant la comparution personnelle de la personne détenue en matière de détention provisoire²⁰¹⁹. Pourtant, la transmission de cette question prioritaire de constitutionnalité aurait pu permettre au Conseil constitutionnel de mieux dégager les contours de cette norme dans l'ordre juridique positif, ce qui aurait été souhaitable.

B- L'action contraignante souhaitée de la norme générale de présence

533. Souhait d'un renforcement de l'action contraignante de la norme générale de présence – Face à la tendance législative donnant sa faveur aux principes de célérité et d'efficacité, le renforcement de l'action contraignante d'une norme générale de présence à travers la reconnaissance d'un principe directeur du procès juridiquement normatif permettrait pourtant de maintenir un équilibre en évitant sa disparition complète. Il s'agirait là de créer, par la reconnaissance du principe comme tel, une forme de dernière résistance à la déshumanisation à l'excès de la justice, en préservant une présence minimale au cours du procès.

534. Utilité du renforcement – Le souhait d'un tel renforcement ne restera peut-être pas lettre morte en raison de la proclamation du droit de présence qui semble être amorcée en matière pénale²⁰²⁰. Le principal intérêt d'une reconnaissance d'un principe de présence à un rang autonome de celui des normes techniques serait précisément de permettre une résistance de la norme de présence à la dématérialisation des procédures. Ainsi, il avait été observé

²⁰¹⁷ CEDH, 23 mai 2000, *Van Pelt c. France*, préc.

²⁰¹⁸ *Ibid.*, § 64.

²⁰¹⁹ Cass. crim., 12 avr. 2016, n° 16-90.003. La Cour de cassation a refusé de transmettre la question aux motifs que celle-ci n'était pas sérieuse.

²⁰²⁰ V. *supra* n° 407 et s.

précédemment que le Conseil constitutionnel ne s'était pas opposé à l'utilisation du recours à la visioconférence en matière de contentieux des étrangers, mais que cette absence d'opposition s'expliquait peut-être par le fait qu'en la matière, le consentement, même implicite, de la partie restait nécessaire. Il avait alors été avancé qu'il n'était pas certain en revanche que les dispositions en matière pénale permettant de recourir à la visioconférence sans que la partie détenue ne puisse s'y opposer – et donc en niant son droit de présence – soit véritablement conforme à la constitution²⁰²¹. Précisément, l'utilisation d'une norme générale de présence par le juge permettrait d'étendre l'exigence de motivation du recours à la visioconférence en dépit du refus de la partie concernée au regard des risques graves à l'ordre public ou à la sécurité des personnes. Il en résulterait une meilleure cohérence des dérogations au droit de présence en matière pénale puisque cela permettrait d'uniformiser le régime de ces dérogations. En effet, il est déjà exigé des juges qu'ils motivent leur décision de faire obstacle au droit de présence en ayant recours au témoignage anonyme²⁰²² ou à la visioconférence pour les audiences relatives à la détention provisoire²⁰²³. Il ne faudrait d'ailleurs pas craindre ici de tomber dans une logique absolutiste inverse puisque l'élévation du principe de présence au rang de principe directeur normatif ne serait pas un obstacle systématique à l'éviction du droit de présence dans la mesure où il serait alors confronté à d'autres principes à valeur normative, tels que la protection de l'ordre public ou le principe d'une bonne administration de la justice. Cela renforcerait simplement la légitimité de cette norme de présence à s'opposer à une utilisation exponentielle de la visioconférence en exigeant des magistrats qu'ils motivent spécialement leur choix de recourir à cette technique sans le consentement des parties en faisant fi de leur droit à être présent. Cela inviterait ainsi au développement d'une casuistique destinée à maintenir l'équilibre entre ces normes contraires. Au demeurant, il ne serait pas inutile de se référer à un tel principe supérieur en matière civile s'il venait à l'esprit du législateur de porter atteinte au droit de présence en permettant le recours à la visioconférence sans le consentement des parties. On remarquera d'ailleurs qu'une telle reconnaissance serait encore conforme à l'esprit de modération qu'est celui des principes directeurs²⁰²⁴ puisqu'il ne s'agit nullement de remettre en cause ni les procédures par représentation qui n'excluent pas le droit des parties, ni le recours à la visioconférence de façon catégorique. Il s'agirait simplement de mieux préserver l'équilibre entre le souci pragmatique d'une justice efficace et la poursuite idéaliste d'une justice humaniste.

535. Bilan de la section – In fine, l'action contraignante de la norme générale de présence est, à l'heure actuelle, assez limitée. Alors que la sanction de la norme apparaît

²⁰²¹ V. *supra* n° 479 et dans le même sens F. ROCHETEAU, « Utilisation de moyens de télécommunication au cours de la procédure », *J.-Cl. proc. pén.* 2015, Fasc. 20, n° 28.

²⁰²² V. *supra* n° 479.

²⁰²³ V. *supra* n° 483.

²⁰²⁴ G. CORNU, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes », art. préc., p. 89.

comme un indice fort de sa juridicité, cet indice n'est que très faiblement perceptible s'agissant de la norme générale de présence. Il n'est donc pas possible d'être catégorique quant à l'existence d'une norme générale de présence appartenant à l'arsenal des normes juridiques de l'ordre positif.

Conclusion du chapitre 1 :

536. Double action de la norme de présence – Cherchant à savoir s’il existe, au-delà des règles techniques particulières de présence, une norme générale de présence juridiquement sanctionnée qui permettrait de renforcer la normativité de la présence, il était nécessaire de s’interroger sur l’action de cette norme dans l’ordre juridique. Or, dans la mesure où les normes générales processuelles se regroupent sous la catégorie des principes directeurs du procès, la recherche a été orientée vers la double action que peuvent exercer ces principes dans l’ordre juridique.

537. Action directive de la norme générale de présence – En premier lieu, la norme de présence semble exercer une action directive qui lui permet, à partir des lignes directrices décelées par induction, de maintenir la cohérence du système processuel en exerçant une fonction de construction, qui influence à la fois l’interprétation des normes existantes et la création de nouvelles normes. L’appréhension de la norme de présence sous la forme d’une norme générale selon laquelle *les opérations procédurales déterminantes sur l’issue du litige se déroulent en présence des parties et des tiers intéressés*, permet en effet d’une part d’expliquer la multiplicité des situations juridiques de présence, et d’autre part d’orienter le législateur comme le juge en leur servant de jalons dans leur construction du système processuel. Dans la mesure où cette action directive est exercée par tous les principes directeurs du procès et fait d’ailleurs la spécificité de cette catégorie, cette action de la norme générale de présence semble la rapprocher de cette espèce de normes.

538. Action contraignante de la norme générale de présence – Toutefois, il est apparu que la catégorie des principes directeurs du procès était en réalité une catégorie hybride, regroupant en son sein des normes de droit positif, principes directeurs normatifs, et des normes n’appartenant pas à l’ordre juridique positif, qualifiés de principes directeurs doctrinaux. Le critère de répartition des principes directeurs dans l’une ou l’autre de ces catégories étant la juridicité de ces normes, il est apparu nécessaire de rechercher si la norme de présence était une norme sanctionnée, en d’autres termes si elle exerçait une action contraignante. Or, l’action d’une norme générale de présence en droit positif est à l’heure actuelle relativement limitée puisqu’il est difficile d’identifier une quelconque sanction de cette norme générale de présence.

539. Souhait d’une consécration explicite du principe de présence – Ainsi, au regard de l’action de la norme, les conclusions sur sa qualification en tant que principe directeur du procès doivent être nuancées. Si la norme générale de présence exerce bien une action directive qui la rapproche des principes directeurs du procès, son action contraignante quant à elle mériterait d’être renforcée. Or, ce renforcement pourrait découler précisément de

sa reconnaissance explicite par les autorités habilitées à faire émerger des normes en droit positif. Toutefois, la pertinence d'une consécration d'un principe de présence en tant que principe directeur du procès doit être légitimée au regard des éléments définitoires conceptuels de cette catégorie de normes. En effet, si l'action des principes directeurs et en particulier leur action directive fait l'unité de cette catégorie, cette action n'est en réalité pas l'apanage de cette catégorie de normes²⁰²⁵. La pertinence d'une telle qualification à l'égard de la norme de présence doit donc également être éprouvée au regard des éléments définitoires du principe directeur du procès.

²⁰²⁵ Une fonction directive est en effet également exercée par d'autres normes, appartenant au *soft law*, telles que les recommandations. Sur cette question, v. not. C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure », art. préc., spéc. p. 353.

Chapitre 2 : La qualification de la norme de présence : un principe directeur du procès en devenir

540. Confrontation de la norme de présence aux éléments définitoires des principes directeurs du procès – Au regard de l'action de la norme de présence et en particulier de son action directive, la recherche du support normatif le plus adéquat pour assurer une pénétration efficace de la norme de présence en droit positif s'est orientée naturellement vers le principe directeur du procès. Il est alors nécessaire de confronter la norme de présence aux critères définitoires du concept de principe directeur pour s'assurer de l'existence d'un véritable principe de présence. La catégorie des principes de droit processuel est cependant hétéroclite, ce qui impose d'identifier les éléments définitoires du principe et de rechercher ses éléments dans la norme de présence.

541. Éléments définitoires du principe directeur du procès – Or, s'il est *a priori* tentant de rechercher les éléments de définition du principe directeur dans un critère formel selon lequel serait principe directeur du procès toute norme désignée comme tel, ce critère doit néanmoins être rejeté ou du moins ne pas être considéré comme un critère pleinement opérant, dans la mesure où certains principes directeurs du procès peuvent exister antérieurement à leur reconnaissance formelle. En réalité, l'unité catégorielle des principes directeurs du procès découle de critères matériels qui tiennent à la substance, au contenu de la norme, bien plus que d'un critère formel. Pour cette raison, il est pertinent de rechercher en premier lieu si la norme de présence répond aux critères matériels des principes directeurs du procès. Cela étant, les critères formels d'identification des principes directeurs du procès ne doivent pas totalement être évincés de la réflexion dans la mesure où, s'ils sont sans doute moins déterminants que les critères matériels dans l'opération de qualification des principes directeurs du procès, ils permettent néanmoins de conforter la pertinence d'une telle qualification et d'asseoir la juridicité de ces normes. Toutefois, en confrontant les critères matériels et formels des principes directeurs du procès à la norme générale de présence, il apparaît que celle-ci est conforme aux critères matériels des principes directeurs, mais souffre en revanche d'une reconnaissance formelle imparfaite, qui conduit à qualifier cette norme de principe directeur du procès en devenir. Partant, seront examinées successivement la conformité de la norme de présence aux critères matériels des principes directeurs du procès (Section 1) puis la reconnaissance formelle imparfaite d'un principe de présence (Section 2).

Section 1 : La conformité de la norme de présence aux critères matériels des principes directeurs du procès

542. Fondements et caractères de la norme de présence – L'affirmation de l'existence d'un principe de présence, *a fortiori* si l'on se propose de reconnaître un principe de présence juridiquement reconnu en droit positif, ne peut être pertinente que si la norme de présence épouse ou, du moins, peut s'identifier à la catégorie des principes directeurs du procès grâce aux critères matériels définitoires de ce concept. A ce titre, il est nécessaire de s'intéresser à ce qui fait l'unité conceptuelle de cette catégorie, afin d'y confronter les caractères matériels de la norme de présence. L'entreprise n'est cependant pas chose aisée. D'abord, la doctrine peine à s'accorder sur ce qui fonde l'unité de la matière des principes de droit. De sources d'inspiration diverses²⁰²⁶, les principes de droit ont également des caractères variés²⁰²⁷. Il n'est dès lors pas possible de se livrer à une analyse systématique tant la catégorie des principes de droit est fuyante. Ensuite, le constat se prolonge de façon plus spécifique à l'égard des principes directeurs du procès. Cependant, la norme de présence est telle qu'elle semble emprunter aux caractéristiques qui sont partagées par la grande majorité des principes reconnus unanimement comme tels. Deux séries de critères matériels, qui caractérisent les principes directeurs du procès, peuvent en effet être identifiés. D'abord, une certaine unité des principes directeurs découle de leurs fondements, que l'on peut qualifier d'ontologiques parce qu'ils renvoient aux raisons d'être de ces principes. La grande majorité des principes directeurs du procès paraissent en effet posséder une dimension axiologique qui n'est pas sans rappeler le « *donné idéal* » qui préside incontestablement à la création des principes en tant qu'ils traduisent notre conception idéale du droit²⁰²⁸. Or, à cet égard, la norme générale de présence s'illustre également par sa dimension axiologique. De même, les caractères phénoménologiques de la norme de présence – c'est-à-dire ses caractères observables en droit

²⁰²⁶ V. ainsi F. GENY, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, T. 4, Sirey, 1924, n° 302, p. 147, cité par P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, LGDJ, 1999, préf. J.-L. SOURIOUX, n° 109 et s. Le doyen Gény identifie les sources d'inspiration du droit positif à travers l'identification d'un « donné », défini ainsi : « le “ donné ” consiste en un fonds de vérités morales et économiques, qui, placées en présence des faits, commandent, pour les régir, certaines directions. [...] Ce “ donné ” reste la base essentielle du droit positif, mais ne peut avoir qu'une portée restreinte. Ce “ donné ” général offre des variétés, qui en spécifient les applications : “ naturelles ”, “ historiques ”, “ rationnelles ”, “ idéales ” ». V. également G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1994 (réédition en fac-similé de l'édition de 1955), spéc. n° 141, qui affirme que les principes sont « *donnés par le droit naturel, par les forces de la tradition, par les exigences de la raison, par le souci pratique de l'ordre* », ce qui n'est pas sans rappeler les « *donnés* » identifiés par le doyen Gény. Le professeur Morvan, dans sa thèse de doctorat reprend ces quatre « *donnés* » pour les identifier comme les sources d'inspiration des principes de droit privé. V. également E. VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, Thèse (dactyl.), Université d'Aix-Marseille, 2000, n° 94, qui confère aux origines des principes directeurs du procès une dimension axiologique et une dimension utilitariste.

²⁰²⁷ V. *infra* n° 559 et s.

²⁰²⁸ En ce sens, v. G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, préc., n° 141 : « *En définitive, les principes juridiques ce sont les grandes règles qui président au maintien de l'ordre essentiel. Leur existence dépend de notre conception du droit* ».

positif – semblent la rapprocher des principes juridiques et en particulier des principes directeurs du procès. Ces principes s'illustrent en effet par leur généralité ainsi que leur flexibilité, caractères qui sont également observables à l'égard de la norme générale de présence. Cette proximité des caractères matériels – fondements ontologiques et caractères phénoménologiques – de la norme de présence avec les principes juridiques tend inévitablement à la placer sur le seuil de la catégorie des principes de droit processuel. Pour cette raison, seront envisagés successivement les fondements ontologiques de la norme de présence (§1) et les caractères phénoménologiques de la norme de présence (§2).

§1 : Les fondements ontologiques de la norme de présence

543. Dimension axiologique des principes juridiques et de la norme de présence –

A titre préliminaire, il importe de distinguer entre les finalités techniques de la présence précédemment mises en lumière²⁰²⁹ et les fondements ontologiques de la norme de présence elle-même. En adoptant une conception idéaliste du droit, il faudrait en effet admettre que le droit positif n'est pas autre chose – ou ne devrait pas être autre chose – que la réalisation concrète d'une conception particulière de la société²⁰³⁰. Les fondements ontologiques de la norme de présence sont donc antérieurs aux finalités techniques de la présence en tant que règle technique d'organisation du procès, et se trouvent au confluent de la philosophie et du droit. Or, si les principes juridiques sont les premières²⁰³¹ des règles de droit positif, ils sont celles qui traduisent cette conception de la société qui resterait dans le cas contraire à l'extérieur du droit positif. Partant, les principes juridiques sont nécessairement le réceptacle de valeurs que notre conception de la société entend placer *en première ligne* du système juridique. Plus spécifiquement, les principes directeurs du procès traduisent la conception que l'on se fait de l'idéal de la justice. Ainsi, les principes de droit processuel ont toujours une dimension axiologique en ce qu'ils traduisent un système de valeurs (A). Or la norme de présence quant à elle possède également cette dimension axiologique (B), ce qui la rapproche inévitablement de la catégorie des principes directeurs du procès.

²⁰²⁹ V. *supra* n° 160 et s.

²⁰³⁰ V. en ce sens, les explications de P. ROUBIER, *Théorie générale du droit : Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, préf. D. DEROUSSIN, Dalloz, 2005, (rééd. de l'ouvrage publié en 1951), Coll. Bibliothèque Dalloz, p. 317.

²⁰³¹ Le terme de principe vient en effet du latin « *principium* », dérivé de « *princeps* » qui signifie « le premier ». Le principe est le « commencement » : v. J. DUBOIS, A. DAUZAT, H. MITTERAND, *Dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse, 2011, Coll. Les grands dictionnaires Larousse, p. 800. V. également J.-M. TURLAN, « Principe. Jalons pour l'histoire d'un mot », in *La responsabilité à travers les âges*, (préf. J. IMBERT, ouvrage collectif), Economica, 1989, p. 115.

A- La dimension axiologique des principes de droit processuel

544. Philosophie axiologique – La philosophie axiologique est fondée sur la notion de valeur. Cette notion de valeur épouse de nombreux sens²⁰³² mais prend, dans la pensée axiologique, une connotation morale ou éthique, qui renvoie à un idéal de perfection. Ces valeurs s'intègrent alors à un système de valeurs qui traduit, appliqué au droit, une conception idéale de la société. Or cette dimension axiologique se retrouve de façon générale dans la plupart des principes juridiques (1), et appliquée au domaine particulier du droit processuel, elle peut également être identifiée au sein des principes de droit processuel (2).

1- La dimension axiologique des principes juridiques

545. Multiplicité de l'appréhension de la dimension axiologique des principes – L'idée que les grands principes juridiques sont, la plupart du temps, la traduction première en droit positif d'un système de valeurs se retrouve sous la plume d'une grande partie de la doctrine ayant étudié les principes de droit, quoi que sous des termes différents.

546. Philosophie axiologique et droit naturel – Ainsi, le doyen Ripert s'interrogeait déjà sur un droit idéal comme source des principes juridiques²⁰³³, ce droit idéal correspondant peu ou prou au droit naturel. Cette source d'inspiration des principes juridiques est encore rappelée sous la plume de Roubier, qui envisageait les principes généraux du droit comme « *la traduction d'un ordre moral* »²⁰³⁴. La recherche de ces principes généraux permet en effet selon lui « *d'assurer le redressement, dans le sens d'un idéal de justice, des abus et des défaillances qui peuvent résulter de la poussée des intérêts* »²⁰³⁵. On la retrouve encore dans les écrits du professeur Morvan sous le vocable de « *donné idéal* », défini comme le « *fruit de nos conceptions morales, du sentiment intime et intuitif de ce qui est idéalement juste, produit d'un jugement de valeur éminemment subjectif* »²⁰³⁶. Parce qu'il se nourrit de cet idéal de justice, le donné idéal se rapporte principalement au droit naturel. Notion aux significations aussi variées que les auteurs qui s'y sont intéressés en raison de son caractère éminemment

²⁰³² V. ainsi les nombreux sens proposés par le Vocabulaire juridique Cornu : ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Valeur », in *Vocabulaire juridique* (dir. G. CORNU), 11^e éd., PUF, 2016, Coll. Quadrige, p. 1062-1063. V aussi A. LALANDE, « Valeur », in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e éd., PUF, 2010, Coll. Quadrige, p. 1182; A. COMTE-SPONVILLE, « Valeur », in *Dictionnaire philosophique*, nouvelle éd., PUF, 2013, Coll. Quadrige, p. 1034.

²⁰³³ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, préc. n° 132.

²⁰³⁴ P. ROUBIER, « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 9 et s., spéc. p. 23.

²⁰³⁵ P. ROUBIER, « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », art. préc., p. 24.

²⁰³⁶ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 113.

subjectif²⁰³⁷, le droit naturel trouve cependant une unité au travers de quatre caractéristiques qui persistent malgré les divergences doctrinales relatives à son contenu : il est ainsi invariable, supérieur aux volontés humaines, relevant d'une évidence rationnelle et moral²⁰³⁸.

547. Philosophie axiologique et système de valeurs – Le « *donné idéal* » ne se nourrit cependant pas simplement du droit naturel mais peut également puiser ses racines dans l'équité, la morale ou l'ordre public. Or, puiser la source des principes dans le droit naturel, comme d'ailleurs dans la morale ou l'équité traduit l'attachement à un système de valeurs subjectives, qui sont le reflet d'une conception idéale de ce que doit être la société. Cet attachement à un système de valeurs se traduit ainsi à titre particulier dans les principes de droit processuel.

2- La dimension axiologique des principes de droit processuel

548. Dimension axiologique des origines des principes directeurs du procès – Appliquée au domaine de la procédure, cet idéal de perfection se confond avec l'idéal de Justice²⁰³⁹. Plusieurs textes reprennent d'ailleurs ce lien entre les valeurs et la Justice, spécialement dans les instruments internationaux de protection des droits de l'Homme. Ainsi, le préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose que « *consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité ; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit. Elle place la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de*

²⁰³⁷ Pour une énumération des différents sens embrassés par le droit naturel, v. A. DUFOUR, « Droit naturel / droit positif », *Arch. phil. dr.* 1990, t. 35, pp. 59-79. L'auteur y relève en effet que la notion de droit naturel est tributaire des différentes acceptions du mot *droit* et du mot *nature* : « *Selon que la notion de droit sera entendue au sens idéal de ce qui est juste, au sens subjectif de faculté, de pouvoir individuel, au sens objectif de loi ou au sens traditionnel d'ordre établi, la notion de droit naturel s'identifiera soit à l'ordre idéal au sens formel, soit à la catégorie des droits fondamentaux, soit à celle de législation universelle, soit enfin à la notion de légitimité* ». Et d'ajouter à l'issue des différents sens du mot *nature*, « *de la quinzaine d'acceptions différentes de la notion de droit naturel, on peut donc tirer toute une typologie des diverses doctrines du droit naturel* ». V. également F. TERRE, R. SEVE, « Droit », in *Vocabulaire fondamental du droit*, préc., pp. 43-57, spéc. p. 47, pour qui « *l'on peut distinguer quatre sens de la notion de droit naturel* » : dans l'acception antique, le droit naturel est le droit objectivement respecté par tous les peuples [...]. Dans l'Ecole moderne du droit naturel, celui-ci est un système de lois déterminées par la raison, obligatoires indépendamment de toute volonté humaine [...]. [Pour l'Ecole du droit historique, il correspond] à la nature propre d'un peuple, telle qu'elle s'est développée dans son histoire et réside dans la conscience populaire [...]. ». Au XX^{ème} siècle un retour est opéré à une « *idée de droit naturel universel considéré comme un ensemble de contenus minimaux ou de finalités permanentes* ». Pour une énumération des principales doctrines s'y étant intéressées, v. P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 114.

²⁰³⁸ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 115.

²⁰³⁹ Sur cette question, v. G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, préf. L. CADIET, LGDJ, 2004, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, n° 238 et s.

sécurité et de justice »²⁰⁴⁰. De même la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 et le Pacte international des droits civils et politiques placent l'idéal de Justice à leur tête en affirmant que « *la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* »²⁰⁴¹. Il s'agit là d'une Justice telle que décrite par John Rawls dans sa *Théorie de la Justice*, fondée sur des « principes de Justice » découverts par le recours à un « voile d'ignorance » qui permet à chacun de participer à la recherche de ces principes en s'émancipant de sa propre condition dans la société²⁰⁴². Néanmoins, et une fois ces principes de Justice déterminés, cette Justice ne peut être rendue qu'à l'issue de procédures organisées, puisque « *la justice [...] dépend de la qualité et de la rectitude des procédures* »²⁰⁴³. Les principes directeurs du procès doivent donc permettre, dans une dimension axiologique, de promouvoir cette qualité des procédures qui permet d'atteindre le Juste et la Justice.

549. Identification des valeurs de droit processuel – Dans cette optique, plusieurs valeurs qui sous-tendent les principes directeurs du procès peuvent être identifiées. Parmi elles se trouvent l'impartialité et l'indépendance des juridictions, la loyauté, l'équité²⁰⁴⁴, la sérénité de la justice, la proximité de la justice, voire la clémence²⁰⁴⁵. La question de la place de la vérité²⁰⁴⁶ parmi ces valeurs est en revanche débattue. En effet, un auteur, soulignant d'abord que la vérité relève de l'ordre des valeurs de la connaissance la rétrograde ensuite au

²⁰⁴⁰ Préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, § 2.

²⁰⁴¹ Préambule de Déclaration universelle des Droits de l'Homme, § 1 ; Préambule du Pacte international des droits civils et politiques, § 1.

²⁰⁴² C. AUDARD, « Justice », in *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale* (dir. M. CANTO-SPERBER), 4^e éd., PUF, 2004, p. 1001 et s., spéc. p. 1006.

²⁰⁴³ R. LAMBERT, « Vérité et justice », in *L'amour des lois : la crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques* (dir. J. BOULAD-AYOUB, B. MELKEVIK, P. ROBERT), L'Harmatan, 1996, p. 441-449, spéc. p. 448.

²⁰⁴⁴ Il est en effet fréquent, à ce titre que soit fait le lien entre droit naturel et procès équitable, par le prisme des droits de la défense. En effet, le lien entre droits de la défense et droit naturel n'est plus à démontrer aujourd'hui puisque cette démarche a déjà été entreprise par la doctrine classique représentée en première ligne par les auteurs de droit pénal que sont Ortolan et Garraud, et qui, comme le souligne un auteur, établissent un lien implicite et indirect (par le biais du principe du contradictoire) entre les droits de la défense et le droit naturel (Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préf. J.-C. SAINT-PAU, Dalloz, 2013, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 44 et s.). La démonstration a ensuite été reprise par la doctrine moderne : v. ainsi H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, t. 2, Droit privé- Propriété industrielle, littéraire et artistique*, Dalloz-Sirey, 1961, p. 175, qui considère, contrairement à la doctrine classique, que les droits de la défense découlent directement du droit naturel, sans considérer le principe du contradictoire comme un intermédiaire du droit naturel. Elle trouve écho, enfin, dans les doctrines les plus contemporaines : v. P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 130 et s. ; Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préc., n° 43 et s.

²⁰⁴⁵ Toutes ces valeurs ont été mises en avant par E. VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, préc., n° 99 et s.

²⁰⁴⁶ Sur les différentes acceptions du terme de vérité, v. *supra* n° 179 et s.

rang d'utilité²⁰⁴⁷ en précisant que « celle-ci ne possède aucune connotation éthique »²⁰⁴⁸. Cependant, il semble que l'opinion contraire peut être soutenue. En effet, la vérité et la justice sont extrêmement liées à tel point qu'on a pu dire à leur propos qu'elles « forment un binôme dont les termes se confondent parfois, [...] la vérité étant, dans la procédure, la condition de la justice »²⁰⁴⁹. Vérité et justice sont d'ailleurs liées à double titre. Elles le sont d'abord sur un plan formel : une fois le jugement rendu, vérité et justice se confondent puisque la justice rendue devient vérité judiciaire²⁰⁵⁰. Ensuite et surtout, elles le sont au plan matériel tant une justice rendue en conformité avec la vérité scientifique²⁰⁵¹ sera nécessairement perçue comme plus *juste* qu'une justice rendue en contradiction avec elle. En effet, dire ce qui est juste revient à rendre à chacun le sien, et donc à rendre une décision conforme à la réalité des faits. Sous cet angle, il ne paraît pas contestable que la vérité a une dimension axiologique, et ce d'autant plus qu'elle fait partie de « l'éthique du juge pénal »²⁰⁵², ce qui montre bien sa dimension moraliste, éthique. Il faut donc ériger la vérité au rang des valeurs susceptibles d'être à l'origine des principes directeurs du procès.

550. Principes et valeurs de droit processuel – Les principes de droit processuel vont ainsi s'inspirer de façon plus ou moins directe de ces valeurs, tantôt en incarnant directement les valeurs, tantôt en les intégrant de façon médiate²⁰⁵³. A titre d'exemple, le principe d'impartialité incarne directement la valeur d'impartialité qu'il entend introduire dans le droit positif, tandis que le principe de la séparation des fonctions en procédure pénale n'intégrerait la valeur d'impartialité que de façon médiate²⁰⁵⁴. L'observation des principes directeurs du procès permet alors de remarquer que nombre d'entre eux s'inspirent de ces finalités éthiques, de façon plus ou moins apparente. L'inspiration axiologique des principes directeurs apparaît en effet de façon très claire en procédure pénale, un auteur faisant référence à leur égard à des principes qui « ont pour ambition première d'intégrer dans notre droit positif des objectifs

²⁰⁴⁷ Sur la théorie utilitariste, v. *infra* n° 553.

²⁰⁴⁸ E. VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, préc., n° 96.

²⁰⁴⁹ A. WALD, « Rapport général », in *La vérité et le droit : Journées canadiennes* [organisées par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, à Montréal les 18-19 mai, et à Québec les 21-22 mai 1987], Economica, 1989, p. 529 et s., spéc. p. 531.

²⁰⁵⁰ V. *supra* n° 180.

²⁰⁵¹ Ou du moins, s'en rapprochant le plus possible, dans la mesure où la vérité objective ne peut jamais être découverte : v. *supra* n° 181.

²⁰⁵² M. DELMAS-MARTY, « La preuve pénale », *Droits* 1996, p. 53.

²⁰⁵³ E. VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, préc., n° 99 et s. Sur la base de ce critère, l'auteur distingue les « principes-valeur » des « principes techniques ». Cette dénomination est cependant source de confusion puisqu'elle crée une incertitude autour de la notion de principe technique, l'expression étant déjà employée par Motulsky, qui distingue les principes généraux « techniques » des principes généraux « philosophiques », les premiers relevant du droit positif quand les seconds relèvent du droit naturel : v. H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz-Sirey, 1961, t. 2, p. 175, spéc. n° 4.

²⁰⁵⁴ E. VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, préc., n° 99 et s.

philosophico-politiques »²⁰⁵⁵. Au contraire, elle est moins évidente s'agissant des principes directeurs du procès civil et du procès administratif qui, à première vue, seraient plus techniques que politiques²⁰⁵⁶. Néanmoins, le propos doit être nuancé²⁰⁵⁷ puisque cette dimension n'est pas absente des principes directeurs du procès civil comme du procès administratif – comme en témoigne l'existence d'un principe d'impartialité dans ces deux contentieux.

551. Valeurs fondamentales et principes fondamentaux de procédure – Cette identification des valeurs véhiculées par les différents principes de procédure permet d'ailleurs de justifier que certains d'entre eux soient considérés comme des principes fondamentaux de procédure. Classiquement, la hiérarchisation des règles juridiques renvoie à une hiérarchie des sources, plaçant les règles les unes par rapport aux autres en fonction de leur autorité formelle résultant de la source juridique de laquelle elles procèdent. Pourtant, l'ordre juridique processuel peut être décrit comme un « *schéma des normes plutôt que des sources* »²⁰⁵⁸, invitant alors à rechercher la supériorité de la norme non dans sa source mais dans sa valeur intrinsèque. Dans cette perspective finaliste, la fundamentalité de ces principes directeurs se trouve alors dans la procédure elle-même, dans les règles de procédure²⁰⁵⁹. En effet, cette fundamentalité substantielle résulte de ce qu'ils expriment des valeurs elles-mêmes fondamentales²⁰⁶⁰. En réalité, ces valeurs fondamentales véhiculées par les principes fondamentaux de procédure ne sont autres que des droits fondamentaux. Un auteur relevait à ce titre qu'il n'y aurait pas lieu de distinguer entre les principes fondamentaux et les droits fondamentaux, en particulier parce que l'expression est employée indifféremment par les

²⁰⁵⁵ H. HENRION, « L'article préliminaire du Code de procédure pénale : vers une « théorie législative » du procès pénal ? », *Arch. pol. crim.* 2001, p. 13.

²⁰⁵⁶ L. CADIET, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », art. préc., n° 18 à 20 et n° 23.

²⁰⁵⁷ V. L. CADIET, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », art. préc., n° 24 et s.

²⁰⁵⁸ G. ROUHETTE, « L'ordre juridique processuel – Réflexions sur le droit du procès », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 687, spéc. n° 4 et n°s 10 à 15. V. également L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », *BICC* 2006, spéc. n° 18.

²⁰⁵⁹ Cette perspective finaliste s'oppose ainsi à une perspective normativiste selon laquelle la fundamentalité trouve sa source dans la valeur des sources juridiques et en particulier dans le bloc de constitutionnalité. V. B. BEIGNIER, « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs – Les principes généraux du droit et la procédure civile », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle : Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 153 et s. ; spéc. p. 153-154. Et plus généralement, sur les différents sens de la notion de fundamentalité, v. D. ROUSSEAU, « Droits fondamentaux », in *Dictionnaire de la Justice* (dir. L. CADIET), PUF, 2004, p. 372 ; E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, p. 6. Il semble cependant que la fundamentalité matérielle des principes de procédure est antérieure à leur fundamentalité formelle, dans la mesure où ils sont matériellement fondamentaux avant d'être formellement reconnus par une norme de source supérieure.

²⁰⁶⁰ L. CADIET, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », art. préc., n° 34.

juridictions et la doctrine²⁰⁶¹. Il semble cependant qu'il y a entre principe fondamental et droit fondamental une différence qui s'exprime dans un rapport de moyen par rapport aux fins. Le principe fondamental serait la norme au moyen de laquelle il est possible d'assurer la protection du droit fondamental. En d'autres termes, la protection du droit fondamental est la finalité du principe fondamental. Partant, la fondamentalité matérielle du principe tient à sa finalité de protection d'un droit fondamental.

552. Illustrations – Ce rapport de moyen à fin s'illustre particulièrement au regard des principes directeurs du procès. Lorsque l'on envisage les principes fondamentaux du procès, il apparaît alors que tous ont pour finalité de protéger un droit processuel fondamental. Ainsi, les deux premiers principes fondamentaux que sont le contradictoire et les droits de la défense et que certains qualifient même de « *super-principes* »²⁰⁶², ont bien pour finalité de protéger des droits fondamentaux. Le principe du contradictoire a pour finalité de protéger le droit fondamental à la contradiction²⁰⁶³, le « *principe de défense* »²⁰⁶⁴ vise à protéger les droits de la défense consacrés expressément comme des droits fondamentaux²⁰⁶⁵. Le même constat s'impose à l'égard d'autres principes de procédure jugés fondamentaux. Ainsi, le « *principe d'impartialité* », désigné comme un principe fondamental de procédure²⁰⁶⁶ vise à protéger le droit à un tribunal indépendant et impartial, lui-même reconnu comme droit fondamental²⁰⁶⁷. Au demeurant, il n'est pas anodin que lorsque la doctrine s'emploie à démontrer à la fondamentalité d'un principe de procédure, la démonstration semble passer inévitablement par l'idée d'une protection d'un droit fondamental comme finalité dudit principe. Ainsi, un auteur a déduit le caractère fondamental du principe de célérité de la procédure²⁰⁶⁸ de ce qu'il

²⁰⁶¹ Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préf. J.-C. SAINT-PAU, Dalloz, 2013, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 96. On constate en effet que certains droits processuels sont envisagés comme faisant partie des « principes fondamentaux de procédure ». V. par ex. E. JEULAND, *Droit processuel général*, préc., n° 162 et s., à propos de l'étude du droit au juge au sein d'un titre consacré aux principes fondamentaux du droit processuel.

²⁰⁶² H. SAK, « Plaidoyer pour la promotion de l'ensemble des principes directeurs de l'instance au rang de principes généraux du droit », *LPA* 18 avr. 2000, n° 77, p. 4.

²⁰⁶³ V. L. ASCENSI, *Du principe de la contradiction*, préf. L. CADIET, LGDJ, 2006, Coll. Bibliothèque de droit privé, n° 220 et s. ; v. également L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, réf. B. BEIGNIER, LGDJ, 2008, Coll. Bibliothèque de droit privé, n° 23 et s. : l'auteur y démontre la fondamentalité du principe du contradictoire en observant qu'il permet de garantir les droits de la défense, eux-mêmes droits fondamentaux.

²⁰⁶⁴ Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préc., n° 842.

²⁰⁶⁵ V. par ex. pour une consécration par le Conseil constitutionnel : Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, cons. 84 : « *les droits de la défense sont un droit fondamental à caractère constitutionnel* » ; pour une consécration par la Cour de cassation : Cass. ass. pl., 30 juin 1995, n° 94-20.302 : *JCP* 1995 II 22748, note A. PERDRIAU : « *La défense est un droit fondamental à caractère constitutionnel* ».

²⁰⁶⁶ E. JEULAND, *Droit processuel général*, préc., n° 191 ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS *et alii*, *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, 8^e éd., Dalloz, 2015, Coll. Précis, n° 363.

²⁰⁶⁷ Prévu comme tel par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

²⁰⁶⁸ Il nous semble cependant que ce caractère fondamental du principe de célérité puisse être contesté dans la mesure où la juridicité même de ce principe pourrait être remise en cause : v. *supra* n° 524.

existerait un droit fondamental à la célérité²⁰⁶⁹. Un autre encore a voulu faire du principe dispositif un principe fondamental en démontrant qu'il se cache derrière ce principe un véritable droit fondamental²⁰⁷⁰.

553. Dimension utilitariste de certains principes de droit processuel – Quoi qu'il en soit et quel que soit le type de contentieux, les principes directeurs peuvent donc avoir une dimension axiologique, même de façon médiate. L'évidence plus ou moins grande avec laquelle cette dimension apparaît ne témoigne en réalité que de l'existence d'une autre dimension des principes directeurs du procès. Il est vrai en effet que certains principes de droit processuel empruntent *a priori* moins à la philosophie axiologique qu'à la philosophie utilitariste qui s'y oppose²⁰⁷¹, menée par Stuart Mills et Jeremy Bentham. Cette philosophie se fonde sur un « principe d'utilité » qui consiste à rechercher la maximisation du bien-être du plus grand nombre²⁰⁷². Transposé au droit processuel, l'utilitarisme conduit à envisager les règles de procédure comme des règles utiles, et traduit plus précisément l'idée d'une recherche de l'efficacité de la justice. Plusieurs utilités peuvent alors accéder au rang de sources d'inspiration des principes directeurs : il en va ainsi de la célérité de la procédure, de sa simplicité, de sa souplesse, de sa cohérence ou encore de la coopération entre les acteurs du procès²⁰⁷³. En définitive il semble que toutes ces utilités se rejoignent dans une finalité commune : celle d'efficacité de la procédure et partant de bonne administration de la justice. La recherche d'efficacité de la procédure apparaît en effet nettement à la lecture de certains principes à la fonction technique, qui permettent d'organiser le procès²⁰⁷⁴. Il en va ainsi par exemple du principe dispositif, du principe de direction, ou encore des nouveaux « principes » de coopération et de cohérence²⁰⁷⁵ qui contribuent sans doute à l'efficacité de la justice en

²⁰⁶⁹ D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, LGDJ, 2006, préf. G. GIUDICELLI-DELAGE, Coll. Bibliothèque de droit privé, n° 337.

²⁰⁷⁰ F. BRUS, *Le principe dispositif et le procès civil*, dir. J.-J. LEMOULAND, Thèse UPPA, 2014. Dans le même sens, v. déjà J. NORMAND, *Le juge et le litige*, LGDJ, 1965, Coll. Bibliothèque de droit privé, n° 39 : l'auteur y écrit que le principe dispositif répond à un « impératif politique et non plus technique ».

²⁰⁷¹ John Rawls écrivait en effet dans sa *Théorie de la Justice* : « mon but est d'élaborer une théorie de la justice qui représente une solution de rechange à la pensée utilitariste en général », J. RAWLS, *Théorie de la Justice*, nouvelle édition, Points, 2009, p. 49.

²⁰⁷² V. A. LALANDE, « Utilitarisme », in *Dictionnaire technique et critique de la philosophie*, préc., p. 1175 ; A. COMTE-SPONVILLE, « Utilitarisme », in *Dictionnaire philosophique*, préc., p. 1029.

²⁰⁷³ V. E. VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, préc., n° 105 et s. L'auteur y inclut toutefois la recherche de la vérité, ce que nous avons réfuté : v. *supra* n° 549.

²⁰⁷⁴ Un auteur emploie d'ailleurs l'expression de fonction « technique ou organisationnelle » des principes directeurs à propos des principes directeurs du procès civil qui visent à répartir les rôles entre le juge et les parties : L. CADIET, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès ? », art. préc., n° 21. L'expression « principe d'organisation » est reprise par J. NORMAND, « Principes directeurs du procès », art. préc., p. 1039.

²⁰⁷⁵ Ces deux principes sont en effet visés depuis peu au rang des nouveaux principes directeurs émergents du procès. Plus spécifiquement, sur le principe de coopération qui invite à un équilibre des rôles entre juge et parties, v. notamment L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., LexisNexis, 2013, Coll. Manuels, n° 524 et s. ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, préc., n° 235 ; L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI,

évitant un ordonnancement du procès source de désorganisation. Le mouvement de rationalisation des procédures²⁰⁷⁶ s'inscrit d'ailleurs dans le cadre de cette recherche d'une plus grande efficacité du droit processuel.

554. Absence de contradiction absolue entre dimension axiologique et dimension utilitariste – Cependant, il ne faudrait pas exagérer l'opposition qui existerait entre les principes utilitaristes et les principes axiologiques de droit processuel²⁰⁷⁷. Certes, l'efficacité ne peut être considérée comme une valeur, et si elle est source d'inspiration de certains principes de droit processuel, c'est avant tout parce qu'elle prend en compte un certain réalisme qui impose d'intégrer les données des moyens alloués à la Justice au raisonnement²⁰⁷⁸, s'écartant ainsi de l'unique guide que serait l'impératif éthique. Il ne faut cependant pas occulter que l'efficacité n'est pas un impératif absolu, il ne s'agit que d'une efficacité relative qui doit être recherchée dans le respect des principes du droit au procès équitable²⁰⁷⁹, lesquels ont une dimension axiologique affirmée. A l'inverse, la recherche de l'efficacité impose de rechercher comment l'impératif d'équité dans le procès peut être mis en œuvre tout en rationalisant la procédure afin d'optimiser les ressources allouées à la justice²⁰⁸⁰. En d'autres termes, les principes de droit processuel d'inspiration utilitariste doivent être mis en œuvre à la lumière des principes de droit processuel d'inspiration axiologique et inversement. En outre, la recherche de l'efficacité de la procédure devient elle-même dans une certaine mesure une condition nécessaire de réalisation de l'impératif éthique du procès équitable. Par exemple, la recherche de l'efficacité du procès a, entre autres objectifs, celui de garantir le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, et ainsi le principe de célérité comporte à la fois une dimension utilitariste générale – optimiser les ressources allouées à la justice dans l'intérêt de la société – et une dimension axiologique individuelle – garantir le droit du justiciable d'être jugé dans un délai raisonnable²⁰⁸¹. D'autres principes directeurs du procès possèdent d'ailleurs cette double dimension axiologique et utilitariste. Ainsi, alors que le

Théorie générale du procès, 2^e éd., PUF, 2013, spéc. n° 222 ; O. LAGRANGE, *La collaboration en droit processuel*, Thèse nantes, 2007. Sur le principe de cohérence, v. en particulier L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc. n° 178 ; L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », art. préc., spéc. n° 21.

²⁰⁷⁶ Sur ce mouvement, v. notamment le Rapport COULON, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, La documentation française, 1997 ; Rapport MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice-la gestion du temps dans le procès*, La documentation française, 2004 ; Rapport MAGENDIE II, *Célérité et qualité de la justice devant les Cours d'appel*, La documentation française, 2008. Pour des développements sur le principe de célérité et son opposition à l'organisation de la présence, v. *supra* n° 473.

²⁰⁷⁷ Rappr. L. CADIET, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs », art. préc., n° 24 et s.

²⁰⁷⁸ Sur l'analyse économique du procès, v. *supra* n° 230 et s.

²⁰⁷⁹ L. CADIET, « Efficience versus équité ? », in *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruylant, 2004, p. 25, spéc. n° 9, p. 40.

²⁰⁸⁰ L. CADIET, « Efficience versus équité ? », art. préc., spéc. n° 10

²⁰⁸¹ Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable est ainsi inscrit dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme relatif au procès équitable.

principe dispositif peut être présenté comme un principe technique à dimension utilitariste, il n'est pas impossible d'y voir également un prolongement du principe de liberté et partant de lui conférer également une dimension axiologique²⁰⁸². De même, les nouveaux « principes » de cohérence et de coopération peuvent-ils être également rattachés à la loyauté²⁰⁸³, laquelle figure parmi les valeurs identifiées du droit processuel, ce qui leur confère également une dimension axiologique. Partant, et dans la mesure où en dernière analyse, les principes utilitaristes sont au service de l'efficacité du procès, elle-même condition de réalisation de l'impératif d'équité du procès, la majorité des principes de procédure ont, de façon plus ou moins directe, une dimension axiologique. Or, l'on retrouve dans la norme de présence cette dimension axiologique.

B- La dimension axiologique de la norme de présence

555. Dimension axiologique de la norme de présence au regard de ses finalités –

En s'appuyant sur l'étude des finalités de la présence en droit processuel²⁰⁸⁴, il est possible de découvrir la dimension axiologique de la norme de présence. En effet, sans incarner directement une valeur autonome – la présence n'ayant pas, en elle-même, une connotation morale –, la norme de présence s'inspire indirectement des valeurs qui président à l'élaboration des principes directeurs du procès, présentant ainsi une forte dimension axiologique. Plusieurs de ces valeurs sous-tendent d'ailleurs la norme de présence.

556. Norme de présence et proximité de la justice – Il en va ainsi, sans doute, de la proximité de la justice, qui est une « *valeur qui tend à se développer* »²⁰⁸⁵. Le lien entre principe de présence et proximité de la justice est relativement fort. Il apparaît d'abord au regard de la fonction conciliatrice de la présence²⁰⁸⁶ si l'on admet que la conciliation vise à rapprocher les thèses en présence et les adversaires au litige en restaurant le dialogue et ainsi implique le juge ou le tiers dans cette démarche de restauration du lien social. Mais, sans qu'il soit question de conciliation, c'est la notion même de présence qui permet de déceler l'empreinte de la valeur de proximité dans cette norme dans la mesure où la présence est une forme de participation au procès, qui crée une proximité immédiate sur le plan temporel comme spatial à l'exclusion de tout intermédiaire technique ou humain²⁰⁸⁷. A travers la

²⁰⁸² En ce sens, v. R. MARTIN, « Principes directeurs du procès », *Rép. D. proc. civ.*, 2000, n° 15 et s. ; F. BRUS, *Le principe dispositif et le procès civil*, dir. J.-J. LEMOULAND, Thèse UPPA, 2014, spéc. n° 8 et s. et n° 581 et s.

²⁰⁸³ En ce sens, qui rapproche de la loyauté un « devoir de cohérence », v. L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », art. préc., spéc. n° 23.

²⁰⁸⁴ V. *supra* n° 160 et s.

²⁰⁸⁵ E. VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, préc., n° 103, spéc. p. 118.

²⁰⁸⁶ V. *supra* n° 163 et s.

²⁰⁸⁷ V. *supra* n° 67 et s. Il s'agit d'ailleurs là du sens premier du principe d'*inmediacion* connu du droit espagnol.

question de la proximité de la justice, c'est donc la question de son humanisation qui est posée, et que la présence permet de préserver²⁰⁸⁸.

557. Norme de présence et équité – La norme de présence est également imprégnée de la valeur d'équité, notamment lorsque la finalité protectrice de la présence est prise en considération²⁰⁸⁹. Il a en effet été démontré que l'organisation de la présence permettait de renforcer la mise en œuvre de garanties procédurales du droit au procès équitable parmi lesquelles notamment le principe du contradictoire²⁰⁹⁰, garantie considérée comme un pilier des droits de la défense, lesquels sont au cœur de l'équité du procès. Ainsi, si la nature exacte des relations entre le contradictoire et les droits de la défense a fait l'objet de nombreux débats – les auteurs ne parvenant pas à départager entre l'hypothèse de l'équivalence²⁰⁹¹ des deux notions et la relation d'ensemble à sous-ensemble²⁰⁹² –, l'existence même du lien n'a quant à elle jamais été remise en cause et a toujours été mise en avant par la jurisprudence²⁰⁹³. Il en va de même lorsque la présence est observée à travers sa fonction de contrôle des

²⁰⁸⁸ V. ainsi les inquiétudes quant à la déshumanisation de la justice due au recul de la présence : J. SIMON-DELCROS, « Visioconférence : moderniser sans déshumaniser », *Gaz. Pal.* 11 mai 2010, n°131, p. 8 ; S. SONTAG-KOENIG, *Technologies de l'information et de la communication et défense pénale*, thèse précitée, n° 800 et s.

²⁰⁸⁹ V. *supra* n° 194 et s.

²⁰⁹⁰ V. *supra* n° 196 et s.

²⁰⁹¹ V. par ex. P. NICOLOPOULOS, « La procédure devant les juridictions répressives et le principe du contradictoire », *RSC* 1989, p. 1 et s.

²⁰⁹² Des débats portant encore sur le point de savoir si les droits de la défense sont une application du principe du contradictoire, ou si au contraire le contradictoire est une garantie particulière des droits de la défense. Pour des exemples de la première opinion, v. H. VIZIOZ, *Etudes de procédure*, Bière, 1956, p. 447 et plus récemment E. BLANC, « Principes généraux de la nouvelle procédure civile (Etude analytique des « dispositions liminaires » du décret du 9 septembre 1971) », *JCP G* 1973, II. 2559. Pour des exemples de la seconde opinion, v. B. BOCCARA, « La procédure dans le désordre. I. Le désert du contradictoire », *JCP G* 1981, I. 3004, n° 20 ; L. CADIEU, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., n° 174 ; H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle. Le respect des droits de la défense en procédure civile », art. préc., n° 12 ; J.-P. CHAUDET, *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse*, Thèse, Rennes, 1966, p. 37 ; J. NORMAND, « Le rapprochement des procédures civiles à l'intérieur de l'Union européenne et le respect des droits de la défense », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? : Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1995, p. 337 et s., spéc. p. 342 : « Le concept de droit de la défense est extrêmement riche. Il recouvre un assez large éventail de prérogatives que le droit judiciaire reconnaît à tout justiciable [auquel se rattache] le principe de la contradiction » ; G. WIEDERKEHR, « Droits de la défense et procédure civile », *D.* 1978, p. 36 : « Les droits de la défense ne consistent pas seulement dans le respect du principe du contradictoire » ; X. PIN, « L'évolution des droits de la défense depuis le Code d'instruction criminelle », in *200 Jahre Code d'instruction criminelle. Le bicentenaire du Code de l'instruction criminelle* (dir. J. LEBLOIS-HAPPE, C. WITZ), Nomos, 2010, coll. Saarbrücker Studien zum Internationalen Recht, p. 157 et s. ; Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préc., spéc. n° 234 et s. Pour une présentation complète des opinions doctrinales, v. M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse (dactyl.), Paris II, 1988, n° 8 et s.

²⁰⁹³ Et ce qu'il s'agisse de la jurisprudence judiciaire, administrative ou consitutionnelle : v. *ex multis* Cass. civ. 2^e, 8 déc. 1976 : *D.* 1977, p. 543, note A. BENABENT ; *RTD Civ.* 1978, p. 184, obs. J. NORMAND ; CE, 6 mars 1959, *Syndicat des grandes pharmacies de la région de Paris*, *Rec.* 165 : « les droits de la défense se trouvent garantis par le caractère contradictoire donné à la procédure d'instruction préalable » ; Cons. const., 29 déc. 1989, n° 89-268 DC, spéc. cons. 58 : *Rec.* p. 110 ; *RFDA* 1990, p. 143, note B. GENEVOIS ; *RFDC* 1990, p. 122, note L. PHILIP.

garanties institutionnelles²⁰⁹⁴. Que l'on entende rattacher le principe d'impartialité aux droits de la défense²⁰⁹⁵ ou non²⁰⁹⁶, la protection de ce principe par la norme de présence permet également de faire le lien entre l'impératif d'équité et cette norme, tant le lien entre impartialité et procès équitable est indéniable. Il suffit pour s'en convaincre d'observer que cette garantie est directement issue de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales²⁰⁹⁷, et qu'elle figure parmi les premières garanties abordées dans les études consacrées au procès équitable²⁰⁹⁸. Il existe donc, par le prisme de la finalité protectrice au regard des règles du procès équitable, un véritable lien entre la norme de présence et l'équité procédurale, qui participe à conférer à cette norme une dimension axiologique.

558. Norme de présence et éthique du juste – La vérité est encore une des valeurs qui innervent la norme de présence comme en témoigne la fonction heuristique de la présence²⁰⁹⁹. Si la vérité ne se confond pas totalement avec le juste²¹⁰⁰, la justice en tant qu'institution ne saurait cependant dire le *juste* comme *ce qui doit être* si elle n'a pas une connaissance précise de *ce qui est*.

La norme de présence a donc incontestablement une dimension axiologique rapprochant ainsi les fondements ontologiques de cette norme de ceux des autres principes de droit processuel. Ce constat ne saurait cependant suffire à identifier un principe juridique dans la norme de présence. Le principe juridique et par conséquent le principe de droit processuel est en effet une norme de droit positif, qui a donc une existence positive dont les caractères sont observables. Au-delà de l'essence des principes juridiques à travers leurs fondements

²⁰⁹⁴ V. *supra* n° 215 et s.

²⁰⁹⁵ V. par ex. : T. GARE, « Les droits de la défense en procédure pénale », in *Libertés et droits fondamentaux*, 10^e éd., Dalloz, 2004 ; H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle. Le respect des droits de la défense en procédure civile », art. préc., n° 21.

²⁰⁹⁶ Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préc., n° 301. Il semble d'ailleurs qu'il faille se rallier à la thèse de cet auteur qui se refuse à analyser l'exigence d'impartialité du juge comme une garantie des droits de la défense dans la mesure où la méconnaissance par le juge de son obligation de neutralité n'entraîne pas une éviction de la possibilité pour les parties de se défendre mais simplement une perte d'efficacité (ou d'utilité) de cette défense.

²⁰⁹⁷ Art. 6§1 CEDH : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable **par un tribunal indépendant et impartial** établi par la loi [...] ».

²⁰⁹⁸ V. par ex. : S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS *et alii*, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, préc., n° 228, qui considèrent le droit à un tribunal indépendant et impartial comme faisant partie intégrante du premier volet du triptyque des garanties du procès équitable ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, 2^e éd., Montchrestien, 2012, Coll. Domat Droit privé, n° 198 et s., qui étudie, au titre des principes fondamentaux du droit processuel relevant du procès équitable, l'indépendance et l'impartialité du tribunal ; F. KUTY, *Justice pénale et procès équitable*, Vol. 1, *Notions générales- Garanties d'une bonne administration de la justice*, préf. J. DU JARDIN, Larcier, 2006, n° 376 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, 1^e éd., PUF, 2012, Coll. Droit fondamental. Classiques, n° 266.

²⁰⁹⁹ V. *supra* n° 179 et s.

²¹⁰⁰ Sur les rapports entre le juste et le vrai, v. *supra* n° 162.

ontologiques, il faut donc observer leurs caractères phénoménologiques, c'est-à-dire leurs caractères directement observables en droit positif, ce qui conduira à affirmer que là encore la norme de présence peut prétendre entrer dans cette catégorie au regard de ses caractères.

§2 : Les caractères phénoménologiques de la norme de présence

559. Détermination des caractères phénoménologiques des principes de droit processuel – L'entreprise de détermination des caractères phénoménologiques de la catégorie des principes de droit processuel est relativement récente et encore incomplète. Récente d'abord, car les premières études consacrées à ces principes correspondent surtout à des réflexions menées successivement sur chacun des principes directeurs connus²¹⁰¹, sans s'interroger véritablement sur la nature commune de ces normes et sur l'existence d'une catégorie unitaire les englobant. Incomplète ensuite, car les quelques rares travaux de systématisation sont encore limités dans leur domaine dans la mesure où ils ne traitent pas l'ensemble des contentieux²¹⁰². Alors qu'un auteur semble justifier ce point de vue par le fait qu' « un principe directeur [...] ne peut être considéré que comme un principe essentiel et caractéristique de telle ou telle procédure »²¹⁰³, d'autres au contraire appellent à l'élaboration d'une théorie générale des principes directeurs du procès²¹⁰⁴. Sans avoir la prétention d'élaborer ici cette théorie, il faut cependant tenter d'en dégager plusieurs caractères afin de vérifier l'emprunt de ces caractères par la norme de présence. Or, à observer les principes de droit processuel, il apparaît que ces normes sont à la fois générales et flexibles, caractères qu'emprunte également la norme de présence. Pour cette raison, il convient d'envisager en premier lieu la généralité de la norme de présence (A) et en second lieu sa flexibilité (B).

A- La généralité de la norme de présence

560. Notion de généralité – Dans une étude consacrée aux principes généraux du droit, Boulanger préconisait de distinguer entre la généralité de la règle de droit *stricto sensu* et la généralité caractéristique du principe de droit²¹⁰⁵. Il affirme en effet qu' « une règle

²¹⁰¹ V. notamment H. MOTULSKY, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », art. préc. ; G. CORNU, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions », art. préc. ; G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès civil : Le droit positif depuis Henri Motulsky », *JCP G* 1993, I 3693.

²¹⁰² Ainsi la thèse d'Etienne Vergès consacrée à la catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire exclut-elle le procès administratif : E. VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, préc.

²¹⁰³ L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, préc., n° 152.

²¹⁰⁴ V. principalement L. CADIER, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », art. préc.

²¹⁰⁵ J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Mélanges en l'honneur de G. Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 51, spéc. n° 5.

*juridique est générale parce qu' " elle est établie pour un nombre indéterminé d'actes ou de faits"*²¹⁰⁶. *Mais, sous un certain rapport, elle est spéciale en ce qu'elle ne régit que tels actes ou tels faits ; elle est édictée en vue d'une situation juridique déterminée. Un principe, au contraire, est général en ce qu'il comporte une série indéfinie d'applications »*²¹⁰⁷. Ce critère de généralité du principe, qui a reçu un accueil plus que favorable²¹⁰⁸ auprès de la majorité de la doctrine²¹⁰⁹, est fréquemment réutilisé par les auteurs pour démontrer l'existence de véritables principes du droit²¹¹⁰ et figure parmi les caractères des principes directeurs du procès²¹¹¹. Partant, la généralité d'une norme s'entend de sa généralité technique dans un système de droit donné. Ce critère du principe a néanmoins été combattu de telle sorte qu'il est nécessaire de justifier de sa pertinence (1) avant d'y confronter la norme de présence (2).

1- Justification du critère de généralité de la norme

561. Pertinence du critère de la généralité technique – Les principes de droit processuel ont, à l'instar des autres principes juridiques, pour caractéristique d'être des normes générales au sens où l'entendait Boulanger²¹¹². Puisque la généralité ne saurait se trouver dans l'affirmation formelle du principe – tous les principes n'étant pas pourvus d'une formulation générale, « *les textes se contentent parfois de ne définir un principe qu'à travers les règles techniques qui le composent* »²¹¹³ –, il faut rechercher cette généralité dans le domaine d'application de la norme²¹¹⁴. La généralité étant graduelle, il n'est cependant pas possible d'identifier une forme ou un degré particulier de généralité au-dessus duquel la

²¹⁰⁶ A cet endroit, Boulanger cite G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, t. 1, Principes généraux, personnes et biens, LGDJ, 1946, n° 188.

²¹⁰⁷ J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », art. préc., n° 5.

²¹⁰⁸ *Contra* v. P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 313 et s. : l'auteur y rétrograde le critère de la généralité du principe au rang de source d'inspiration du principe en le rattachant au « *donné rationnel* ».

²¹⁰⁹ V. ainsi la doctrine citée par P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 315 et par ex. J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994, n° 492 ; J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, 2012, Coll. Méthodes du droit, n° 75 ; H. BATTIFOL, « Analogie et relations entre raisonnements sur les principes et raisonnements sur les fins », in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, t. 1, Némésis, 1986, p. 43 et s., spéc. n° 24 ; A. JEAMMAUD, « Les principes dans le droit français du travail », *Dr. soc.* 1982, p. 618, spéc. n° 10.

²¹¹⁰ V. ainsi dans le domaine du droit processuel, E. VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, Th. dactyl, Aix-Marseille, 2000, n° 250 et s., qui en fait l'un des critères opérants d'identification des principes directeurs du procès ; v. aussi M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, préf. S. GUINCHARD, Dalloz, 2003, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 58 et s., qui s'appuie sur ce critère pour dégager l'existence du principe de loyauté en droit processuel ; v. enfin Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préc., n° 88, qui se fonde également sur ce critère pour faire émerger un véritable « principe de défense ».

²¹¹¹ V. ainsi ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Principes directeurs du procès », in *Vocabulaire juridique* (dir. G. CORNU), préc., p. 350-351. Il y est relevé la « *généralité d'application* » des principes directeurs.

²¹¹² J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », art. préc., n° 5.

²¹¹³ E. VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, préc., n° 253.

²¹¹⁴ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « directeurs du procès (principes) », in *Vocabulaire juridique* (dir. G. CORNU), préc., p. 350-351.

norme devient suffisamment générale pour être un principe et en deçà duquel elle ne l'est pas. Il faut au contraire rechercher différents éléments qui sont symptomatiques de la généralité de la norme qui peut ainsi s'exprimer dans les différentes étapes du procès, à l'égard des différents acteurs du procès, des différents actes du procès. Le principe directeur du procès peut également être général en ce qu'il s'applique dans différentes disciplines juridiques²¹¹⁵. Tous ces éléments sont autant d'indices de la généralité du principe directeur du procès, qui se remarque par la multiplicité de ses modalités de mise en œuvre, raison pour laquelle les principes directeurs sont souvent issus de réflexions doctrinales ou jurisprudentielles qui induisent des principes à partir des applications particulières qui en sont faites²¹¹⁶. Cependant, avant de confronter ce critère à la norme de présence, il est nécessaire de relever que ce critère de généralité peut essuyer certaines critiques, ces critiques devant à leur tour être relativisées.

562. Relativisation des critiques tenant à la stérilité du critère – Un auteur²¹¹⁷ en particulier, reprenant les critiques émises par Ripert²¹¹⁸, réfute la pertinence du critère tiré de la généralité. Il met d'abord en avant la stérilité du critère, qui serait inefficace d'une part et inutile d'autre part. Inefficace, le critère le serait car le recensement des nombreuses hypothèses permettant d'affirmer la généralité d'application d'une norme ne serait efficiente qu'à condition de connaître à l'avance la conclusion que l'on veut tirer, puisqu'on pourrait tout à la fois recenser les hypothèses d'application d'une norme pour l'affubler du qualificatif de principe en raison de sa généralité et recenser les hypothèses de non-application pour en tirer un principe général qui en serait l'exact opposé²¹¹⁹. Il est vrai que le recensement des hypothèses permettant d'aboutir au constat d'une certaine généralité de la norme procède d'un choix *a priori* du théoricien qui préférera relever telle application positive plutôt que telle autre négative. Néanmoins, ce simple inventaire des hypothèses susceptibles de relever de la même norme permet déjà de se rendre compte de ce que certaines règles n'ont que des manifestations sporadiques et pour cette raison ne peuvent prétendre s'ériger au rang des principes, ce qui rend au moins au critère de la généralité une forme d'efficacité négative. Inutile, le critère le serait parce qu'il ne permettrait pas de rendre compte de la prééminence

²¹¹⁵ E. VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, préc., n° 257 à 260.

²¹¹⁶ J. NORMAND, « Principes directeurs du procès », art. préc. *Contra* v. P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 419 et s. qui considère que « l'impuissance démonstrative de l'induction est patente ». Néanmoins, s'il est vrai que la force de l'induction doctrinale ne saurait à elle seule permettre d'affirmer la positivité d'un principe, l'induction est utile pour l'organisation du système juridique et pour poser les prémices de la reconnaissance d'un principe en droit positif, ce que ne réfute d'ailleurs pas l'auteur qui se rallie à la conception philosophique de l'induction, en admettant que « l'induction en science n'est pas une preuve, mais un mode d'invention » (l'auteur cite ici A. JACOB (dir.), « Induction », in *Encyclopédie philosophique universelle*, t. 2 : *Les notions philosophiques*, PUF, 1990, p. 1279-1280).

²¹¹⁷ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc.

²¹¹⁸ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1994 (réédition en fac-similé de l'édition de 1955), n° 134.

²¹¹⁹ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 317 et s.

du principe sur la règle de droit²¹²⁰. Il permettrait au contraire seulement de « *préconiser une interprétation stricte des exceptions apportées au prétendu principe, [ce qui est] un attribut bien dérisoire, sinon totalement illusoire au regard de la liberté d'interprétation des tribunaux* »²¹²¹. Mais dans un domaine ressortissant – du moins en partie – de la protection des droits fondamentaux processuels où les exceptions peuvent, grâce à cette qualification de principe de la norme, être strictement encadrées et contrôlées, cette conséquence est loin d'être inutile. Cela est d'autant plus évident au regard de la norme de présence puisque l'émergence de celle-ci est précisément due à une réaction de la doctrine face au développement croissant d'exceptions liées à la visioconférence.

563. Relativisation des critiques tenant au caractère continu et graduel de la généralité – L'auteur met ensuite en lumière le caractère continu et graduel de la généralité, démontrant par le jeu des principes affiliés qu'il existe des principes premiers très généraux, qui engendrent des principes seconds par définition plus spéciaux que les principes premiers, ce qui témoignerait de l'identité de nature entre une norme générale et les normes qu'elle engendre²¹²². Par conséquent, il n'existerait pas de différence plus grande en termes de généralité entre un principe et une règle de droit que celle qui existe entre un principe premier et un principe second, ce qui vient réfuter l'argument de Boulanger selon lequel il existe deux types de généralité²¹²³. Cela étant, il est difficilement contestable que le principe juridique aura, dans la plupart des cas, une portée plus large qu'une règle de droit purement technique.

564. Relativisation des critiques tenant au vice normatif découlant de la généralité du principe – Enfin, l'auteur critique le critère de la généralité en mettant en exergue que la généralité du principe serait un vice normatif affectant la norme. En effet, en raison d'un degré d'abstraction de la norme trop élevé, la généralité du principe lui ôterait de sa force juridique et délivrerait un blanc-seing à l'arbitraire juridictionnel²¹²⁴. L'on peut cependant considérer que ce degré d'abstraction élevé du principe est à l'inverse ce qui lui donne de la force en permettant de guider l'interprétation de normes plus spéciales ou plus techniques, précisément par le juge. Cela est d'autant plus vrai que, comme le remarque l'auteur lui-même, la grande majorité des principes est issue de l'œuvre créatrice de la jurisprudence²¹²⁵. En définitive, toutes les critiques émises à l'encontre du caractère de généralité du principe peuvent être nuancées pour parvenir à une position mesurée à l'égard de ce critère. Certes, le

²¹²⁰ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 318.

²¹²¹ *Ibid.*

²¹²² P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 319 et s., spéc. n° 321.

²¹²³ J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », art. préc., n° 5.

²¹²⁴ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 327.

²¹²⁵ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 355 et s., où le Professeur Morvan fait de la reconnaissance du principe par la jurisprudence le critère formel d'une telle norme.

caractère général de la norme ne permet pas de la qualifier automatiquement de principe juridique : toutes les normes générales ne sont évidemment pas des principes juridiques. Pour autant, il semble néanmoins que tous les principes juridiques soient dotés de cette généralité de telle sorte que la vérification de la généralité de la norme de présence est une condition qui, quoi que non suffisante, est à tout le moins nécessaire pour pouvoir prétendre la qualifier de principe directeur du procès.

2- Application du critère à la norme de présence

565. Généralité de la norme de présence – Précisément, la présence semble faire partie de ces normes dotées d'une forte potentialité de généralisation. La définition même de la présence invite à faire ce constat. En effet, si l'on adopte la définition proposée plus haut, selon laquelle la présence est le fait pour une personne de se trouver physiquement et personnellement dans le lieu où se déroule l'opération procédurale²¹²⁶, et à la lumière des situations juridiques de présence étudiées précédemment²¹²⁷, la généralité de la présence en tant que norme peut difficilement être niée. L'étude de ces situations juridiques présentes a en effet permis de constater que la norme de présence s'applique à des opérations procédurales diverses. Ont ainsi été mises en lumière des situations juridiques de présence au cours de la réalisation d'actes d'enquête, d'actes d'instruction, ou encore des audiences de jugement.

Ensuite, la généralité de la norme de présence s'observe également à l'égard des acteurs concernés, puisqu'elle peut concerner aussi bien les parties que les tiers au procès. Enfin, elle s'observe à l'égard des contentieux puisque cette norme concerne aussi bien les contentieux civil, pénal qu'administratif. Sans doute la norme de présence est plus prégnante dans le procès pénal puisqu'il est celui qui rassemble le plus de charges et de prérogatives de présence. Il a cependant été démontré que des situations juridiques de présence existent également dans les autres contentieux et d'ailleurs, la doctrine consacre des développements à la nécessité de reconnaître un principe de présence pour faire face aux développements des nouvelles technologies dans le procès civil, un auteur remarquant que « *ce principe d'inmediación que l'on pourrait traduire par principe de présence est d'ailleurs commun à toutes les procédures même si sa formulation n'y est pas toujours nettement faite* »²¹²⁸. C'est en effet en raison de ses finalités générales – renforcer la qualité de la décision comme de la

²¹²⁶ V. *supra* n° 95.

²¹²⁷ V. *supra* n° 303 et s.

²¹²⁸ S. AMRANI-MEKKI, « L'impact des nouvelles technologies sur l'écrit et l'oral en procédure civile », art. préc., p. 179.

procédure²¹²⁹ – que cette norme a vocation à s'appliquer à tous les contentieux, quelle que soit la juridiction saisie de l'affaire, et ce y compris s'il ne s'agit pas d'une juridiction étatique²¹³⁰.

D'ailleurs, le fait que la norme de présence ne s'applique pas avec la même intensité à tous les acteurs ni à tous les contentieux ne saurait contredire son caractère général mais illustre au contraire son caractère flexible, lequel est à la fois une conséquence de la généralité de la norme et un caractère commun aux principes de droit processuel.

B- La flexibilité de la norme de présence

566. Flexibilité des principes de droit processuel – La flexibilité de la norme est un des caractères phénoménologiques des principes de droit processuel²¹³¹. Ces principes ne reçoivent pas une application binaire, mais bien plutôt une application graduelle, variable en fonction de différents facteurs. La logique binaire du « tout ou rien » est en effet inapplicable au principe directeur dont le rôle est principalement d'imprimer une orientation à la procédure²¹³², orientation par définition susceptible de se déplacer en fonction des particularités des applications en cause. Ainsi, un auteur indique que le principe « *suit une logique du flou, c'est-à-dire une logique de gradation où l'appréciation se fonde non pas sur appartenance / non-appartenance, mais sur le degré d'appartenance* »²¹³³. Cette flexibilité des principes de droit processuel est inévitable pour deux raisons. D'une part, dans la mesure où le principe de droit processuel est général, il a *a priori* vocation à s'appliquer aux différents contentieux. Mais ces contentieux étant de nature différente et soulevant des enjeux totalement différents, ils ne peuvent répondre à des règles absolument uniformes²¹³⁴. Partant, le principe de droit processuel doit pouvoir s'adapter à ces spécificités, ce que traduit sa flexibilité. D'autre part, la flexibilité du principe directeur peut découler de son opposition à une autre règle d'égale importance, ce qui sera particulièrement le cas lors de confrontations de différents principes de droit processuel.

567. Flexibilité de la norme de présence – Or, l'étude des situations juridiques de présence a démontré que leur application était graduelle, illustrant ainsi la flexibilité de la

²¹²⁹ V. *supra* n° 160 et s.

²¹³⁰ Comme c'est le cas dans l'arbitrage : v. E. JEULAND, « Arbitrage en ligne et procès virtuel : pour le principe de présence », art. préc.

²¹³¹ Ce critère a d'ailleurs été mis en avant par un auteur à propos des principes directeurs du procès judiciaire : E. VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, préc., n° 267 et s.

²¹³² J. NORMAND, « Principes directeurs du procès », in *Dictionnaire de la Justice* (dir. L. CADIET), PUF, 2004, p. 1038 et *supra* n° 510 et s.

²¹³³ M. DELMAS-MARTY, « Rapport introductif du cinquantenaire de la RSC », *RSC* 1987, p. 25.

²¹³⁴ Ainsi, un auteur relève pour ces raisons que « la procédure devant les juridictions administratives ne peut être la même que celle appliquée devant les juridictions judiciaires » : F. GAZIER, « Principes généraux de la procédure administrative contentieuse », *Rép. D. cont. adm.*, 2012, n° 2.

norme juridique dont ces situations découlent. Il a en effet été observé que selon l'enjeu du procès, selon que l'on juge des personnes – en matière pénale – plutôt que des faits – en matière civile –, la norme de présence s'impose avec plus ou moins de vigueur. Ainsi, les contentieux sociologiquement « chauds »²¹³⁵ recèlent bien plus d'applications de la norme de présence que les contentieux dit « froids ». Il a également été observé que ce sont les principes concurrents de célérité des procédures, de bonne administration de la justice qui justifient un affaiblissement de la norme de présence dans les contentieux civils traduit par l'accroissement des procédures écrites ou encore la protection nécessaire de l'ordre public qui justifient parfois un affaiblissement de la norme de présence. Ainsi lorsque le transport d'une personne détenue pour lui permettre d'être présente paraît devoir être évité en raison de risques graves de troubles à l'ordre public, le droit de présence et, avec lui, la norme de présence sont mis en échec²¹³⁶.

568. Bilan – *In fine*, la norme de présence présente des caractères matériels similaires à ceux des principes directeurs du procès, tant sur le plan des fondements de la norme, que sur celui des caractères phénoménologiques de celle-ci. Toutefois, si au regard de ces éléments matériels de qualification, la norme de présence pourrait prétendre entrer dans la catégorie des principes directeurs du procès, seule sa reconnaissance formelle permettrait de lui reconnaître la qualité de principe directeur juridiquement normatif. Il importe donc désormais de s'intéresser à la reconnaissance formelle d'un principe de présence, qui n'est pourtant qu'imparfaite.

Section 2 : La reconnaissance formelle imparfaite d'un principe de présence

569. Principe de présence latent ou embryonnaire – Puisque le concept de principe directeur du procès a connu un net essor lors de la codification du Code de procédure civile en 1975²¹³⁷, il est tentant de considérer que seule la reconnaissance formelle d'un principe de présence serait apte à asseoir sa qualité de principe directeur du procès normatif. Dans cette optique, il faut alors constater que la norme de présence ne figure pas au nombre des principes directeurs du procès reconnus comme tels. En réalité, ce critère formel de définition des principes directeurs du procès doit être nuancé. En effet, si l'absence de reconnaissance textuelle exprime d'un principe de présence est indifférente dans la mesure où une conception exclusivement textuelle du principe directeur doit être rejetée, la reconnaissance jurisprudentielle d'un tel principe serait au contraire utile pour lui conférer sa juridicité en

²¹³⁵ Sur la distinction entre les contentieux « chauds » et « froids », v. *supra* n° 283.

²¹³⁶ V. *supra* n° 479.

²¹³⁷ V. *infra* n° 571.

droit positif, puisque c'est « *au travers de la formule littérale qui l'exprime* »²¹³⁸ que l'on reconnaît un principe normatif. Ainsi, il apparaît que si l'absence d'une reconnaissance textuelle d'un principe de présence est en réalité indifférente (§1), sa reconnaissance jurisprudentielle serait néanmoins utile et doit être appelée de nos vœux (§2).

§1 : L'absence indifférente d'une reconnaissance textuelle d'un principe de présence

570. Identification possible d'un principe en l'absence de reconnaissance textuelle – L'observation du droit écrit atteste qu'aucun « principe de présence » n'est formellement édicté par les textes. Tout au plus peut-on tenter de le rattacher à l'article 20 du Code de procédure civile qui dispose que « *le juge peut toujours entendre les parties elles-mêmes* », mais cette norme ne reflète pas suffisamment l'étendue de ce que pourrait être le principe de présence entendu comme le *principe selon lequel les opérations procédurales déterminantes sur l'issue du litige se déroulent en présence des parties et des tiers intéressés*. L'expression « principe de présence » est pour l'heure purement doctrinale car elle a émergé sous la plume de certains auteurs²¹³⁹ et n'est pas utilisée par le droit écrit. Pour autant, cette absence ne constitue pas un véritable obstacle à l'identification d'un principe directeur du procès. En effet, si une conception formelle des principes de droit processuel a un temps été proposée, cette conception doit cependant être rejetée (A). D'ailleurs, l'extériorité d'une norme au droit écrit pourrait parfois constituer un indice de sa nature principielle (B).

A- Le rejet d'une conception textuelle des principes de droit processuel

571. Origine de la conception formelle des principes de droit processuel – Le droit processuel en tant que théorie générale du procès est un droit relativement récent²¹⁴⁰. Les différentes règles de procédure desquelles il est extrait sont des règles nécessairement techniques, précises, ce qui conduit *a priori* à les éloigner substantiellement des caractéristiques du principe de droit processuel. Ces ensembles de règles techniques n'ont été théorisés sous la forme de règles générales qu'à la faveur de modifications législatives

²¹³⁸ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, LGDJ, 1999, préf. J.-L. SOURIOUX, n° 355.

²¹³⁹ V. L. CADIET, « Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies.- Rapport de synthèse », *Procédures* n° 4, Avril 2010, Dossier 8, spéc. n° 25 ; S. AMRANI-MEKKI, « L'impact des nouvelles technologies sur l'oral et l'écrit en procédure civile », in *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXIe siècle ?*, actes du colloque organisé à Limoges le 7 mars 2008, PULIM, 2011, p.179 et s. ; E. JEULAND, « Arbitrage en ligne et procès virtuel : pour le principe de présence », *Revue Droit et procédures* 2007, n° 5, p. 262 ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, 3^e éd., Montchrestien, 2014, Coll. Domat Droit privé, n° 228 ; S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKER, *Procédure civile*, PUF, 2014, Coll. Thémis Droit, n° 243, spéc. p. 446. L'expression a par ailleurs été reprise par S. SONTAG-KOENIG, *Technologies de l'information et de la communication et défense pénale*, Thèse Université de Poitiers, 2013, n° 728.

²¹⁴⁰ V. *supra* n° 9 et s.

contemporaines²¹⁴¹, sous l'impulsion d'études doctrinales²¹⁴², qui ont conduit le législateur à faire figurer en tête des différents codes de procédure des règles plus générales sous la bannière des principes directeurs du procès. La construction de cette notion de principe directeur du procès est d'ailleurs une construction doctrinale²¹⁴³. Les premières études consacrées spécialement à la notion s'appuient sur le *corpus* déterminé par le Code de procédure civile et plus précisément par les vingt-quatre premiers articles de ce code. Cette première appréhension des principes directeurs du procès se fonde donc sur une conception formelle de ceux-ci, basée sur leur reconnaissance comme tels par les dispositions préliminaires du Code de procédure civile. L'engouement de la doctrine pour la catégorie juridique des principes directeurs du procès a en effet été incontestablement renforcé par la consécration, par le décret du 9 septembre 1971²¹⁴⁴, d'un ensemble de dispositions liminaires, et plus encore par leur baptême, au « *fronton* »²¹⁴⁵ du Code de procédure civile en 1975, en tant que « principes directeurs du procès ». Ainsi, les principes directeurs du procès ont d'abord intéressé la doctrine à travers le prisme du procès civil, les auteurs consacrant leurs travaux aux seuls principes directeurs du procès civil²¹⁴⁶. Ces travaux semblent consacrer l'idée que l'inscription des différentes normes en tête du Code de procédure civile délimite elle-même l'étendue des principes directeurs du procès. A titre d'exemple, le principe d'impartialité, ne figurant pas parmi les premiers articles du Code de procédure civile, n'est pas abordé dans ces études relatives aux principes directeurs du procès. Cette idée a d'ailleurs été formellement exprimée par un auteur qui dénie au principe d'impartialité la qualification de principe directeur du procès au motif qu'il n'est pas reconnu comme tel par le chapitre

²¹⁴¹ L'introduction de dispositions générales sous la forme de principes de procédure dans les trois grands codes de procédure que sont le Code de procédure civile, le Code de procédure pénale et le Code de justice administrative date en effet respectivement de 1975 (date de l'entrée en vigueur du Code de procédure civile ayant codifié à droit constant le décret du 9 septembre 1971), de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, et de l'ordonnance n° 2000-387 du 4 mai 2000.

²¹⁴² Et en particulier des études de Motulsky : v. notamment « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *Rec. Dalloz Sirey* 1972, chron. p. 91 ; et du même auteur *Ecrits. Etudes et notes de procédure civile*, préf. G. BOLARD, Dalloz, 2009 (rééd. de l'ouvrage paru en 1973), Coll. Bibliothèque Dalloz, p. 275 et s.

²¹⁴³ G. CORNU, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 83 à 100, spéc. p. 85.

²¹⁴⁴ Décret n° 71-740 du 9 septembre 1971 instituant de nouvelles règles de procédure destinées à constituer partie d'un nouveau code de procédure civile.

²¹⁴⁵ G. CORNU, « Les principes directeurs du procès par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », art. préc., p. 85.

²¹⁴⁶ V. par exemple H. MOTULSKY, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *Rec. Dalloz Sirey* 1972, chron. p. 91 ; G. CORNU, « Les principes directeurs du procès par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », art. préc. ; G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès civil : Le droit positif depuis Henri Motulsky », *JCP G* 1993, I 3693. V. aussi H. SAK, « Plaidoyer pour la promotion de l'ensemble des principes directeurs de l'instance au rang de principes généraux du droit », *LPA* 18 avr. 2000, n° 77, p. 4 et R. MARTIN, « Principes directeurs du procès », *Rép. D. proc. civ.*, 2000. Tous ces auteurs concentrent leur étude sur le procès civil.

premier du Code de procédure civile²¹⁴⁷. La conception formelle ne se limite pourtant pas à la matière civile puisque certains principes directeurs prévus par le Code de procédure civile ont été formellement repris dans les autres ordres juridictionnels. La loi du 15 juin 2000²¹⁴⁸ a ainsi inséré dans le Code de procédure pénale un article préliminaire²¹⁴⁹ énonçant ce qu'une circulaire du 20 décembre 2000²¹⁵⁰ a qualifié de « *principes directeurs du procès pénal* ».

572. Insuffisance de la conception formelle – Néanmoins, s'il est évident que la qualification législative d'une norme en tant que principe directeur du procès est un indice fort de son appartenance à cette catégorie, cette qualification formelle ne saurait véritablement ni être un critère qualifiant, ni épuiser cette catégorie. D'abord, ces principes directeurs du procès existent quand bien même ils ne seraient pas formellement consacrés *en tant que tels*. Ainsi, des dispositions au contenu parfois analogue à celui des principes directeurs identifiés comme tels sont apparues grâce à la promulgation d'un Code de justice administrative le 4 mai 2000 qui les a placées à son propre « fronton » sans pour autant que ces dispositions ne soient formellement qualifiées de principes directeurs. L'article L. 6 du Code de justice administrative dispose ainsi que « *les débats ont lieu en audience publique* », ce qui n'est pas sans rappeler l'article 22 du Code de procédure civile qui dispose que « *les débats sont publics, sauf les cas où la loi exige ou permet qu'ils aient lieu en chambre du conseil* ». De même, le principe du contradictoire figure parmi les principes directeurs du procès à l'article 14 du Code de procédure civile et l'article L. 5 du Code de justice administrative dispose quant à lui que l'instruction est contradictoire. Or, « *le fait que ces principes ne soient pas désignés expressément comme étant les principes directeurs du procès administratif n'interdit pas de les considérer comme tels* »²¹⁵¹. Il faudrait donc considérer que le critère de la dénomination formelle de ces normes comme principes directeurs ne suffit pas à déterminer de façon suffisamment pertinente l'ensemble de ces principes. Ensuite, l'insuffisance de la conception formelle apparaît également si l'on admet avec l'inspirateur des premiers articles du Code de procédure civile que ces dispositions ne sont pas en elles-mêmes des principes²¹⁵².

²¹⁴⁷ L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, préf. B. BEIGNER, LGDJ, 2008, Coll. Bibliothèque de droit privé, n° 152.

²¹⁴⁸ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

²¹⁴⁹ Sur cet article préliminaire du Code de procédure pénale, v. H. HENRION, « L'article préliminaire du Code de procédure pénale : vers une « théorie législative » du procès pénal ? », *Arch. pol. crim.* 2001, p. 13 à 52. V. aussi P. TRUCHE, « Introduction à l'article préliminaire du Code de procédure pénale », *Arch. pol. crim.* 2001, p. 9 à 11 ; C. LAZERGES, « Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes : histoire d'une navette parlementaire », *RSC* 2001, p. 7 à 23 ; P. COUV RAT, G. GIUDICELLI-DELAGE, « Une nouvelle procédure pénale ? Rapport de synthèse », *RSC* 2001, p. 139 à 148.

²¹⁵⁰ Circ. CRIM 00-16 F1 du 20 décembre 2000, présentant les dispositions de la loi du 15 juin 2000.

²¹⁵¹ L. CADIET, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Justice et droits fondamentaux : Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 77, n° 3.

²¹⁵² En ce sens, v. L. CADIET, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », art. préc., n° 7.

Motulsky affirmait en effet que c'est à travers les dispositions résolument techniques²¹⁵³ qu'« *il faut déceler le jeu de ces principes* »²¹⁵⁴. Ceci explique qu'il ne faut pas prendre pour critère la dénomination formelle de ces normes, puisque les principes directeurs sont en fait le fruit de l'élaboration d'une construction intellectuelle de la doctrine²¹⁵⁵. Ainsi, les premières références à cette catégorie juridique²¹⁵⁶ apparaissent sous la plume de Vizioz²¹⁵⁷, puis de Morel, qui consacrait pour la première fois en 1949 un chapitre de quatre pages et demie aux « *principes directeurs de la procédure française* »²¹⁵⁸. L'expression est ensuite reprise dans le manuel de Cornu et Foyer consacrant une section aux « *principes directeurs du procès* »²¹⁵⁹. Or, ce n'est que près d'un quart de siècle plus tard que les principes directeurs du procès civil sont consacrés par le droit positif comme tels, et il faut attendre un quart de siècle supplémentaire pour voir les principes directeurs intégrés au Code de procédure pénale. Il est par conséquent possible d'admettre que l'existence normative des principes directeurs du procès identifiés formellement par le législateur est antérieure à leur consécration dans le droit écrit. D'ailleurs, si tel n'était pas le cas, il ne faudrait pas parler de « *consécration des principes directeurs du procès* »²¹⁶⁰ mais bien de « *création* » de ces principes.

En outre, d'autres arguments plaident en faveur du rejet de la conception formelle du principe directeur du procès. D'abord, il apparaît assez rapidement que tous les principes directeurs du procès ne figurent pas au sein des dispositions placées en tête des différents codes de procédure. Ainsi, un auteur relève que « *les codifications actuelles ne sont ni exhaustives ni, sans doute, définitives. Elles sont loin de regrouper tous les principes qui [...] pourraient être à juste titre qualifiés de "directeurs"* »²¹⁶¹. De nombreux principes échappent en effet au phénomène de reconnaissance légale par le droit écrit. Il en va ainsi par exemple

²¹⁵³ H. MOTULSKY, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », art. préc., spéc. n° 9 : « *l'empirisme a [...] été favorisé au détriment de la systématisation* ».

²¹⁵⁴ *Ibid.*

²¹⁵⁵ En ce sens, v. H. MOTULSKY, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », art. préc., spéc. n° 7. L'argument a été repris plus récemment dans les travaux de doctorat d'Etienne Vergès : E. VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, préc., n° 10.

²¹⁵⁶ Pour un rappel plus complet de l'évolution historique de la doctrine au sujet des principes directeurs du procès, v. R. MARTIN, « Principes directeurs du procès », *Rép. D. proc. civ.*, 2000, n° 1 et s. Sur l'origine même de l'expression, v. L. CADIET, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », art. préc., p. 72, note 3.

²¹⁵⁷ H. VIZIOZ, *Etudes de procédures*, rééd. de l'ouvrage de 1956, préf. S. GUICHARD, Dalloz, 2011, Coll. Bibliothèque Dalloz, p. 441, n° 230 et s.

²¹⁵⁸ R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^e éd., Sirey, 1949, n° 424 à 427.

²¹⁵⁹ G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, PUF, 1958, Coll. Thémis, p. 364.

²¹⁶⁰ H. MOTULSKY, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », art. préc.

²¹⁶¹ J. NORMAND, « Principes directeurs du procès », in *Dictionnaire de la Justice* (dir. L. CADIET), PUF, 2004, p. 1038 à 1046, spéc. p. 1044.

du principe d'impartialité à propos duquel il est difficile de nier qu'il s'agit d'un principe directeur du procès²¹⁶² et qui pourtant ne figure ni dans les dispositions censées former le *corpus* des principes directeurs du procès civil, ni dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale²¹⁶³, ni au sein des dispositions du Titre préliminaire du Code de justice administrative. D'autres principes encore apparaissent seulement dans l'un ou l'autre des codes de procédure alors même qu'ils sont pourtant appliqués dans tous les contentieux. Il en va ainsi, par exemple, du principe de motivation des jugements²¹⁶⁴, qui figure seulement à l'article L. 9 du Code de justice administrative²¹⁶⁵ mais n'est pas mentionné par le Code de procédure civile ni par le Code de procédure pénale. Il ne faut donc pas déduire de l'absence de ces principes parmi ceux identifiés formellement comme principes directeurs leur absence d'appartenance à cette catégorie. Ce constat est d'ailleurs renforcé par le fait que certains principes dits émergents sont aujourd'hui reconnus par une partie de la doctrine²¹⁶⁶ comme de véritables principes directeurs du procès. Certes, leur caractère émergent entraîne encore certaines réticences à leur égard²¹⁶⁷ mais c'est sans doute leur mise en lumière doctrinale qui a encouragé et encourage encore leur consécration progressive par la jurisprudence. Il n'est donc pas opportun d'enserrer les principes directeurs du procès dans une liste exhaustive tirée de leur énumération formelle par les différents codes de procédure. Il est même possible d'aller plus loin dans le rejet de cette conception formelle du principe de droit processuel. C'est qu'en effet, à l'instar des autres principes de droit, le principe de droit processuel existe en réalité à l'extérieur du droit écrit, tout comme, semble-t-il, la norme de présence.

B- L'extériorité du principe de droit processuel au droit écrit

573. Explication du critère d'extériorité du principe au droit écrit – Le principe de droit, et avec lui le principe directeur du procès juridiquement normatif, est doté d'une

²¹⁶² V. cependant L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, préc., n° 152, qui considère que « la *fondamentalité* d'un principe peut ne pas être corroborée par un statut de principe directeur si le principe en question n'a pas été énoncé au sein des dispositions liminaires. Ce qui est le cas du principe d'impartialité ».

²¹⁶³ Qui mentionne seulement le principe de séparation des autorités de poursuite et de jugement, mais ne dit rien de l'impartialité de la juridiction de jugement.

²¹⁶⁴ V. E. JEULAND, *Droit processuel général*, préc., n° 230 : la motivation des jugements est étudiée au titre des principes fonctionnels de la procédure.

²¹⁶⁵ Art. L. 9 CJA : « Les jugements sont motivés ».

²¹⁶⁶ Sur ce point, v. J. NORMAND, « Principes directeurs du procès », art. préc., p. 1045 ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile*, 31^e éd., Dalloz, 2012, Coll. Précis, n° 372 ; J.-C. MAGENDIE, « Loyauté, dialogue, célérité : trois principes à inscrire en lettres d'or aux frontons des palais de justice », in *Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 369. Ces auteurs mettent en avant l'émergence des principes de loyauté, de célérité et de dialogue.

²¹⁶⁷ V. en particulier à propos du principe de loyauté : L. MINIATO, « L'introuvable principe de loyauté en procédure civile », *D.* 2007, p. 1035.

existence *extra legem*²¹⁶⁸. C'est dire que son existence est antérieure et extérieure aux dispositions du droit écrit. Il ne s'agit évidemment pas de nier que les principes directeurs du procès puissent recevoir des applications particulières textuelles mais simplement de dire que la norme principielle ne se laisse pas enfermer par ces textes. La norme générale qu'est le principe ne saurait ainsi se confondre totalement avec les applications particulières qui en découlent, précisément parce qu'elle est plus générale que chacune des dispositions qui la composent. Ce critère d'extériorité du principe au droit écrit, qu'un auteur qualifie même de « *caractère essentiel* »²¹⁶⁹ du principe est d'autant plus adapté au principe de droit processuel que la matière est d'une technicité importante. En effet, puisque le principe de droit processuel est une norme *abstraite* et *générale*, il ne peut se confondre avec les règles *techniques* et *particulières*, qui n'en sont que des applications. Plus encore, cette extériorité des principes au droit écrit explique que même lorsque les principes sont expressément reconnus par un texte – comme c'est le cas par exemple du principe du contradictoire prévu notamment par l'article 16 du Code de procédure civile – la norme principielle n'est pas parfaitement identifiable au contenu dudit texte. C'est d'ailleurs ce qui explique qu'alors que formellement la norme contenue dans l'article 16 n'a qu'une valeur *infra législative*, le principe du contradictoire, peut avoir une valeur normative plus importante²¹⁷⁰.

574. Absence apparente d'extériorité de la norme de présence au droit écrit –

Toutefois, la recherche d'une existence *extra legem* de la norme générale de présence paraît rapidement tenue en échec. La norme de présence semble en effet entretenir des liens étroits avec le droit écrit. De multiples applications particulières de cette norme de présence ont été recensées dans les textes et c'est en premier lieu grâce à l'étude des textes de procédure que l'existence d'une norme générale de présence a pu être révélée. Ainsi, en procédure pénale, la présence des différents acteurs est organisée par de nombreux textes. La présence du mis en cause à l'audience est envisagée aux articles 410 et suivants du Code de procédure pénale s'agissant du jugement des délits et 318 du même code s'agissant du jugement des crimes. Celle des témoins l'est aussi lors des différentes phases du procès pénal – au stade de l'enquête²¹⁷¹, de l'instruction²¹⁷² ou à l'audience de jugement²¹⁷³. C'est également le cas du

²¹⁶⁸ V. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, nouvelle édition, Dalloz 2005, Coll. Bibliothèque Dalloz, p. 243 ; C. EISENMANN, « Juridiction et logique (selon les données du droit français) », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 477, spéc. n° 15 ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 411.

²¹⁶⁹ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 435. L'auteur fait de ce critère un critère matériel du principe de droit privé mais il nous semble que ce critère est en réalité à mi-chemin entre les aspects formel et matériel du principe : l'extériorité du principe de droit montre bien que le principe ne peut se laisser enfermer dans une conception formelle mais n'a pas pour autant trait à la substance même de la norme, qui relève seule, à notre sens, de la matrice du principe et donc de ses caractères matériels.

²¹⁷⁰ Sur la valeur fondamentale du principe du contradictoire, v. *supra* n° 552.

²¹⁷¹ Art. 61, 62 et 78 C. proc. pén.

²¹⁷² Art. 101 C. proc. pén.

ministère public dont la présence est requise par les textes pour les audiences de jugement²¹⁷⁴, pour les audiences relatives à la prolongation ou mainlevée des mesures provisoires²¹⁷⁵, les textes précisant même parfois les exceptions à sa présence²¹⁷⁶. Cette liste – non exhaustive – peut être complétée par des dispositions éparées en procédure civile relatives tantôt à la présence des parties elles-mêmes²¹⁷⁷, tantôt encore à celle des témoins²¹⁷⁸. Le rattachement de la norme de présence au droit écrit s’observe également à la lecture des décisions rendues par la Cour européenne des droits de l’Homme dans la mesure où ces dernières, statuant sur des questions relatives à la présence, font directement référence à l’article 6 de la Convention de sauvegarde, par des formules qui mettent en avant le lien entre la norme de présence et cet article 6²¹⁷⁹.

575. Nuances – Toutefois, la norme générale de présence ne paraît pas se laisser enfermer dans ces textes écrits. D’abord, le rattachement de la norme de présence à l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’Homme n’est pas significatif de l’enfermement de la norme dans un texte écrit puisqu’il ressort de la méthode de jugement des juges de Strasbourg qu’ils se livrent quasi systématiquement à une interprétation si extensive – un auteur dira même divinatoire²¹⁸⁰ – des textes européens, qu’ils rattachent à la norme écrite des droits qui ne sont en réalité pas contenus dans les textes de la Convention²¹⁸¹. Il n’est donc pas étonnant de voir une référence au texte alors même que le principe de présence n’y est pas contenu directement. Surtout, aucun des textes précédemment évoqués ne rend compte de l’étendue de la norme dans son ensemble, signe que cette norme générale de présence selon laquelle les opérations procédurales déterminantes sur l’issue du litige se déroulent en

²¹⁷³ Art. 326 et 437 C. proc. pén.

²¹⁷⁴ Art. 32 C. proc. pén.

²¹⁷⁵ Art. 148-2 C. proc. pén.

²¹⁷⁶ V. par ex. art. 495-9 C. proc. pén. relatif à l’audience d’homologation de l’accord conclu entre le ministère public et le prévenu lors d’une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Sur cette question, v. *supra* n° 400.

²¹⁷⁷ V. par ex. art. 184 C. proc. civ. ; art. 160 C. proc. civ.

²¹⁷⁸ Art. 206 C. proc. civ.

²¹⁷⁹ V. par ex. CEDH, 5 oct. 2006, *Marcello Viola c. Italie*, préc., § 52 : la présence de l’accusé au procès « découle de l’objet et du but de l’ensemble de l’article 6 ».

²¹⁸⁰ C. BRENNER, « Pour un humanisme respectueux de l’autonomie processuelle », in *Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l’humanisme processuel : Mélanges en l’honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 175, spéc. n° 3.

²¹⁸¹ C’est notamment l’analyse qui a été faite à propos de la création par les juges européens d’un droit au juge, dégagé par l’arrêt CEDH, 21 fév. 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70. Sur ce point, v. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS *et alii*, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, 8^e éd., Dalloz, 2015, Coll. Précis Droit privé, n° 242. Cette méthode de raisonnement a également amené la Cour européenne des droits de l’Homme à consacrer des garanties implicites du droit à un procès équitable telles que le principe de motivation des arrêts (v. par ex. CEDH, 9 déc. 1994, *Hiro Balani c. Espagne*, req. n° 18064/91 ; D. 1996, p. 202, obs. N. FRICERO ; *Justices* 1996, p. 235, obs. G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS ; JCP 1995 I 3825, obs. F. SUDRE) ou encore le principe de l’égalité des armes (v. CEDH, 17 janv. 1970, *Delcourt c. Belgique*, req. n° 2689/65 ; et déjà Comm. EDH, avis du 20 juin 1959, *Szabowicz c. Suède*, req. n° 434/58).

présence des parties et des tiers intéressés « *ne se laisse pas enfermer dans un texte* »²¹⁸². En effet, chacun des fondements de droit national évoqués est relatif à un aspect et un aspect seulement de la norme de présence. Ainsi ces fondements sont restrictifs tantôt en raison de leur domaine personnel – lorsqu'ils ne s'appliquent spécifiquement qu'aux parties ou qu'aux témoins –, tantôt en raison de leur domaine matériel – puisque ces textes concernent alternativement les différents types de contentieux, et au sein d'un même contentieux, les différentes phases du procès. Les applications qu'ils renferment ne sont par ailleurs pas de même nature, puisqu'il a été démontré qu'il peut s'agir tantôt de charges de présence, tantôt de prérogatives accordées aux différents acteurs du procès. Il en va de même d'ailleurs de la directive européenne du 9 mars 2016²¹⁸³ qui consacre certes le droit d'assister à son procès, mais qui n'est relative qu'à la matière pénale et qui ne concerne que le droit de présence.

La norme générale de présence aurait en revanche vocation à s'appliquer en dehors de ces textes. C'est d'ailleurs précisément ce qui motive son émergence, et la doctrine appelant de ses vœux la reconnaissance d'un tel principe en est un des signes les plus marquants. Les dérives gestionnaires qui conduiraient à nier l'intérêt de la présence en droit processuel sont régulièrement montrées du doigt à la faveur d'un plaidoyer pour le principe de présence²¹⁸⁴, qui permettrait alors de limiter ou du moins de contrôler ces dérives. La doctrine appelle ainsi à la reconnaissance d'un tel principe dans le but d'assurer à la norme de présence une application minimale qui pourrait être garantie y compris *contra legem*. Si la norme de présence existe, elle existe donc bien en dehors du droit écrit.

576. Bilan – Toutefois, ce constat ne saurait être galvaudé et on ne saurait conclure, sans céder à une hâte déductive certaine, à l'existence d'un principe de présence juridiquement normatif à la seule lumière de son inexistence en droit écrit. La conclusion serait en effet à la fois trop facile et surtout fausse car certains principes directeurs sont bel et bien reconnus par le droit écrit, ce qui ne leur ôte rien de leur qualité de principe. En revanche, il est possible de considérer à l'issue de ces développements que la reconnaissance textuelle d'une norme en tant que principe directeur n'est pas un véritable critère définitoire du principe de telle sorte qu'il n'est en réalité possible d'en déduire ni l'appartenance ni l'exclusion de la norme de présence à la catégorie des principes directeurs du procès

²¹⁸² Pour reprendre l'expression de P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 430 et s.

²¹⁸³ Directive (UE) 2016/343 du 9 mars 2016 du Parlement européen et du Conseil portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales.

²¹⁸⁴ V. E. JEULAND, « Arbitrage en ligne et procès virtuel : pour le principe de présence », art. préc. ; L. CADIET, « Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies.- Rapport de synthèse », art. préc. ; S. AMRANI-MEKKI, « L'impact des nouvelles technologies sur l'oral et l'écrit en procédure civile », art. préc. V. aussi J. DANET, « Le recours à la visioconférence en matière de détention provisoire, la fin annoncée d'une jurisprudence complaisante au souci de gestion ? », *RSC* 2011, p. 419 ; J. DANET, « L'intérêt gestionnaire pour la visioconférence ne doit pas aveugler... », *RSC* 2012, p. 197.

normatifs. Il en va en revanche différemment de la reconnaissance jurisprudentielle d'un tel principe qui conserve quant à elle son utilité au regard de la qualification d'un éventuel principe de présence.

§2 : L'utilité d'une reconnaissance jurisprudentielle d'un principe de présence

577. Premices d'un principe de présence à l'état embryonnaire – La reconnaissance jurisprudentielle d'un principe de présence permettrait d'une part de confirmer l'existence de cette norme en tant que principe directeur du procès juridiquement normatif, et d'autre part d'asseoir l'action contraignante de cette norme générale²¹⁸⁵. Pourtant, il faut bien constater que la recherche d'un principe de présence visé directement par les juges est vaine (A), ce qui ne permet pas, à l'heure actuelle, de l'identifier comme un principe directeur juridiquement normatif. Il est néanmoins possible de déceler dans la jurisprudence tant interne qu'européenne des indices de l'existence d'un principe de présence à l'état latent, qui vient à tout le moins conforter l'idée selon laquelle le principe de présence peut être qualifié de principe directeur latent (B).

A- L'absence de reconnaissance explicite du principe de présence

578. Constat de l'absence d'un principe de présence explicitement visé – L'observation de la jurisprudence de la Cour de cassation est indubitablement de nature à semer le doute sur l'existence en droit positif d'un véritable principe de présence. Il a déjà été démontré que la norme générale de présence n'exercerait pas une véritable action contraignante au sein de l'ordre juridique positif. Et pour cause, puisque les références à un principe de présence dans la jurisprudence de la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire sont inexistantes, ce qui laisse perplexe. Il suffit en effet d'une simple recherche de l'expression exacte « principe de présence » dans les bases de données jurisprudentielles pour se retrouver face au néant. Certes, la jurisprudence n'est pas totalement indifférente aux questions relatives à la présence et de nombreuses décisions sont rendues sur des questions en lien avec la présence des acteurs du procès. On trouve ainsi des arrêts relatifs à la présence des parties lors de l'exécution par le juge d'une mesure de vérification personnelle en procédure civile²¹⁸⁶, d'autres sont relatifs aux expertises en matière civile dont les opérations doivent en principe se dérouler en présence des parties ou celles-ci représentées²¹⁸⁷ ou bien

²¹⁸⁵ Sur l'action contraignante des normes juridiques en général et de la norme de présence en particulier, v. *supra* n° 518 et s.

²¹⁸⁶ V. par exemple Cass. soc., 24 nov. 1988 : *Bull. civ. V*, n° 626. Cet arrêt précise que « *le juge ne peut procéder à des vérifications personnelles que lorsque les parties sont présentes ou ont été appelées* ».

²¹⁸⁷ Cass. civ. 1^{re}, 9 juin 1982 : *Bull. civ. I*, n° 219 ; *RTD Civ.* 1983, 194, obs. R. PERROT ; Cass. civ. 1^{re}, 7 mars 2000, n° 97-20.017 : *Bull. civ. I*, n° 79 ; Cass. civ. 3^e, 25 sept. 2007, n° 06-17.907. V. également pour les

encore certains tranchent des questions relatives à l'utilisation de la visioconférence²¹⁸⁸. Mais ces décisions sont souvent rendues au visa de règles spéciales. Ainsi, l'arrêt rendu le 24 novembre 1988 par la Chambre sociale de la Cour de cassation relatif à la présence des parties lors des vérifications personnelles opérées par le juge est rendu au visa des articles 172 et 179 du Code de procédure civile²¹⁸⁹ ; c'est encore l'article 160 du Code de procédure civile²¹⁹⁰ qui sert de fondement aux arrêts rendus relativement au déroulement des mesures d'expertise ; c'est enfin l'article 706-71 du Code de procédure pénale, qui permet de justifier les décisions relatives à l'utilisation de la visioconférence. Le recours à des textes particuliers et non à un principe de présence plus général ne permet donc pas d'induire avec certitude de ces solutions un tel principe dont les textes seraient des manifestations.

579. Justification de cette absence – Néanmoins, il faut se convaincre de « la nécessité de ne pas restreindre artificiellement l'ensemble des principes aux seuls principes visés à l'époque contemporaine dans des arrêts de cassation »²¹⁹¹. D'abord, il faut admettre que les principes ne peuvent aussi facilement émerger des arrêts de rejet comme ils jaillissent des arrêts de cassation. En effet, l'article 1020 du Code de procédure civile n'exige un visa qu'à l'égard des arrêts de cassation, ce qui rend compte *a contrario* de l'absence de nécessité de viser une règle de droit lorsqu'il s'agit de rejeter un pourvoi. Les arrêts de rejet ne visent donc pas la plupart du temps les principes qui sont susceptibles de fonder leur solution dans la mesure où ces principes n'ont pas été violés. Les principes émergent donc plus facilement à la faveur de leur violation, qui fournit le prétexte de leur reconnaissance explicite par la jurisprudence. Or, les hypothèses éventuelles de violation du principe de présence ne se sont multipliées que récemment, au gré de l'introduction des nouvelles technologies au cœur du procès, qu'il s'agisse de l'usage de la visioconférence ou plus encore du développement de procédures totalement dématérialisées²¹⁹², comme pourrait l'être l'arbitrage en ligne²¹⁹³. Il n'est donc pas étonnant que, quelques années seulement après l'introduction de ces nouvelles technologies dans le procès, le principe de présence ne se soit pas encore révélé au fronton

expertises destinées à éclairer le juge pour statuer sur les intérêts civils en matière pénale : Cass. crim., 3 mai 1988, n° 86-90.372 : *Bull. crim.* n° 190 ; Cass. crim., 23 mars 2010, n° 08-83.688 : *Bull. crim.* n° 53.

²¹⁸⁸ V. par exemple Cass. crim., 11 octobre 2011 : *Bull. crim.*, n° 197 ; D. 2011, p. 2732, obs. M. LENA, « Prolongation de la détention, refus de la visioconférence » ; RSC 2012, p. 197, note J. DANET, « L'intérêt gestionnaire pour la visioconférence ne doit pas aveugler ».

²¹⁸⁹ L'article 179 du Code de procédure civile dispose en effet que « le juge peut, afin de les vérifier lui-même, prendre en toute matière une connaissance personnelle des faits litigieux, les parties présentes ou appelées ».

²¹⁹⁰ Art. 160 C. proc. civ. : « Les parties et les tiers qui doivent apporter leur concours aux mesures d'instruction sont convoqués [...] ».

²¹⁹¹ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 370.

²¹⁹² C'est en réaction à ces procédures totalement virtuelles que le droit espagnol a fait émerger son principe d'*inmediación*, cousin ibérique du principe de présence. V. le rapport espagnol réalisé par F. GASCON INCHAUSTI, dans le cadre du 13^{ème} Congrès de l'Association Internationale de Procédure, tenu au Brésil du 16 au 20 septembre 2007.

²¹⁹³ E. JEULAND, « Arbitrage en ligne et procès virtuel : pour le principe de présence », *Revue Droit et procédures*, 2007, n° 5, p. 262.

d'un arrêt de cassation. Ensuite, si certains arrêts de cassation mettant en jeu la question de la présence ont pu être rendus sans qu'un principe de présence ne soit expressément visé²¹⁹⁴, c'est également parce que sur ces questions, il n'est pas utile de faire émerger un tel principe, dans la mesure où d'autres normes bien mieux ancrées en droit positif – comme le principe du contradictoire²¹⁹⁵ – sont susceptibles de fonder les mêmes solutions. Cependant, cette complémentarité des normes susceptibles de fonder une même et unique solution n'est pas un gage suffisant de l'inexistence de l'une d'elle au profit de l'autre. Ainsi, de la même façon que le principe du contradictoire, norme dérivée du principe plus général des droits de la défense, justifie des solutions également justifiées par les droits de la défense, le fait qu'une solution en conformité avec la norme de présence soit formellement rendue au visa du principe du contradictoire ne saurait convaincre de l'inutilité générale du principe de présence. D'ailleurs, si la jurisprudence n'a pas encore accouché d'un principe de présence, il est encore possible de reconnaître la norme de présence comme un « principe latent »²¹⁹⁶.

B- La reconnaissance implicite d'un principe de présence embryonnaire

580. Principe de présence latent ou embryonnaire²¹⁹⁷ en droit européen – Dès lors que le critère de la norme juridique est sa justiciabilité²¹⁹⁸ et que le droit processuel est sous l'influence grandissante de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il est également nécessaire d'observer cette jurisprudence et la façon dont elle appréhende la norme de présence. En effet, le droit processuel, né du rapprochement des trois grandes procédures – procédure civile, procédure pénale et contentieux administratif –²¹⁹⁹, s'attache désormais à l'étude d'un modèle, sinon universel²²⁰⁰ du moins commun à toutes ces procédures, sous l'impulsion du droit européen. Il est alors utile de tourner le regard vers la jurisprudence rendue par la Cour européenne des droits de l'Homme en la matière pour tenter d'en tirer des conclusions sur la nature de la norme de présence. Or, il apparaît que de nombreux arrêts sont rendus, qui rappellent notamment l'importance de la présence physique du prévenu lors de la tenue du procès en matière pénale. Ainsi, l'un des arrêts significatifs en

²¹⁹⁴ Comme c'est le cas en matière d'expertise.

²¹⁹⁵ Ainsi, les arrêts rendus sur la question de la présence des parties aux opérations d'expertise le sont bien souvent au visa de l'article 16 du Code de procédure civile : v. par ex. Cass. civ. 3^e, 25 sept. 2007, n° 06-17.907, préc.

²¹⁹⁶ Expression d'E. VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès*, préc., n° 282.

²¹⁹⁷ Expression de P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 357 et s. Expression d'E. VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès*, préc., n° 282.

²¹⁹⁸ V. *supra* n° 520.

²¹⁹⁹ Motulsky visait ainsi l'objectif d'« approfondir et comparer ou approfondir en comparant » : H. MOTULSKY, *Droit processuel*, Montchrestien, 1973, p. 1, cité par S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS *et alii*, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, préc., n° 2.

²²⁰⁰ Pour reprendre l'expression de S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS *et alii*, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, préc., spéc. n° 216 et s.

matière de visioconférence a été rendu le 5 octobre 2006 dans l'affaire *Marcello Viola contre Italie*²²⁰¹. Cet arrêt rappelle que « la faculté pour l'«accusé» de prendre part à l'audience découle de l'objet et du but de l'ensemble de l'article 6. Du reste, les alinéas c), d) et e) du paragraphe 3 reconnaissent à «tout accusé» le droit à «se défendre lui-même», «interroger ou faire interroger les témoins» et «se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience», **ce qui ne se conçoit guère sans sa présence**²²⁰² »²²⁰³. Cette solution, qui découle de la jurisprudence *Stanford*²²⁰⁴, n'est d'ailleurs pas nouvelle²²⁰⁵ et a été souvent réitérée par la Cour de Strasbourg²²⁰⁶. Il est vrai que ces arrêts ne font pas référence explicitement à un principe de présence. Mais en réalité, cette absence de référence explicite n'est pas un argument opérant : la méthode de raisonnement des juges européens ne consiste pas à faire émerger des normes générales mais à vérifier le respect des droits fondamentaux dans des situations concrètes. Preuve en est la façon dont ils traitent de la violation du principe du contradictoire en faisant référence au droit à un procès équitable et non au principe lui-même²²⁰⁷, alors même qu'il est désormais démontré de façon non équivoque qu'il s'agit bien là d'un principe de droit²²⁰⁸. En outre, il est possible de trouver des indices de l'existence d'un principe de présence, non dans les décisions elles-mêmes, mais dans des opinions dissidentes exprimées par les juges à l'occasion d'un désaccord avec une solution. Ainsi, dans l'affaire *Medenica contre Suisse*, l'un des juges reprochait à l'arrêt d'avoir vidé de sa substance « ce principe fondamental » selon lequel « la présence du prévenu à l'audience revêt une importance capitale », et « toute personne jugée en son

²²⁰¹ CEDH, 5 oct. 2006, *Marcello Viola c. Italie*, req. n° 45106/04 : JCP G 2007, I, 106, n° 10, obs. F. SUDRE ; RTDH 2008, p. 223, note M. CHIAVARO, « La vidéoconférence comme moyen de participation aux audiences pénales ».

²²⁰² Nous soulignons.

²²⁰³ CEDH, 5 oct. 2006, *Marcello Viola c. Italie*, préc., § 52.

²²⁰⁴ CEDH, 23 fév. 1994, *Stanford c. Royaume-Uni*, req. n° 16757/90. Cette décision énonce ainsi que « l'article 6, lu comme un tout, reconnaît à l'accusé le droit de participer à son procès. Cela inclut en principe, entre autres, le droit non seulement d'y assister, mais aussi d'entendre et suivre les débats » (§ 26).

²²⁰⁵ V. par ex. CEDH, 12 fév. 1985, *Colozza c. Italie*, req. n° 9024/80, § 27 ; CEDH, 18 mai 2004, *Somogyi c. Italie*, req. n° 67972/01, § 65 ; CEDH, 1^{er} mars 2006, *Sejdovic c. Italie*, req. n° 56581/00, § 81. V aussi pour une formule différente : CEDH, 24 mars 2005, *Stoichkov c. Bulgarie*, req. n° 9808/02 (« It may thus be considered that the duty to guarantee the right of a criminal defendant to be present in the courtroom – either during the original proceedings or in a retrial after he or she emerges – ranks as one of the essential requirements of Article 6 »).

²²⁰⁶ V. par ex. CEDH, 9 nov. 2006, *Golubev c. Russie*, req. n° 26260/02 ; CEDH, 25 mars 2008, *Gaga c. Roumanie*, req. n° 1562/02 ; CEDH, 24 avr. 2012, *Haralampiev c. Bulgarie*, req. n° 29648/03, § 30.

²²⁰⁷ V. par ex. CEDH, 24 fév. 1995, *McMichael c. Royaume-Uni*, req. n° 16424/90, § 80 : D. 1995, p. 449.

²²⁰⁸ L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, préc., spéc. n° 125 et s. Certains auteurs font même l'impasse sur la démonstration tant celle-ci serait évidente : v. M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire (droit processuel)*, Thèse dactyl., Paris II, 1988, n° 3 : « Guère n'est besoin de démonstration pour savoir que le contradictoire est un principe fondamental du procès ». Pour un constat plus nuancé, v. L. ASCENSI, *Du principe de la contradiction*, préf. L. CADIET, LGDJ, 2006, Coll. Bibliothèque de droit privé, n° 186 et s. : l'auteur y livre une conclusion plus nuancée, en affirmant que si la contradiction constitue notamment un principe général du droit, la notion ne peut cependant s'y réduire et reçoit également la qualification de droit fondamental. Sur la question plus générale des rapports entre principes et droits fondamentaux, v. *infra* n° 551.

*absence, mais régulièrement citée, a droit à être jugée à nouveau, en la forme ordinaire, si elle établit que son absence (...) [est] du[e] à une cause indépendante de sa volonté »*²²⁰⁹, tandis qu'un autre regrettait la méconnaissance de « *principes généraux* »²²¹⁰ en lien avec la présence du prévenu à son procès pénal.

581. Reconnaissance implicite d'un principe de présence en droit interne – Un autre exemple de cette reconnaissance implicite d'un principe de présence peut être proposé. Dans un arrêt rendu sur la question de la comparution personnelle du condamné lors d'une audience devant le chambre de l'application des peines amenée à statuer sur une demande de révocation de libération conditionnelle, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a conclu à l'interdiction pour la chambre de l'application des peines à statuer sans que le condamné qui en fait la demande eut été mis en mesure de comparaître à l'audience²²¹¹. Or, les fondements de cette décision sont incertains²²¹². En effet, alors que l'arrêt est rendu au visa de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, de l'article préliminaire et de l'article 733 du Code de procédure pénale, aucun de ces textes ne paraît pouvoir justifier à lui seul la solution. Les articles préliminaire et 733 du Code de procédure pénale ne disent rien de la présence du condamné à l'audience. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, et avec lui le droit pour tout accusé en matière pénale d'assister à son procès, est impropre à fonder la solution dans la mesure où dans cette hypothèse, la chambre de l'application des peines ne statue pas sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale. L'on pourrait alors considérer que la Cour de cassation se soit en réalité fondée sur un principe de présence, non expressément visé, qui dépasserait le seul droit d'assister à son procès en matière pénale.

582. Le principe de présence, un principe doctrinal à l'état latent – Ces indices sont toutefois bien trop légers pour pouvoir affirmer de façon catégorique l'existence d'un principe de présence qui serait juridiquement normatif. En revanche, ils permettent sans aucun doute de conforter l'idée que la norme générale de présence est un principe directeur du procès à l'état latent, parce qu'il est encore aujourd'hui purement doctrinal et n'a pas accédé au rang de principe juridiquement normatif. L'on ne peut alors que souhaiter la reconnaissance d'un tel principe, et en particulier sa reconnaissance jurisprudentielle, et ce afin de permettre à cette norme d'être utilisée par les différentes juridictions dans le but de

²²⁰⁹ V. opinion dissidente de M. le juge Bonello, sous CEDH, 14 juin 2001, *Medenica c. Suisse*, req. n° 20491/92, § 6.

²²¹⁰ V. opinion dissidente de M. le juge Rozakis, sous CEDH, 14 juin 2001, *Medenica c. Suisse*, préc., § 7, qui semble inclure dans ces « principes généraux » le fait qu'un accusé assiste à une procédure pénale dirigée à son encontre.

²²¹¹ Cass. crim., 15 avr. 2015, n° 14-82.622 : *Dr. pén.* 2015, comm. 91, note E. BONIS-GARÇON.

²²¹² En ce sens, v. E. BONIS-GARÇON, « Respect du principe du contradictoire devant la chambre de l'application des peines », *Dr. pén.* 2015, comm. 91, note sous Cass. crim., 15 avr. 2015, n° 14-82.622.

préserver l'équilibre des procédures entre une rationalisation des procédures rendue nécessaire par les contraintes budgétaires et la nécessité éthique de préserver une justice à visage humain. Le principe de présence peut donc être analysé comme un principe à l'état latent, ce qui ne doit toutefois pas conduire à l'exclure de la catégorie des principes directeurs du procès.

Conclusion du chapitre 2 :

583. Existence d'un principe de présence à l'état latent – *In fine*, l'étude de la norme générale de présence en l'état actuel du droit positif conduit à la conclusion qu'il pourrait s'agir là d'un principe directeur du procès toutefois encore à l'état latent ou embryonnaire.

584. Pertinence matérielle de la qualification de principe directeur du procès – En premier lieu, il a été opéré une confrontation de la norme générale de présence aux critères matériels des principes directeurs du procès. Or, les caractères matériels de la norme de présence la rapprochent indubitablement des autres principes directeurs du procès. Au regard des fondements de la norme de présence, il apparaît en effet que celle-ci a une forte dimension axiologique qui est le propre de bon nombre de ces normes premières traduisant une conception idéale du système juridique que sont les principes de droit en général et les principes directeurs du procès en particulier. Plus encore, la norme de présence, comme les principes de droit processuel, est une norme dotée d'une forte généralité technique en ce qu'elle est susceptible de s'appliquer à tous les contentieux et à nombre important de situations juridiques processuelles. De cette généralité découle une certaine flexibilité de la norme, qui loin de remettre en cause sa normativité, permet au principe de présence de ne pas s'inscrire dans une logique absolutiste et de s'adapter aux spécificités des différents contentieux et des différentes situations processuelles pouvant être régies par ce principe. La norme de présence est donc apparue comme possédant les caractères matériels nécessaires pour prétendre appartenir à la catégorie des principes de droit processuel. La flexibilité normative du principe de présence pose toutefois la question de la positivité de cette norme, et le nombre relativement important de situations juridiques processuelles sans présence invite nécessairement à s'interroger sur la légitimité d'une qualification de principe juridique à son égard. L'on pourrait en effet admettre qu'il existe un « *seuil de flexibilité* »²²¹³, en deçà duquel le principe de droit processuel sort du système juridique, et resterait alors à l'état de « *principe latent* »²²¹⁴, qui correspond à une norme ayant les caractéristiques matérielles du principe directeur, mais qui n'est pas ou plus reconnu à l'heure actuelle.

585. Reconnaissance formelle imparfaite du principe de présence – En effet, seule la reconnaissance d'un tel principe par l'ordre juridique positif est susceptible d'en faire un principe directeur juridiquement normatif. Or, si l'absence d'existence textuelle de ce principe n'est en réalité pas significative de sa qualification, son absence de reconnaissance jurisprudentielle ne permet pas de considérer que le principe de présence est un principe

²²¹³ E. VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, préc., n° 282.

²²¹⁴ *Ibid.*

juridiquement normatif et le cantonne à la catégorie des principes directeurs doctrinaux, à l'état latent. En effet, l'absence de reconnaissance textuelle du principe de présence est loin d'être un obstacle dirimant à sa qualification de principe directeur du procès puisque tous les principes directeurs du procès ne font pas l'objet d'une reconnaissance textuelle. En revanche, l'absence de reconnaissance jurisprudentielle pose quant à elle plus de questions. Bien qu'il n'y ait pas de référence explicite dans la jurisprudence à un « principe de présence », plusieurs indices permettent implicitement de découvrir l'existence d'un principe de présence encore à l'état latent ou embryonnaire, faute de jouir d'une reconnaissance explicite. Il reste donc à souhaiter une reconnaissance de ce « principe de présence » pour renforcer sa force de résistance à l'égard du mouvement de rationalisation de la justice.

Conclusion du titre 2 :

586. Pertinence fonctionnelle du principe directeur du procès – Les normes générales de droit processuel sont classiquement et spontanément regroupées dans la catégorie des principes directeurs du procès. Il était donc nécessaire de rechercher si un principe de présence pouvait appartenir à cette catégorie, laquelle tire sa spécificité de l'action qu'ils exercent dans l'ordre juridique processuel. Tous en effet exercent une action directive qui consiste à guider le législateur comme les juges dans leur œuvre de construction du système processuel. Or, la norme de présence exerce bien cette action directive dans la mesure où elle sert de jalon d'interprétation et de guide d'inspiration dans la création des normes. A ce titre, elle épouse parfaitement la fonction de maintien de la cohérence des procédures que remplissent les principes directeurs du procès dans leur ensemble. Pourtant, certains principes directeurs ont une action normative plus forte encore que cette seule action directive, et vont être dotés d'une véritable force contraignante. C'est qu'en effet, les principes directeurs du procès peuvent être distingués entre les principes directeurs du procès juridiquement normatifs et ceux qui ne sont que des principes doctrinaux. La norme de présence semble alors ne pouvoir prétendre appartenir qu'à la catégorie des principes doctrinaux dans la mesure où son action contraignante est à l'heure actuelle relativement limitée, car elle ne paraît pas sanctionnée. Caractérisé par sa seule fonction directive, l'action de la norme générale de présence permet alors de rapprocher cette norme des principes directeurs du procès sans toutefois pouvoir conférer avec certitude à cette dernière cette qualification dans la mesure où des instruments normatifs autres que les principes directeurs du procès exercent également cette action.

587. Pertinence conceptuelle du principe directeur du procès – L'étude des critères définitoires du concept de principe directeur du procès permet alors d'éclairer cette qualification au regard de la norme de présence et de mettre en lumière la pertinence conceptuelle de cette qualification. Plus exactement, les caractères de la norme de présence étant similaires à ceux des autres principes directeurs du procès, le principe de présence peut prétendre entrer dans cette catégorie. En effet, la norme de présence repose sur les mêmes fondements que les autres principes directeurs puisqu'il possède une dimension éminemment axiologique. Plus encore, elle est comme les autres principes directeurs, une norme qui s'illustre par sa généralité et sa flexibilité. Partant, le principe de présence pouvait à ce stade prétendre entrer dans la catégorie des principes directeurs du procès. Pour exacte qu'elle soit, cette qualification de principe directeur du procès est néanmoins encore imprécise puisque coexistent au sein de cette catégorie des principes directeurs juridiquement normatifs et des principes doctrinaux, encore à l'état latent car non dotés d'une véritablement juridicité. Or, l'appartenance de la norme générale de présence à la catégorie des principes directeurs doctrinaux, déjà pressentie en raison de son action, semble se confirmer, dans la mesure où sa

reconnaissance formelle est imparfaite. En d'autres termes, il existerait un principe de présence, principe directeur du procès doctrinal, à l'état latent, mais en devenir.

588. Reconnaissance possible d'un principe de présence – Au regard de l'ensemble de ces éléments, la reconnaissance d'un principe de présence est possible. Au plan juridique, les conditions sont réunies pour consacrer la norme générale de présence en tant que principe directeur du procès, et l'intérêt croissant pour la question de la présence en droit processuel permet bien de considérer qu'il s'agit là d'un principe directeur en devenir.

589. Souhait d'une consécration explicite du principe de présence – En outre, il serait souhaitable que le principe de présence soit explicitement consacré afin de renforcer son action contraignante. En réalité, il s'agit là d'une question de politique procédurale, qui impose de choisir entre, d'une part, la voie d'une reconnaissance explicite du principe de présence, qui permettrait *a minima* de contenir les dérives managériales et, d'autre part, la voie consistant à laisser le principe à l'état latent pour faire triompher la logique gestionnaire de la justice. La reconnaissance formelle, en droit positif, du principe de présence permettrait grâce aux fonctions propres aux principes directeurs du procès juridiquement normatifs de poser des limites à la logique gestionnaire. C'est en effet là que réside l'intérêt premier de renforcer la reconnaissance formelle d'un principe de présence pour renforcer sa légitimité à résister à une évolution trop brutale et tendant à la désincarnation de la justice qui serait portée par un développement exponentiel et irréfléchi des nouvelles technologies dans le procès. Le principe de présence servirait ainsi de dernier rempart contre la déshumanisation de la justice, à l'heure où les pouvoirs publics sont tentés de faire reculer la présence du fait d'une vision par trop managériale des procédures.

590. Formulation du principe de présence – En définitive, les multiples situations juridiques de présence apparaissent comme des manifestations particulières d'une norme plus générale qu'est le principe de présence selon lequel *les opérations procédurales déterminantes sur l'issue du litige se déroulent en présence des parties et des tiers impliqués*, qui pourrait être consacré afin de se prémunir contre les atteintes aux valeurs qu'il véhicule.

Conclusion de la seconde partie :

591. La normativité de la présence en question – L'étude de la normativité de la présence en droit processuel avait pour principale ambition de préciser comment cette notion, dont la légitimité avait été précédemment démontrée, est appréhendée par les instruments juridiques normatifs, afin d'en déterminer la place au sein du système juridique processuel. En effet, en dépit de la légitimité de la notion, la place de la présence en droit processuel peut paraître très incertaine car elle fait fréquemment l'objet de remises en cause, que les dernières réformes de procédure illustrent parfaitement²²¹⁵. Les développements précédents ont donc tenté de démontrer sous quelle forme juridique la présence existait dans l'ordre juridique processuel.

592. Situations juridiques de présence – Suivant une approche progressive, il était donc intéressant de s'interroger en premier lieu sur l'existence de situations juridiques présentielles. La diversité de ces situations juridiques a alors pu être mise en lumière dans la mesure où l'appréhension juridique de la présence relève en réalité d'un complexe de charges et de prérogatives de présence dont peuvent être titulaires les différentes personnes impliquées dans la procédure.

Il existe ainsi de nombreuses charges présentielles pesant tant sur les collaborateurs de la procédure – c'est-à-dire les tiers au procès – que sur les acteurs de la procédure. Sur les premiers pèse principalement un devoir de présence justifié par la nécessaire recherche de la vérité. Sur les seconds pèsent tantôt un véritable devoir de présence tel que celui du mis en cause en matière pénale, tantôt de simples incombances édictées dans l'intérêt même des parties, qui ne sont dotées que d'une efficacité relative. A la vérité, sans que cela ne remette en cause leur effectivité de façon absolue, il semble néanmoins que ces diverses charges de présence voient leur efficacité limitée, ce qui peut d'ailleurs être regrettable, en particulier en procédure pénale si l'on songe à l'importance que peut recouvrir leur présence au regard de la manifestation de la vérité, pourtant si essentielle en la matière.

Sans doute ce déclin de l'effectivité des charges de présence s'explique-t-il par la montée corrélative des prérogatives présentielles des parties à la procédure. La subjectivisation de la procédure sous l'impulsion de la montée en puissance des droits processuels fondamentaux, au premier rang desquels se trouvent les droits de la défense, conduit en effet à la reconnaissance progressive de ces prérogatives et en particulier d'un droit

²²¹⁵ V. par ex. le nouvel article R. 1453-1 du Code du travail réécrit par le décret du 20 mai 2016, qui a supprimé l'exigence de comparution personnelle devant le Conseil de prud'hommes, alors que cette juridiction était considérée comme le dernier bastion de la comparution personnelle en matière civile.

d'être présent au cours des opérations procédurales déterminantes sur l'issue du litige qui est reconnu aux parties. Ce droit subjectif leur permet alors d'une part d'être mises en mesure de se présenter au cours de ladite opération procédurale et d'autre part de refuser qu'on leur impose l'usage de la visioconférence. Il ne s'agit toutefois pas là des seules prérogatives présentes existantes puisque le droit positif reconnaît également des pouvoirs de présence, désignés comme tels parce qu'ils ne sont pas exercés dans l'intérêt exclusif de leur titulaire, mais dans l'intérêt tantôt d'autrui, lorsqu'il s'agit d'accorder un tel pouvoir au représentant d'un incapable, tantôt général, lorsqu'il s'agit du pouvoir de présence du ministère public. Ces différentes prérogatives de présence ne sont cependant pas absolues, dans la mesure où leur mise en œuvre révèle qu'elles jouissent d'une effectivité variable. Cette effectivité, assurée par la mise en place d'un certain nombre de mécanismes de garanties et de sanctions, se heurte ainsi parfois à certains obstacles tenant notamment à la nécessité d'une bonne administration de la justice et à la protection de la sécurité et de l'ordre public. Ces obstacles ne sauraient toutefois remettre en cause l'existence de telles prérogatives dans la mesure où lorsqu'ils ne peuvent être contournés, le droit positif prévoit des mécanismes de compensation de l'absence des parties.

593. A la recherche d'un principe de présence – L'appréhension de la présence par le droit processuel met en lumière la diversité importante des situations juridiques l'organisant, ce qui d'une part témoigne d'une véritable normativité juridique de cette notion, et d'autre part invite à la recherche d'une norme générale de présence unique de laquelle découleraient ces situations juridiques particulières. Cette recherche est d'autant plus nécessaire que l'effectivité des situations juridiques de présence, qui est aujourd'hui faible ou à tout le moins variable, pourrait être utilement renforcée par l'existence d'un principe de présence.

594. La reconnaissance d'un principe directeur du procès – Il fallait donc poursuivre l'étude par la recherche d'une norme générale de présence distincte des normes particulières inscrites dans les différents codes qui supportent les situations juridiques. L'existence de normes générales processuelles regroupées au sein de la catégorie des principes directeurs du procès conduisait donc nécessairement à s'interroger sur l'existence éventuelle d'un principe de présence parmi les principes directeurs du procès.

La spécificité des principes directeurs du procès étant précisément leur action dans l'ordre juridique, l'étude de l'action de la norme de présence a donc permis d'asseoir la pertinence fonctionnelle de la qualification de principe directeur du procès à son égard. En effet, l'unité fonctionnelle de la catégorie des principes directeurs du procès tient à leur action directive, c'est-à-dire à leur capacité à maintenir la cohérence du système processuel en servant au juge de guide d'interprétation et au législateur de guide d'inspiration. La norme de

présence exerce effectivement cette fonction. Cette action directive vient d'ailleurs conforter la normativité – au sens de faculté à proposer un modèle à suivre – de la règle de la présence. Il est toutefois apparu que l'action normative des principes directeurs est en réalité double. Certains principes directeurs n'exercent qu'une action directive, tandis que d'autres, qui sont de véritables principes juridiquement normatifs, exercent en sus une action contraignante. Or à cet égard, la norme de présence n'exerce qu'une action limitée. En effet, si les situations juridiques particulières sont sanctionnées en droit positif, la norme générale de présence quant à elle, ne semble pas l'être. Ce constat empêche alors de considérer le principe de présence en tant que principe juridiquement normatif, mais n'empêche toutefois pas de le considérer comme un principe directeur du procès doctrinal.

Cela étant, et dans la mesure où les principes directeurs du procès même doctrinaux ne sont pas les seuls instruments juridiques à pouvoir exercer une action directive au sein de l'ordre juridique, il était nécessaire de parachever cette qualification au regard des critères définitoires du principe directeur du procès sur un plan conceptuel. Or, l'analyse a alors permis de conforter cette qualification. En effet, le principe de présence puise ses fondements dans la théorie axiologique dans la mesure où il véhicule des valeurs de droit processuel que sont notamment la proximité et l'équité. Par ailleurs, il s'agit là d'une norme d'application générale et flexible, ce qui correspond aux critères matériels du principe directeur du procès. En revanche, si la reconnaissance formelle par les textes de procédure n'est pas véritablement déterminante de sa qualification normative, l'absence de reconnaissance jurisprudentielle d'un tel principe vient conforter l'idée qu'il s'agit là d'un principe doctrinal, encore à l'état latent aujourd'hui, ce que l'on peut néanmoins regretter puisqu'une telle reconnaissance permettrait de renforcer l'action de ce principe de présence et ainsi de préserver la justice d'une désincarnation excessive. Il faut en effet admettre qu'en réalité, l'effectivité relative des applications particulières de la présence en droit processuel pourrait s'expliquer par l'absence de normativité du principe de présence. La reconnaissance de celui-ci dans l'ordre juridique processuel, possible au regard des fonctions de la norme générale de présence autant que de ses caractères, permettrait alors de renforcer l'effectivité des règles juridiques particulières en les éclairant d'un nouveau jour. Bien que le choix – qui n'est autre qu'un choix politique – de reconnaître explicitement un tel principe puisse trouver son origine dans un phénomène de réaction aux atteintes croissantes à la présence, il ne doit toutefois pas apparaître comme un choix réactionnaire. Progrès technique ne signifie pas nécessairement progrès social. Il ne s'agit donc pas de refuser aveuglément le progrès, mais simplement de refuser une déshumanisation de la justice au seul nom du progrès technique ou de la rationalité économique.

CONCLUSION GENERALE :

595. De la normalité à la normativité de la présence – L'étude de la présence en droit processuel fut introduite par l'observation d'un paradoxe. Alors que la présence des différents protagonistes est le mode primaire de leur participation au procès, sa place dans les procès du XXI^{ème} siècle²²¹⁶ est remise en question, notamment en raison du développement des alternatives à la présence, telle que la représentation ou l'utilisation des nouvelles technologies. Cette remise en question est particulièrement illustrée par la réforme de la procédure prud'homale, alors qu'elle était à la fois la figure de proue et le dernier bastion de l'organisation de la présence des parties dans le procès civil. C'est en réaction à ce mouvement de désintérêt législatif pour la présence qu'est né le mouvement d'intérêt doctrinal pour celle-ci. En effet, tant que la présence était considérée comme le mode *normal* d'organisation du procès, la question de sa *normativité* se posait peu. Puisqu'elle est aujourd'hui concurrencée et remise en question, des interrogations quant à sa véritable place au sein du système processuel sont soulevées. C'est à ces interrogations que cette étude se proposait de répondre. La présence s'est ainsi révélée être une notion juridiquement autonome, substrat d'un principe directeur du procès duquel découlent des situations juridiques processuelles diverses.

596. La légitimité de la présence en tant que notion juridique autonome – En premier lieu, la présence doit en effet être considérée comme un mode d'organisation du procès parfaitement légitime. Puisque l'organisation de la présence en droit processuel est aujourd'hui remise en cause, il était nécessaire d'étudier sa légitimité en tant qu'élément juridique du système processuel. Or, pour pouvoir affirmer sa légitimité, deux difficultés ont été surmontées. Afin de justifier de sa place au sein du droit processuel, il importait d'abord de pouvoir identifier la présence comme une véritable notion juridique. Or, la notion de présence est avant tout d'une notion matérielle, factuelle, qui n'est *a priori* pas dotée d'un contenu juridique. La première difficulté consistait donc dans l'identification d'une notion juridique de présence. Positivement, la présence en droit processuel a alors pu être définie comme le fait de se trouver personnellement et physiquement dans le lieu où se déroule l'opération procédurale entendue comme le processus de réalisation d'une action de nature procédurale. Cette première définition invite d'ores et déjà à admettre que la présence des différents protagonistes du procès doit nécessairement s'entendre d'une présence immédiate, c'est-à-dire sans intermédiaire, ni technologique – par le biais de la visioconférence –, ni humain – par le biais de la représentation. La distinction entre présence d'une part et représentation et visioconférence d'autre part est absolument nécessaire afin de pouvoir

²²¹⁶ Qui fait aujourd'hui l'objet d'un important chantier de rénovation dans le cadre du projet J21.

considérer la présence comme une notion juridiquement efficace. Il est vrai que le droit positif semble parfois tenir pour équivalents sur le plan des effets juridiques ces différents modes de participation au procès. Pourtant, la distinction est particulièrement nécessaire dans la mesure où les avantages de la proximité physique, permis par la seule présence des parties et des tiers au procès, peuvent être compensés mais non égalés par la représentation ou la visioconférence. Il faut donc refuser l'assimilation de la représentation à une forme de « présence juridique » et celle de la visioconférence à une forme de « présence virtuelle », sous peine d'entretenir la confusion. N'est donc présent à une opération procédurale que celui qui est *physiquement et en personne* dans le lieu où se déroule ladite opération.

Forte de cette définition juridique, la notion de présence apparaît alors, sur le plan fonctionnel, comme une notion juridique autonome. Il est vrai que les notions processuelles sont enchevêtrées les unes aux autres et l'on peut aisément constater des liens entre la notion de présence et celles, bien connues du droit processuel, d'accès au juge, de droit d'être entendu, de contradictoire ou d'oralité. La présence en effet facilite le respect de ces garanties et principes processuels. Intuitivement, il est tentant d'affirmer que le plaideur présent a accès à son juge, peut être entendu par lui et débattre contradictoirement et oralement plus facilement que le plaideur absent. Ce constat n'entraîne pourtant pas la négation de l'autonomie conceptuelle de la présence. Aucune de ces garanties ni aucun de ces principes n'absorbe totalement la présence et n'en explique toutes les manifestations. La présence des parties comme des tiers est parfois organisée alors même que juridiquement, elle est indifférente à la mise en œuvre de ces garanties et principes, tout autant servis par la représentation ou la visioconférence. Partant, la présence se révèle comme une véritable notion autonome du droit processuel.

597. La légitimité de la présence en tant que mode d'organisation du procès – Ce seul constat de l'existence de la présence en tant que notion juridique autonome ne suffit cependant pas à affirmer sa légitimité en tant que mode d'organisation du procès aujourd'hui. Au regard des enjeux actuels d'un droit processuel enserré entre une logique protectrice des droits fondamentaux et une logique économique visant à rationaliser les procédures, la légitimité de l'organisation de la présence doit en effet s'apprécier au regard de son utilité juridique comme de son poids économique. Il n'était en effet pas question de prôner la préservation de la présence au sein du droit processuel sans s'être assuré au préalable de l'intérêt de ce mode d'organisation des rapports processuels. Il est alors apparu que l'intérêt d'organiser la présence des différents protagonistes de la procédure est réel. La présence des acteurs comme des collaborateurs du procès est en effet parée de nombreuses vertus. Elle permet d'abord, par la confrontation immédiate et instantanée des points de vue de les rapprocher, et à défaut de s'approcher autant que faire se peut de la vérité détenue par les Hommes. Ces deux fonctions, conciliatrice et heuristique, favorisent la recherche d'une

situation juste, considérée comme telle parce que restaurant le lien social en résolvant un litige par une solution acceptable et acceptée des parties. C'est sans doute à cet endroit que la présence revêt ses atouts les plus importants, parce qu'ici plus qu'ailleurs, les alternatives à la présence n'ont pas la même efficacité. L'intervention d'un intermédiaire humain peut en effet empêcher le rapprochement des points de vue puisque les avocats représentant leur client sont tenus par les limites de leur mandat. L'intervention d'un intermédiaire technique peut également être considérée comme un frein à l'obtention d'un tel accord si l'on admet d'une part que d'un point de vue psychologique, le langage du corps et des regards prend une part très importante dans la construction des rapports humains et d'autre part que la présence d'un écran entre les différentes parties brouille cette forme de communication. La même conclusion s'impose au regard de la fonction heuristique de la présence, et ce pour les mêmes raisons. La vérité matérielle ne peut sans doute jamais être atteinte, mais il est possible de s'en approcher au plus près en sondant les esprits des Hommes. Certes, il ne faut pas galvauder au regard de ces seuls arguments l'intérêt de la présence en droit processuel. Il faut reconnaître en effet que, dans la société technocratique actuelle, les rapports juridiques interhumains se technicisent, et la vérité utile à la résolution d'un contentieux technique n'est sans doute pas accessible de la même manière que celle d'un contentieux résolument humain tel que celui relatif à la matière pénale, familiale ou sociale. Mais, même dans les contentieux techniques, la présence conserve un intérêt puisqu'elle contribue à améliorer le processus décisionnel en offrant des garanties protectrices supplémentaires aux parties et en leur permettant de mieux comprendre le verdict qui leur est imposé. Sur le terrain juridique, la présence est donc un terreau fertile permettant l'épanouissement d'une solution juste, adoptée au terme d'un processus de résolution du litige de qualité.

Il ne s'agissait toutefois pas de faire preuve d'angélisme. Le droit est une science sociale et la société est aujourd'hui aux prises avec une logique économique de marché qui impose des contraintes croissantes sur le budget des institutions. Or, l'organisation de la présence peut être perçue comme chronophage et coûteuse, les deux aspects étant d'ailleurs liés. Il est vrai qu'intuitivement, on perçoit qu'un tel mode de participation au procès impose des lourdeurs, parce qu'il faut rendre matériellement possible la réunion des différents acteurs et collaborateurs du procès, ce qui représente indubitablement un coût. Mais s'il faut évidemment prendre en considération les réalités matérielles, il ne faut pas non plus faire preuve de trop de pessimisme. Même sur le plan économique, la présence peut être bénéfique en ce sens que l'analyse économique du procès a montré que les processus de règlement amiable des litiges, dont la réussite est largement conditionnée par la mise en présence des différents acteurs, sont de véritables sources d'économies judiciaires. Et en dernière analyse, refuser l'angélisme ne signifie pas renoncer à tout idéalisme. La Justice est, au sens même de l'analyse économique, un bien idéal, et elle doit le rester. Par conséquent, il n'est

certainement pas souhaitable de sacrifier les vertus juridiques de la présence au nom de la logique économique.

La présence s'affirme donc comme une notion dotée d'un contenu juridique propre et d'une autonomie conceptuelle. La légitimité de sa mise en œuvre en tant que mode d'organisation du procès est en outre révélée à la lueur de ses finalités juridiques et de son impact économique. Toutefois, le constat de la légitimité abstraite de la présence en tant que technique d'organisation des rapports processuels ne suffit pas à l'ancrer au cœur du droit processuel. Cet ancrage ne peut en effet être opérationnel qu'à la faveur d'une reconnaissance de la présence par l'ordre juridique normatif.

598. L'appréhension normative de la présence au travers de situations juridiques particulières – En second lieu, il fallait donc vérifier qu'en plus d'être légitime, la présence en tant que mode d'organisation du procès est concrètement reconnue par l'ordre normatif processuel. Adoptant une démarche inductive, la question de la normativité de la présence ne pouvait être résolue qu'en observant, dans un premier temps, les manifestations de la présence en droit processuel pour pouvoir identifier d'éventuelles situations juridiques particulières. A cet égard, la présence des acteurs comme des collaborateurs du procès se révèle être organisée par le droit positif grâce à un complexe de charges et de prérogatives présentes relativement dense.

D'abord, les charges de présence sont multiples qui pèsent à la fois sur les acteurs du procès que sont les parties ou les « parties potentielles » et sur les collaborateurs du procès, témoins ou techniciens de la procédure. Théoriquement toutefois, ces charges présentes ne sont pas de même nature. A côté de véritables devoirs de présence érigés dans l'intérêt général afin de faciliter la manifestation de la vérité, il se trouve en effet quelques incombances de présence érigées cette fois dans l'intérêt des parties. Ces charges présentes ont toutefois en commun de révéler un peu plus le paradoxe de la place de la présence dans le droit processuel. Il y a en effet un contraste assez net entre, d'une part, les déclarations d'intention du législateur de prôner, dans ces hypothèses, la présence des protagonistes et d'en faire une règle de principe et, d'autre part, l'effectivité réelle de ces différentes charges, qui paraît faible voire affaiblie. Sans pour autant disparaître de l'arsenal juridique, ces charges présentes semblent en effet sur une pente déclinante, en raison d'un recul de leur domaine comme de leurs sanctions. Il y a d'ailleurs, en cela, un indice de la transformation de la physionomie du procès qui est aujourd'hui à l'œuvre. Reposant sur des règles d'ordre public, la matière est aujourd'hui inondée par un courant de subjectivisation du droit processuel qui trouve sa source principale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Ensuite, cette oscillation hésitante du droit positif entre souhait de donner à la présence une véritable assise juridique et difficultés à la mettre en œuvre est également perceptible s'agissant des prérogatives présentielles. Il existe en effet un véritable droit de présence accordé aux parties au procès qui consiste à pouvoir être mises en mesure d'être présentes au cours des opérations procédurales déterminantes sur l'issue du litige, à côté duquel coexistent le pouvoir de présence dans l'intérêt d'autrui offert aux personnes assistant des incapables majeurs et celui détenu par le ministère public dans l'intérêt général. Ces différentes prérogatives présentielles, assorties de sanctions, s'effacent toutefois devant certains impératifs qui lui sont contradictoires tels que la bonne administration de la justice ou la protection de l'ordre public.

Ainsi, le paradoxe qui se révèle à l'étude des situations juridiques présentielles est à l'image des incertitudes qui semblent régner en droit positif quant à la place que doit occuper la présence parmi les différents modes d'organisation des rapports processuels. La présence des différents protagonistes du procès s'affirme comme devant être une règle de principe, mais si l'on observe les seules situations juridiques présentielles particulières, son assise juridique est instable et susceptible d'être remise en cause.

599. L'appréhension normative de la présence au travers d'un principe directeur du procès – Cette assise juridique pourrait néanmoins être renforcée si l'on voulait bien reconnaître, dans un second temps, l'existence d'un véritable principe de présence, principe directeur du procès. Une telle reconnaissance est en effet possible dès lors que les situations juridiques présentielles particulières découlent en réalité d'une norme plus générale, dont la nature est assimilable à celle des principes directeurs du procès.

Cette norme générale exerce en effet la même action normative que celle, caractéristique, des principes directeurs du procès. Assurément, il est une norme générale de présence qui exerce une action directive, propre à insuffler au législateur comme au juge l'esprit des solutions qu'ils doivent adopter. Cette norme de présence, dotée d'une fonction explicative restaurant la cohérence du complexe de situations juridiques présentielles, sert ainsi de jalons d'interprétation pour le juge et de source d'inspiration pour le législateur. Il faut cependant reconnaître que cette norme n'exerce pas de véritable action contraignante dans l'ordre juridique processuel. Ce défaut de sanction de la norme générale de présence, du reste en adéquation avec l'effectivité toute relative des situations juridiques qui en découlent, n'est cependant pas de nature à remettre en cause le caractère normatif de celle-ci, puisque la norme générale de présence peut servir de modèle. Elle interroge en revanche sa normativité juridique, en d'autres termes sa juridicité.

Il fallait donc achever l'étude par un examen approfondi de la nature de cette norme générale pour déterminer si elle peut ou non accéder au rang de principe juridique positif au regard des critères définitoires de cette catégorie de normes. La conclusion qui s'impose alors ne surprend guère. La norme de présence est une norme d'inspiration axiologique, générale, flexible, ce qui la rapproche indubitablement des principes directeurs du procès au regard des critères matériels de cette catégorie de norme. Mais l'imperfection de sa reconnaissance formelle dans l'ordre juridique positif la cantonne au rang de principe directeur doctrinal, et ne lui permet pas par conséquent de s'affirmer aujourd'hui en tant que véritable principe juridiquement normatif.

600. La présence à la croisée des chemins – *In fine*, ce qui était perceptible dès l'introduction de ce propos est confirmé à l'issue de l'étude. La présence, en tant que mode d'organisation des rapports processuels, doit conserver une place privilégiée au sein du droit processuel, mais son assise juridique est instable, voire indécise, en raison du caractère latent du principe directeur du procès qui la porte. Sa révélation en tant que principe juridique positif est aujourd'hui davantage suspendue à un choix politique qu'à une reconnaissance scientifique. Ce choix est en réalité lourd de sens et de conséquences. Il s'agit, ni plus ni moins, de choisir le visage que l'on veut dessiner de la Justice du XXI^e siècle²²¹⁷. La reconnaissance explicite d'un principe de présence juridiquement normatif, selon lequel *les opérations procédurales déterminantes sur l'issue du litige se déroulent en présence des parties et des tiers impliqués*, permettrait, d'une part, aux parties d'assister aux opérations procédurales déterminantes sur l'issue du litige et, d'autre part, imposerait cette présence à toute personne susceptible de concourir par sa présence à la manifestation de la vérité ou à la protection de l'intérêt général. Ce principe pourrait ainsi servir de rempart à la fois contre la déshumanisation et la marchandisation de la Justice. Il faut s'entendre : il ne s'agit pas de faire du principe de présence un principe absolu, non dérogeable, mais seulement d'en renforcer l'autorité pour anticiper les questions qui ne manqueront pas de se poser dans les années, voire les décennies à venir, en raison de l'innovation sans cesse croissante autour des technologies de l'information et de la communication. Il ne s'agit pas non plus de s'inscrire dans une démarche réactionnaire, mais seulement dans une démarche de réaction à la voie dangereuse que pourrait emprunter la Justice du XXI^e siècle si la voie du progrès technique et économique conduisait à trop s'écarter de celle du progrès social.

Si le droit est une science sociale, le droit processuel doit être à l'avant-garde de la préservation du visage humain des rapports sociaux, sauf à admettre, à rebours des intérêts des parties comme de l'intérêt général, que les cours de justice puissent ressembler à des cours royales où le roi-juge pourrait discrétionnairement s'opposer à la présence de ses sujets-

²²¹⁷ A l'heure où ces dernières lignes sont rédigées, le projet Justice du XXI^e siècle est en train d'être débattu.

Conclusion générale

justiciables, et où ceux autorisés pourraient, à leur guise, jouer avec les apparences et se servir de « *l'expédient de l'absence* »²²¹⁸.

²²¹⁸ B. GRACIAN, *L'homme de cour*, (texte original de 1647), Gallimard, 2010, Coll. Folio Classique, Maxime CCLXXXII, p. 523.

BIBLIOGRAPHIE

I- Dictionnaires généraux, lexiques juridiques et ouvrages non juridiques

ASSOCIATION HENRI CAPITANT

- *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, 11^e éd., PUF 2016.

AUROUX S., DESCHAMPS J., DUCHESNEAU F. (dir.)

- *Notions philosophiques, Tome 1, Philosophie occidentale*, PUF, 2002, Coll. Encyclopédie Universelle de philosophie.

- *Notions philosophiques, Tome 2, Philosophie occidentale*, PUF, 2002, Coll. Encyclopédie Universelle de philosophie.

CABRILLAC R. (dir.)

- *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 5^e éd., Litec, 2014.

CARBONNIER J.

- *Sociologie juridique- Partie spéciale : Le procès et le jugement*, Paris, Association corporative des étudiants en droit, cours sténographié, 1961-1962.

CADIET L. (dir.)

- *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

COMTE-SPONVILLE A.

- *Dictionnaire philosophique*, nouvelle éd., PUF, 2013, Coll. Quadrige.

DE BALZAC H.

- *Les illusions perdues*, La Pléiade, t. IV.

DUBOIS J., DAUZAT A., MITTERRAND H.

- *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, Larousse, 2011, Coll. Les grands dictionnaires Larousse.

GRACIAN B.

- *L'homme de cour*, (texte original de 1647), Gallimard, 2010, Coll. Folio Classique.

GUINCHARD S., DEBARD T. (dir.)

- *Lexique des termes juridiques*, 23^e éd., Dalloz, 2015.

JEUGE-MAYNART I., HABOURY F., KAROUBI L.

- *Le Petit Larousse illustré*, Larousse, 2009.

KADA N., MATHIER M. (dir.)

- *Dictionnaire d'administration publique*, PUG, 2014, Coll. Droit et action publique

LALANDE A.

- *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e éd., PUF, 2010, Coll. Quadrige.

MISSIONIER S., LISANDRE H.

- *Le virtuel : la présence de l'absent*, EDK, 2003.

REY A., REY-DEBOVE J., ROBERT P. (dir.)

- *Le Petit Robert de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, 2014.

RAWLS J.

- *Théorie de la Justice*, nouvelle édition, Points, 2009.

RESWEBER J.-P.

- *La philosophie des valeurs*, PUF, 1992.

RICOEUR P.

- *Histoire et vérité*, Seuil, 1955.

- *Le Juste*, Editions Esprit, 1995.

SEN A.

- *Un nouveau modèle économique*, O. Jacob, 2000.

II- Traités, manuels et ouvrages juridiques généraux

A- Théorie générale du droit, histoire du droit, philosophie du droit, criminologie, victimologie

- Sources en langue française

AUBERT J.-L., SAVAUX E.

- *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15^e éd., Sirey, 2014, Coll. Sirey Université.

BERGEL J.-L.

- *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, 2012, Coll. Méthode du droit.

CARBASSE J.-M.

- *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3e éd., PUF, 2014

DEMOLOMBE J.-C.

- *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, Durand et Hachette, 1870.

FARCY J.-F.

- *Histoire de la justice en France*, La Découverte, 2015, Coll. Repères.

IHERING (VON) R.

- *L'esprit du droit romain dans les différents stades de son développement*, t. IV, trad. O. DE MEULENAERE, 3e éd., éd. A. Maresc, Paris, 1886.

JUGNOT G.

- *Histoire de la justice française de l'époque franque à nos jours*, Ellipses, 2011, Coll. Universités Droit.

KELSEN H.

- *Théorie générale du droit et de l'Etat*, LGDJ-Bruylant, 1997, trad. B. LAROCHE et V. FAURE.

LEVY J.-P., CASTALDO A.

- *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, Coll. Précis Dalloz droit privé.

MALINVAUD P.

- *Introduction à l'étude du droit*, 15^e éd., LexisNexis, 2015.

RIGAUDIERE A.

- *Histoire du droit et des institutions dans la France médiévale et moderne*, 4e éd., Economica, 2010, Coll. Corpus Histoire du droit.

ROUBIER P.

- *Théorie générale du droit : Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd., préf. D. DEROUSSIN, Dalloz, 2005 (reproduction en fac-similé de l'édition de 1951), Coll. Bibliothèque Dalloz.

ROYER J.-P., JEAN J.-P., DURAND B., et alii

- *Histoire de la justice en France*, 4e éd., PUF, 2010, Coll. Droit fondamental.

SUR B.

- *Histoire des avocats en France des origines à nos jours*, Dalloz, 1998.

TERRE F.

- *Introduction générale au droit*, 10^e éd., Dalloz, 2015, Coll. Précis.

TIMSIT G.

- *Archipel de la norme*, PUF, 1997.

SAVIGNY (VON) F.-C.

- *Traité de droit romain*, t. 1, trad. M.-C GUENOUX, Paris, 1840.

VILLEY M.

- *Le droit romain*, PUF, 2012, Coll. Quadrige.

VIOLLET P.

- *Les Etablissements de Saint Louis : accompagnés des textes primitifs et de textes dérivés, avec une introduction et des notes*, Renouard, 1881, Coll. Publications pour la Société de l'histoire de France.

- Sources en langue allemande

WINDSCHEID B.

- *Lehrbuch des Pandektenrecht*, t. 1, 8e éd., Frankfurt, 1876.

B- Droit processuel général

CADIET L., NORMAND J., AMRANI-MEKKI S.

- *Théorie générale du procès*, PUF, 2013, Coll. Thémis droit.

GUINCHARD S., CHAINAIS C., DELICOSTOPOULOS C., et alii

- *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, 8^e édition, Dalloz, 2015, Coll. Précis droit privé.

JEULAND E.

- *Droit processuel, Une science de la reconstruction des liens de droit*, LGDJ, 2007, Coll. Manuel.

- *Droit processuel général*, 3^e éd., Montchrestien, 2014, Coll. Domat Droit privé.

LABBEE P.

- *Introduction au droit processuel*, PU Lille, 1995, Coll. Droit manuel.

MOTULSKY H.

- *Droit processuel : certificat d'aptitude à la profession d'avocat*, Cours de droit, 1973.

PERROT R.

- *Institutions judiciaires*, 8^e éd., 1998, Montchrestien.

C- Procédure pénale

BOULOC B. (LEVASSEUR G., STEFANI G.)

- *Procédure pénale*, 25^e édition, Dalloz, 2015, Coll. Précis droit privé.

CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P.

- *Procédure pénale*, A. Colin, 2002, Coll. U Droit.

DESPORTES F., LAZERGES-COUSQUER L.

- *Traité de procédure pénale*, 4^e édition, Economica, 2015.

GUINCHARD S., BUISSON J.,

- *Procédure pénale*, 10^e édition, LexisNexis, 2014, Coll. Manuel.

KUTY F.

- *Justice pénale et procès équitable, Volume I- Notions générales. Garanties d'une bonne administration de la justice*, préf. J. DU JARDIN, Larcier, 2006.

MERLE R., VITU A.

- *Traité de droit criminel. Tome 2. Procédure pénale*, 5^e éd., Ed. Cujas, 2001.

PRADEL J.

- *Procédure pénale*, 18^e édition, Cujas, 2015, Coll. Référence.

RASSAT M.-L.

- *Procédure pénale*, 2^e édition, Ellipses, 2013, Coll. Université Droit.

D- Procédure civile

AMRANI-MEKKI S., STRICKLER Y.

- *Procédure civile*, PUF, 2014, Coll. Thémis Droit.

CADIET L., JEULAND E.

- *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., LexisNexis, 2013, Coll. Manuel.

CORNU G., FOYER J.

- *Procédure civile*, 2^e éd., PUF, 1996.

COUCHEZ G., LAGARDE X.

- *Procédure civile*, 17^e édition, Dalloz, Sirey, 2014, Coll. Sirey Université-Droit privé.

CROZE H., MOREL C., FRADIN O.

- *Procédure civile, Manuel pédagogique et pratique*, 4^e édition, Litec, 2008, Coll. Objectif droit.

GARSONNET E.

- *Cours de procédure, organisation judiciaire, compétence et procédure en matière civile et commerciale*, Paris, 1883, Larose et Forcel, t. II.

GUINCHARD S. (dir.)

- *Droit et pratique de la procédure civile : Dalloz action*, 8^e éd., Dalloz, 2014.

GUINCHARD S., FERRAND F. et CHAINAIS C.

- *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, 32^{ème} édition, Dalloz, 2014, Coll. Précis Droit privé.

HERON J., LE BARS T.

- *Droit judiciaire privé*, 6^e édition, Montchrestien, 2015, Coll. Domat Droit privé.

JULIEN P., FRICERO N.

- *Procédure civile*, 5^e éd., LGDJ, 2014, Coll. Manuel, n° 685 et s.

MOREL R.

- *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^e éd., Sirey, 1949.

PERROT R.

- *Institutions judiciaires*, 15e éd., Montchrestien, 2012, Coll. Domat Droit privé.

SOLUS H., PERROT R.

- *Droit judiciaire privé, t. III*, Sirey, 1991.

TRAVIER B.

- *Procédures orales*, Dalloz, 2002, Coll. Dalloz service.

E- Contentieux administratif

CHAPUS R.

- *Droit du contentieux administratif*, 8e éd., Montchrestien, 2008, Coll. Domat Droit privé.

FAVOREU L., RENOUX T.

- *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, 1992, Coll. droit public.

GOHIN O.

- *Contentieux administratif*, 8^e éd., LexisNexis, 2014, Coll. Manuel.

PACTEAU B.

- *Manuel de contentieux administratif*, 3e, PUF, 2013, Coll. Droit fondamental.

F- Droit pénal et droit de la peine

BONIS-GARÇON E., PELTIER V.

- *Droit de la peine*, 2^e éd., LexisNexis, 2015, coll. Manuels.

CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P.

- *Droit pénal général*, 7^e édition, Armand Colin, 2004, Coll. U. droit.

G- Droit civil

BENABENT A.

- *Droit des obligations*, 14^e éd., LGDJ, 2014, Coll. Domat droit privé.

RIPERT G., BOULANGER J.

- *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, t. 1, Principes généraux, personnes et biens, LGDJ, 1946.

CARBONNIER J.

- *Droit civil, vol. I, Introduction, Les personnes*, PUF, 2004.

- *Droit civil, vol. II, Les biens, les obligations*, PUF, 2004.

- *Droit civil, 4, Les obligations*, 22^e éd., PUF, 2000

CORNU G.

- *Droit civil, Introduction au droit*, 13^e édition, Montchrestien, 2007, Coll. Domat Droit privé.

FABRE-MAGNAN M.

- *Droit des obligations. I- Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., PUF, 2012, Coll. Thémis.

FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E.

- *Les obligations, 1. L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey, 2014, Coll. Sirey Université.

GHESTIN J., GOUBEAUX G.

- *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, Paris, 1994.

MALAURIE P., AYNES L., P. STOFFEL-MUNCK

- *Les obligations*, 7^e éd., LGDJ, 2015, Coll. Droit civil.

MALINVAUD P., FENOUILLET D., MEKKI M.

- *Droit des obligations*, 13^e éd., LexisNexis, 2014, Coll. Manuel.

ROCHFELD J.

- *Les grandes notions du droit privé*, 2e éd., PUF, 2013, Coll. Thémis.

TERRE F., FENOUILLET D.

- *Droit civil, Les personnes*, 8^e édition, Dalloz, 2012, Coll. Précis-droit privé.

TERRE F., SIMLER P., LEQUETTE Y.

- *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, Coll. Précis Dalloz.

TEYSSIE B.

- *Droit civil, Les personnes*, 17^e édition, LexisNexis, 2015, Coll. Manuel.

H- Droit commercial

LE CANNU P., DONDERO B.

- *Droit des sociétés*, 6^e éd., LGDJ Lextenso-éd., 2015, Coll. Domat droit privé.

MERLE P.

- *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 18^e éd., Dalloz, 2014, Coll. Précis.

PEROCHON F.

- *Entreprises en difficulté*, 10e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, Coll. Manuels.

SAINT-ALARY HOUIN C.

- *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2014, Coll. Domat Droit privé.

I- Droit européen

SUDRE F.

- *Droit européen et international des droits de l'Homme*, 12e éd., PUF, 2015.

III- Encyclopédies juridiques

A- Droit pénal et procédure pénale

AMBROISE-CASTEROT C.

- « Action civile », *Rép. D. dr. pén. et proc. pén.*, 2012.

BUISSON J.

- « Force publique », *Rép. D. proc. pén.*, 2009.
- « Preuve », *Rép. D. dr. pén. et proc. pén.*, 2013.

CARIO R.

- « Justice restaurative », *Rép. D. dr. pén. et proc. pén.*, 2014

CERE J.-P.

- « Amende forfaitaire », *Rép. D. dr. pén. et proc. pén.*, 2011.
- « Prison (Sanctions disciplinaires) », *Rép. D. pén. et proc. pén.*, 2011.
- « Peine (Nature et prononcé) », *Rép. D. dr. pén. et proc. pén.*, 2014.

CROZIER J.-L., GUERY C.

- « Expertise », *Rép. D. dr. pén. et proc. pén.*, 2013.

FORTEIX C.

- « Jugements par défaut », *Rép. D. dr. pén. et proc. pén.*, 2015.

GIACOPELLI M.

- « Témoin », *Rép. D. proc. pén.*, 2015.

GIACOPELLI M., JOSEPH-RATINEAU Y.

- « Témoin », *Rép. D. proc. pén.*, 2015.

GUERRIN M.

- « Nullités de procédure », *Rép. D. proc. pén.*, 2005.

LEBLOIS-HAPPE J.

- « Personnalisation des peines », *J.-Cl. Pénal Code, Fasc. 20*, 2016.

LENA M.

- « Jugement par défaut », *Rép. D. proc. pén.*, 2014.

MARON A.

- « Tribunal correctionnel.- Compétence et saisine », *J.-Cl. proc. pén.*, 2011, art. 381 à 392-1, Fasc. 15.

PEDRON P.

- « Mineur délinquant. – Juridictions de jugement spécialisées pour mineurs. – Mesures et sanctions éducatives », *J.-Cl. Pénal Code*, 2012, Fasc. 10-30.

REDON M.

- « Cour d'assises », *Rép. D. proc. pén.* 2012.
- « Tribunal correctionnel », *Rép. D. proc. pén.*, 2013.

RIBEYRE C.

- « Refus de comparaître, de prêter serment ou de déposer devant le juge d'instruction », *J-cl. pén.*, Fasc. 20, 2010.

ROCHETEAU F.

- « Utilisation de moyens de télécommunication au cours de la procédure », *J.-Cl. proc. pén.* 2015, Fasc. 20.

ROUSSEL G.

- « Police judiciaire », *Rép.D. proc. pén*, 2011.

B- Droit civil

BRENNER C.

- « Acte juridique », *Rép. D. civ.* 2013.

LAMARCHE M., LEMOULAND J.-J.

- « Mariage », *Rép. D. dr. civ.* 2015.

LEMOULAND J.-J.

- « Famille », *Rép. D. dr. civ.* 2016.

NEIRINCK C.

- « Enfance », *Rép. D. droit civil*, 2015.

PICOD Y.

- « Obligations », *Rép. D. droit civil*, 2009.

C- Procédure civile

BOURSIER M.-E.

- « Jugement par défaut ou réputé contradictoire », *Rép. D. proc. Civ.*, 2014.

BOURSIER M.-E., BOTREL E.

- « Opposition », *Rép. D. proc. civ.* 2014.

BOUTY C.

- « Procédure orale (dispositions communes) », *Rép. D. proc. civ.* 2013.

Cabinet BREDIN-PRAT, GAILLARD C., SYBILLIN A.

- « Prud'hommes », *Rép. D. proc. civ.*, juil. 2014.

CHEVALIER P.

- « Parties à l'instance », *J.-Cl. Proc. civ.* 2002, fasc. 105.

CHOLET D.

- « Assistance et représentation en justice », *Rép. D. proc. civ.*, 2012, n° 42.

DESDEVISSSES Y.

- « Demande en justice.- Demande initiale », *J.-Cl. Proc. civ.*, 2011, Fasc. 126-6.

DOUCHY-LOUDOT M.

- « Tribunal d'instance.- Procédure », *J.-Cl. proc. civ.*, 2012, Fasc. 330.
- « Jugement par défaut et opposition », *J-cl. proc. civ.* 2015, Fasc. 540.

DOUCHY-LOUDOT M., TAISNE J.-J.

- « Avocat », *Rép. D. proc. civ.* 2014, n° 354 et s.

FRICERO N.

- « Procédure participative assistée par avocat », *Rép. D. proc. Civ.*, 2013.

JULIEN P., FRICERO N.

- « Représentation en justice », *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 106, LexisNexis, 2014, n° 80.

LEBEAU D., GUEZ P.

- « Tribunal de commerce.- Procédure ordinaire.- Introduction de l'instance », *J.-Cl. proc. civ.*, 2012, Fasc. 410.

LEBORGNE A.

- « Acte de procédure », *Rép. D. proc. civ.*, 2013.

MARCHAND X., SAVATIC P., AUDOUY J.

- « Mesures d'instruction exécutées par un technicien.- Intervention du technicien dans l'instruction du litige », *J.-Cl. proc. civ.* 2015.

MARTIN R.

- « Principes directeurs du procès », *Rép. D. proc. civ.*, 2000.

MAUGAIN G.

- « Acte de procédure », *Rép. D. proc. civ.*, 2015.

MIGUE J., BERNABE B.

- « Comparution personnelle des parties », *J.-Cl. proc. civ.* 2015.

PIEDELIEVRE S.

- « Surendettement », *Rép. D. proc. civ.* 2016.

PIERRE-MAURICE S.

- « Ordonnance sur requête », *Rép. D. proc. civ.* 2015.

REDON M.

- « Enquêtes, témoins, attestations (déclarations de tiers) », *Rép. D. proc. civ.* 2010.
- « Frais et dépens », *Rép. D. proc. civ.* 2015.
- « Mesures d'instruction confiées à un technicien », *Rép. D. proc. civ.* 2015.

TRAVIER B., WATTREMET F., LAFFLY R.

- « Procédure devant la Cour d'appel », *Rép. D. proc. civ.*, 2015.

D- Contentieux administratif, droit public

PETIT S.,

- « Service public de la justice (Responsabilité du) », *Rép. D. resp. de la puissance publique*, 2012.

BEAL A.,

- « Voies de rétractation et autres voies de recours hors appel et cassation », *J-Cl. Administratif*, 2013, Fasc. 1108.

GAZIER F.,

- « Principes généraux de la procédure administrative contentieuse », *Rép. D. contentieux administratif*, 2012.

LECUCQ O.,

- « Etranger (II- Contentieux de l'entrée et du séjour) », *Rép. D. C. A.*, 2014.

E- Droit du travail

PAUTRAT R.,

- « Conseil de Prud'hommes (Procédure) », *Rép. D. dr. trav.*, 1994.

IV- Thèses, monographies et ouvrages spécialisés

AMBROISE-CASTEROT C.

- *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire*, dir. Ph. Conte, Thèse (dactyl.), Université Montesquieu Bordeaux IV, 2000.

AMRANI-MEKKI S.

- *Le temps et le procès civil*, préf. L. Cadiet, Dalloz, 2002, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses.

AMSELEK P.

- *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, (dir. C. EISENMANN), LGDJ, 1962.

ASCENSI L.

- *Du principe de la contradiction*, préf. L. CADIET, LGDJ, 2006, Coll. Bibliothèque de droit privé.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT

- *Le temps et le droit*, Dalloz, 2014, Coll. Journées nationales, Thèmes et commentaires.

AUBIN E.

- *Droit des étrangers*, 2^e éd., Gualino, 2011, Coll. Fac Université.

AYELA C., MESTRE J., PERONNET V., et al.

- *Vérités croisées : cross examination, une petite révolution procédurale*, Litec, 2005.

BARAILLER C.

- *L'oralité en procédure civile*, dir. N. FRICERO, Thèse (dactyl.), Université de Nice, 2004.

BARUCHEL N.

- *La personnalité morale en droit privé : éléments pour une théorie*, préf. B. PETIT, LGDJ, 2004, Coll. Bibliothèque de droit privé.

BERGEAUD A.

- *Le droit à la preuve*, préf. J.-C. SAINT-PAU, LGDJ, 2010, Coll. Bibliothèque de droit privé.

BONFILS P.

- *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, PUAM, 2000.

BOULAY J.

- *La preuve par témoins devant le juge administratif*, préf. J. ROUVIERE, Ed. Tec&Doc, 2001.

BOULMIER D.

- *Conseil de prud'hommes- Agir et réagir devant le Conseil de prud'hommes*, Lamy, 2011, Coll. Lamy Axe droit.

BOURRY D'ANTIN M., PLUYETTE G., BENSIMON S.

- *Art et techniques de la médiation*, Litec, 2004, Coll. Pratique professionnelle.

BOURSIER M.-E.

- *Le principe de loyauté en droit processuel*, préf. B. BEIGNER, Dalloz, 2003, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses.

BRUS F.

- *Le principe dispositif et le procès civil*, (dir. J.-J. LEMOULAND), Thèse UPPA, 2014.

CAPDEPON Y.

- *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préf. J.-C. SAINT-PAU, Dalloz, 2013, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses.

CARBONNIER J.

- *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996, Coll. Champs.

CARIO R.

- *Justice restaurative. Principes et promesses*, 2^e éd., L'Harmattan, 2010, Coll. Traité de droit criminel.

CERDA C.

- *La nature juridique du procès*, Thèse Paris II, 1968.

CHAUDET J.-P.

- *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse*, Thèse, Rennes, 1966.

CHEKROUN D., NALLET H. (dir.)

- *Pour un Etat de justice*, Fondation Jean Jaurès, 2012.

CHOLET D.

- *La célérité de la procédure en droit processuel*, LGDJ, 2006, préf. G. GIUDICELLI-DELAAGE, Coll.

DABIN J.

- *Le droit subjectif*, rééd. de l'ouvrage de 1952, préf. C. ATIAS, Dalloz, 2007, Coll. Bibliothèque Dalloz, p. 105. Bibliothèque de droit privé.

DALBIGNAT-DEHARO G.

- *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, préf. L. CADIET, LGDJ, 2004, Coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc.

DANET J.

- *La justice pénale, entre rituel et management*, PUR, 2010, Coll. L'univers des normes.

DE BECHILLON D.

- *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, préf. P. BON, Economica, 1996, Coll. Droit public positif.

- *Qu'est-ce qu'une règle de droit*, Odile Jacob, 1997.

DE BECHILLON M.

- *Le principe général en droit privé*, préf. B. SAINTOURENS, PUAM, 1998, Coll. du laboratoire de Théorie juridique.

DEFFERARD F.

- *La suspicion légitime*, préf. F. BUSSY, LGDJ, 2000, Coll. Bib. droit privé, n° 295.

- *Le suspect dans le procès pénal*, LGDJ, 2005, Coll. Systèmes droit.

DELMAS SAINT-HILAIRE P.

- *Le tiers à l'acte juridique*, (préf. J. HAUSER), LGDJ, 2000, Coll. Bib. droit privé.

DEMOGUE R.

- *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, (reprod. de l'ouvrage de 1901), éd. La Mémoire du droit, 2001, Coll. Références.

DESPREZ F.

- *Rituel judiciaire et procès pénal*, LGDJ 2009, préf. D. THOMAS, Coll. Bibliothèque de sciences criminelles.

DEUMIER P.

- *Le droit spontané*, préf. J.-M. JACQUET, Economica, 2002.

DOMAT J.

- *Œuvres complètes de J. Domat*, par J. REMY, T.2, Firmin-Didot père et fils, 1829.

DUPRE-DALLEMAGNE A.-S.

- *La force contraignante du rapport d'obligation (recherche sur la notion d'obligation)*, PUAM, 2004.

FAVOREU L.

- *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, 1964.

FISCHER-LOKOU J., LARRIEU P. (dir.)

- *La médiation efficace*, L'Harmattan, 2013

FOREST G.

- *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. LEDUC, Dalloz, 2012, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 116.

FRELETEAU B.

- *Devoir et incombance en matière contractuelle*, Thèse Université de Bordeaux, 2015.

FRICERO N. (dir.)

- *Le guide des modes amiables de résolution des différends*, 2e éd., Guide Dalloz, 2016-2017, Dalloz, 2015.

FRISON-ROCHE M.-A.

- *Généralités sur le principe du contradictoire*, dir. J. FOYER, Thèse Paris 2, 1988.

GAILLARD E.

- *La notion de pouvoir en droit privé*, préf. G. CORNU, Economica, 1985.

GARAPON A.

- *Bien juger- Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 2010, préf. J. CARBONNIER.

GARAPON A., PAPADOPOULOS I.

- *Juger en Amérique et en France*, Odile Jacob, 2003.

GENY F.

- *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, T. 4, Sirey, 1924.

GERRY-VERNIERES S.

- *Les “petites” sources du droit : à propos des sources étatiques non contraignantes*, préf. N. Molfessis, Economica, 2012, Coll. Recherches juridiques

GOGORZA A.

- *L’obligation de veiller à ses intérêts* (dir. Ph. CONTE), Th. Montesquieu-Bordeaux IV, 2006.

GOHIN O.

- *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, LGDJ, 1988, Coll. Bibliothèque de droit public.

GROU-RADENEZ F.

- *La médiation pénale, une source d’humanisation de la justice*, Buenos Books International, 2010.

GUILLERMET C.-J.

- *La motivation des décisions de justice : La vertu pédagogique de la justice*, L’Harmattan, 2006.

JEAMMAUD A.

- *Des oppositions de normes en droit privé*, thèse dactyl., Lyon, 1975.

JOLY-HURARD J.

- *Conciliation et médiation judiciaires*, préf. S. GUINCHARD, PUAM, 2003, Coll. Institut de droit des affaires.

KELSEN H.

- *Théorie générale des normes*, PUF, 1996, Coll. Leviathan, p. 155.

LACAZE M.

- *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, préf. A. D’HAUTEVILLE, LGDJ, 2010, Fondation Varennes, Coll. des Thèses.

LAGARDE X.

- *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1994, Coll. Bibliothèque de droit privé.

LAGRANGE O.

- *La collaboration en droit processuel*, Thèse Nantes, 2007.

LECLERC O.

- *Le juge et l’expert : contribution à l’étude des rapports entre le droit et la science*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 2005, Coll. Bibliothèque de droit privé.

LESTRADE E.

- *Les principes directeurs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* (préf. F. MELIN-SOUCRAMANIEN), L'Harmattan, 2015, Coll. Logiques juridiques.

MAISTRE DU CHAMBON P.

- *Les aspects modernes de l'obligation de faire, en droit pénal, civil et judiciaire*, (dir. J. LARGUIER), Thèse Grenoble, 1980.

MALABAT V., DE LAMY B., GIACOPELLI M. (dir.)

- *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, préf. P. MAISTRE DU CHAMBON, P. CONTE, Dalloz, 2009, Coll. Thèmes et commentaires.

MAYER L.

- *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, IRJS, 2009, Coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne.

MICHOUD L.

- *La théorie de la personnalité morale*, t. 2, 3^e édition, LGDJ, 1924, réédité en 1998.

MINIATO L.

- *Le principe du contradictoire en droit processuel*, LGDJ, 2008, Coll. Bibliothèque de droit privé.

MORVAN P.

- *Le principe de droit privé*, LGDJ, 1999, préf. J.-L. SOURIOUX.

MOTULSKY H.

- *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé – la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, nouvelle édition, Dalloz, 2002, Coll. Bibliothèque Dalloz.

- *Écrits. Études et notes de procédure civile*, préf. G. BOLARD, Dalloz, 2009 (rééd. de l'ouvrage paru en 1973), Coll. Bibliothèque Dalloz.

MULLER Y.

- *Le contrat judiciaire en droit privé*, thèse (dactyl.), Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 1996.

NAJM M.-C.

- *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, Dalloz, 2005, préf. Y. LEQUETTE, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses. **NERSON R.**, *Les droits extrapatrimoniaux*, thèse Lyon, 1939.

NORMAND J.

- *Le juge et le litige*, LGDJ, 1965, Coll. Bibliothèque de droit privé.

PASTOREL J.-P.

- *L'expertise dans le contentieux administratif : contribution à l'étude comparative de l'expertise en contentieux administratif et en procédure civile*, LGDJ, 1994, Coll. Systèmes Droit administratif.

PEKAR LEPEREUR A., SALZER J., COLSON A.

- *Méthode de médiation – Au cœur de la conciliation*, Dunod, 2008.

PIAZZON A.

- *L'oralité judiciaire*, dir. B. Beignier, Thèse (dactyl.), Toulouse I Capitole, 2013.

PORCARA E.

- *Le témoignage oral dans la procédure pénale*, dir. D. THOMAS, Thèse (dactyl.), Université Montpellier I, 2010.

RABUT-BONALDI G.

- *Le préjudice en droit pénal*, préf. J.-C. SAINT-PAU, Dalloz, 2016, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses.

REA-SABATIER F.

- *L'oralité en matière prud'homale*, dir. C. ALBIGES, Thèse (dactyl.), Montpellier I, 2007.

RIBEYRE C.

- *La communication du dossier pénal*, PUAM, 2007.

RIDEAU J. (dir.)

- *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998.

RIPERT G.

- *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1994 (réédition en fac-similé de l'édition de 1955).

ROUBIER P.

- *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005, Coll. Bibliothèque Dalloz, rééd. de l'ouvrage publié aux éditions Sirey en 1963.

SAINT-PAU J.-C.

- *L'anonymat et le droit*, dir. P. Conte, Thèse Bordeaux IV, 1998.
- (dir.), *Droits de la personnalité*, LexisNexis, 2013, Coll. Traités.

SALAS D.

- *Du procès pénal, éléments pour une analyse interdisciplinaire du procès*, PUF, 1991, Coll. Quadriges.

SALEILLES R.

- *De la personnalité juridique : histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, La Mémoire du Droit, 2003, réimpression de l'édition de 1910.

SCHULZ R.

- *L'intervention de l'assureur au procès pénal. Contribution à l'étude de l'action civile*, préf. J.-F. SEUVIC, LGDJ, 2012, Coll. Bibliothèque de sciences criminelles.

SONTAG-KOENIG S.

- *Technologies de l'information et de la communication et défense pénale*, (dir. J.-P. JEAN), Thèse (dactyl.) Université de Poitiers, 2013.

STORCK M.

Bibliographie

- *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, 1982, Coll. Bibliothèque de droit privé.

THIBIERGE C. (dir.)

- *La force normative*, (dir. C. THIBIERGE), LGDJ BRUYLANT, 2009.

TRASSARD C.

- *Le corps absent du procès pénal : L'éclatement spatio-temporel de la parole et de l'image dans le procès pénal du XXIème siècle*, Thèse Nanterre La Défense, 2011.

VALETTE V.

- *La personne mise en cause en matière pénale*, préf. P. CONTE, Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, 2002, Coll. des thèses de l'Ecole doctorale de Clermont-Ferrand.

VERGES E.

- *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, Th. dactyl, Aix-Marseille, 2000.

VINH-DALMAIS M.-P.

- *La notion d'instance*, Atelier national de reproduction des thèses, 2001.

VIZIOZ H.

- *Etudes de procédure* (préf. S. Guinchard), rééd. en fac-similé de l'édition de 1956, Dalloz, 2011, Coll. Bibliothèque Dalloz.

WICKER G.

- *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1996, Coll. Bibliothèque de droit privé.

V- Actes de colloques

- ***Le risque pénal dans l'entreprise : questions d'actualité***, actes de la journée d'études des éditions du Juris-Classeur, Litec, 2003.

- ***1806-1976-2006, De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile***, (dir. L. CADIET, G. CANIVET), Litec, 2006.

- ***L'office du juge*** (dir. G. LARCY, V. LABROT, M. DOAT), actes du colloque du 29 novembre 2006, Sénat.

- ***La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI^e siècle ?***, actes du colloque organisé à Limoges le 7 mars 2008, PULIM, 2011.

- ***Technique et droits humains: justice, personne humaine, propriété intellectuelle, environnement***, actes du colloque organisé du 20 au 23 avril 2010, Montchrestien : Lextenso éd., 2011.

- ***Frontières du droit privé européen***, actes du colloque des 28 et 29 oct. 2010 à Luxembourg, Larcier, 2012, Coll. de la faculté de droit, d'économie et de finance de Luxembourg.

VI- Articles de doctrine

AMRANI-MEKKI S.

- « Procès », in *Dictionnaire de la justice* (dir. L. CADIET), PUF, 2004, p. 1081.
- « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.* 2008, n° 157, p. 2.
- « Le principe de célérité », *Rev. fr. d'adm. Publique* 2008, p. 43.
- « Le droit processuel de la responsabilité civile », in *Etudes offertes à Geneviève Viney*, LGDJ-Lextenso éditions, 2008, p. 1.
- « Analyse économique et temps du procès », in *Droit et économie du procès civil*, (dir. D. Cohen), LGDJ, 2010, Coll. Droit et économie, p. 249.
- « Efficacité et nouvelles technologies », *Procédures* 2010, doss. 5.
- « La convention de procédure participative », *D.* 2011, p. 3007.
- « L'impact des nouvelles technologies sur l'oral et l'écrit en procédure civile », in *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI^e siècle ?*, actes du colloque organisé à Limoges le 7 mars 2008, PULIM, 2011, p.179.
- « Résolution amiable des différends », *Gaz. Pal.* 26 mai 2012, p. 5 .
- « Droit comparé interne des procédures – Retour vers le futur », in *Politiques criminelles, Mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 445.
- « L'avocat du 21^e siècle.- Projet J21, procédure participative et acte de procédure d'avocats », *JCP G* 2015, 1052.

AMSELEK P.

- « Norme et loi », *APD* 1980, t. 25, p. 89.
- « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in *La force normative. Naissance d'un concept* (dir. C. Thibierge), LGDJ Bruylant, 2009, p. 3.

ANCEL P.

- « Coûts du procès », in *Dictionnaire de la justice*, (dir. L. Cadiet), PUF, 2004, p. 285.

ANCEL P., COTTIN M.

- « Le coût de la durée du procès pour les parties : les intérêts de retard dans le procès civil », *RIDE* 1999, p. 239.

ANTOINE M.

- « L'enquête du cabinet Fidal sur l'utilisation des modes alternatifs de règlement des conflits », *Gaz. Pal.* 2010, n° 299, p.10.

ASSOULINE L.

- intervention à l'occasion du colloque sur Les modes alternatifs de règlement des litiges dans les collectivités territoriales, « Table ronde n° 1 : La médiation », *Revue Lamy Collectivités territoriales* 2008.

ATIAS C.

- « Normatif et non-normatif dans la législation récente du droit privé », *RRJ Droit prospectif* 1982-2, p. 219.

- « Les pièces du dossier de plaidoirie – Réponses règlementaires et judiciaires aux difficultés de la justice civile », *D.* 2010, p. 1028.

AUBY J.-B.

- « Prescription juridique et production juridique », *RDP* 1988, p. 674.

AUDARD C.

- « Justice », in *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, (dir. M. Canto-Sperber), 4^e éd., PUF, 2004, p. 1001.

AUTIER E.

- « Consommation : nouvelle plateforme européenne de règlement en ligne des litiges », *D. actu* 29 févr. 2016.

AUZARY-SCHMALZ B., DAUCHY S.

- « L'assistance dans la résolution des conflits au civil devant le Parlement de Paris au Moyen-Age », *Recueil de la Société Jean Bodin pour l'Histoire comparée des institutions*, t. LXIV/3 : *L'assistance dans la résolution des conflits*, Bruxelles, 1997, p. 49.

AVENEL E.

- « Éléments d'analyse économique de la représentation des parties dans le procès civil », in *Droit et économie du procès civil* (dir. D. Cohen), LGDJ, 2010, Coll. Droit et économie, p. 67.

AVRIL Y.

- « La responsabilité civile de l'avocat », *Gaz. Pal.* 12 déc. 2002, n° 346, p. 6

AYELA C., DASSA-LE DEIST D.

- « Le développement de la *cross examination* dans le procès pénal français.- Une approche éthique », *JCP G* 2006, I 186.

BACHELET O.

- « L'inconventionnalité de la garde à vue : le quai de l'horloge frappé par le "syndrome du lac" », *Gaz. Pal.* 26 oct. 2010, p. 15.

- « Avocat et garde à vue : le voyage dans le temps », *Gaz. Pal.* 17-19 avr. 2011, p.10.

BANDRAC M.

- « L'action en justice, droit fondamental », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 1.

BARRERE C.

- « Les approches économiques du système judiciaire », *RIDE* 1999/2, p. 153.

- « Temps (point de vue de l'économiste) », in *Dictionnaire de la justice*, (dir. L. Cadet), PUF, 2004, p. 1285.

BATTIFOL H.

- « Analogie et relations entre raisonnements sur les principes et raisonnements sur les fins », in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, t. 1, Némésis, 1986, p. 43.

BEAUSSONIE G., FOULQUIER C.

- « Dématérialisation et droits fondamentaux devant les justices judiciaire et administrative », in *Techniques et droits humains : justice, personne humaine, propriété intellectuelle, environnement : actes du colloque organisé du 20 au 23 avril 2010*, Montchrestien, 2011, p. 47.

BEHAR-TOUCHAIS M.

« L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *LPA* 2002, n° 232, p. 36.

BEIGNIER B.

- « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs – Les principes généraux du droit et la procédure civile », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle : Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 153.

BELFANTI L.

- « La visioconférence en matière pénale : entre utilité et controverses », *AJ Pénal* 2014, p. 165.

BERGEAUD-WETTERWALD A.

- « Du bon usage du principe de loyauté des preuves », *Dr. pénal* 2014, ét. 7

BERGEL J.-L.

- « Différence de nature = différence de régime », *RTD Civ.* 1984, p. 255.

- « La juridiction gracieuse en droit française », *D.* 1983, chron. 153.

BERGEL M.-R.

- « L'oralité et le contradictoire », *RRJ Droit prospectif* 2003, p. 3069.

BERGER-PERRIN B.

- « Les modulations du temps dans la procédure suivant l'objet du litige », in J.-M. Coulon et M.-A. Frison-Roche (dir.), *Le temps de la procédure*, Dalloz, 1996, Coll. Thèmes et commentaires, p. 25.

BERNARD-MENORET R.

- « Critique de l'oralité de la procédure prud'homale », *Travail et protection sociale* 2004, ét. 19.

BERNHEIM-DESVAUX S.

- « Litiges de consommation.- Règlement extrajudiciaire et règlement en ligne », *CCC* 2013, ét. 12.

BERTRAND E.

- « The problem of social cost, livre de Ronald H. Coase », *Encyclopædia Universalis [en ligne]*, consulté le 24 juin 2015, disponible à l'adresse : www.universalis-edu.com/encyclopedie/the-problem-of-social-cost/.

BLANC E.

- « Principes généraux de la nouvelle procédure civile (Étude analytique des dispositions liminaires du Décret du 9 septembre 1971), *JCP* 1973, I, 2229.

BLERY C.

- « La dispense de présentation devant le tribunal de commerce.- De l'oral à l'écrit électronique », *JCP G* 2013, doct. 1390.

BOCCARA B.

- « La procédure dans le désordre. I. Le désert du contradictoire », *JCP G* 1981, I. 3004.

BOCCARA E.

- « Un nouveau-né chez les MARL », *Gaz. Pal.* 2011 n° 18, p. 3.

BOLARD G.

- « Les principes directeurs du procès civil : Le droit positif depuis Henri Motulsky », *JCP G* 1993, I 3693.

BOLZE A.

- « La notion de litige juridique », in *Etudes offertes à Jacques Dupichot : Liber amicorum*, Bruylant, 2004, p. 41.

BONFILS P.

- « La participation de la victime au procès pénal, une action innommée », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire- Mélanges offerts à J. Pradel*, Cujas, 2006, p. 179.

- « La réforme du droit pénal des mineurs par la loi du 10 août 2011 », *D.* 2011, p. 2286.

E. BONIS-GARÇON

- « Respect du principe du contradictoire devant la chambre de l'application des peines », *Dr. pén.* 2015, comm. 91.

- « L'apport de l'Assemblée plénière à la définition de la notion de procédé déloyal de recherche des preuves », *JCP G* 2015, 558.

BONIS-GARÇON E., TOURNAUX S.

- « Le temps de la norme : quels gages de sécurité pour le justiciable ? », *angles Droit*, 5 juin 2015, à propos du colloque organisé sur « Le temps de la norme » par le Groupe pluridisciplinaire de recherche sur la qualité des normes, le 5 juin 2015 à Bordeaux, disponible sur <http://anglesdroit.hypotheses.org/2323>.

BONNARD H.

- « La participation des victimes d'infraction au procès pénal », in *Mélanges offerts à Georges Levasseur : droit pénal, droit européen*, Litec, 1992, p. 287.

BONNET E.

- « La convention de procédure participative », *Procédures* 2011, alerte 11.

BORE L.

- « Capacité pour agir et se défendre devant le juge pénal », *JCP G* 2002, I, 179.

BORLOO J.-L.

- « Une seconde chance pour les ménages surendettés », *AJ Famille* 2003, p. 328.

BOSSAN J.

- « La visioconférence dans le procès pénal : un outil à maîtriser », *RSC* 2012, p. 801.

BOUCHARD V.

- « Procédures par contumace et par défaut au regard de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RSC* 2003, p. 517.

BOULANGER J.

- « Principes généraux du droit et droit positif », in *Mélanges en l'honneur de G. Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 51.

BOURRAT-GUEGUEN A.

- « L'aménagement de la procédure pénale à l'égard de l'auteur d'une infraction atteint de troubles mentaux », *Dr. pén.* 2015, ét. 4.

BRENNER C.

- « Pour un humanisme respectueux de l'autonomie processuelle », in *Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel : Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 175.

BUCH H.

- « La nature des principes généraux du droit », *RIDC* 1962, p. 67.

BUSSY F.

- « La notion de partie à l'instance en procédure civile », *D.* 2003, p. 1376.

BUTRUILLÉ-CARDEW C.

- « La place du droit collaboratif dans les MARC », *RLDC* 2011, p. 88.

CABALLERO F.

- « Plaidons par procureur : de l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD Civ.* 1985, p. 247.

CACHARD O.

- « Les modes électroniques de règlement des litiges (MERL) », *CCE* 2003, chron. 30.

CADIET L.

- « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Justice et droits fondamentaux : Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 71.

- « Ordre concurrentiel et justice », in *L'ordre concurrentiel : Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Éditions Frison-Roche, 2003, p. 109.

- « Efficience versus équité ? », in *Mélanges Jacques van Comperolle*, Bruylant, 2004, p. 25.

- « La légalité procédurale en matière civile », *BICC* n° 636, 15 mars 2006.

- « Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies- Rapport de synthèse », *Procédures* n° 4, 2010, Dossier 8.

- « La justice face au nombre et à la complexité », *Les Cahiers de la justice*, 2010/1, p. 13.

- « Observations conclusives », in *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI^e siècle*, actes du colloque organisé à Limoges le 7 mars 2008, PULIM, 2011, p. 202.

- « Introduction à la notion de bonne administration de la justice en droit privé », *Justice et cassation* 2013, p. 13.

- « Construire ensemble une médiation utile », *Gaz. Pal.* 2015, n° 199, p. 10.

- « Le principe de loyauté devant le juge civil et commercial », *Procédures* 2015, doss. 10.

CADIET L., PAULIAT H.

- « Finalités du jugement », in *Mieux administrer pour mieux juger* (dir. L. CADIET, J.-P. JEAN et H. PAULIAT), IRJS Editions, 2014, Coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, p. 107.

CANIVET G.

- « La méthode jurisprudentielle à l'épreuve du juste et de l'injuste », in *De l'injuste au juste*, dir. M.-A. FRISON-ROCHE, W. BARANES, Dalloz, 1996, p. 102.

- « Du principe d'efficience en droit judiciaire privé », in *Le juge entre deux millénaires : Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, p. 243.

- « Economie de la justice et procès équitable », *JCP G* 2001, I, 361.

CARBONNIER J.

- « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *Année sociologique* 1958, p. 3, republié in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 133.

CERE J.-P.

- « Le sort procédural de la contestation de l'amende forfaitaire », *AJ Pénal* 2012, p. 401.

CHABANOL D.

- « Théorie des apparences ou apparence d'une théorie ? », *AJDA* 2002, p. 9.

- intervention à l'occasion du colloque sur *Les modes alternatifs de règlement des litiges dans les collectivités territoriales*, « Table ronde n° 3 : Les recours administratifs et la conciliation », *Revue Lamy Collectivités territoriales* 2008, n° 32.

CHAINAIS C. (dir.)

- « Le temps », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2014, p. 125.

CHANTEUR J.

- « Dialogue et dialectique chez Platon », *APD, Dialogue, dialectique en philosophie et en droit*, t. 29, Sirey, 1984, p. 43.

CHARPY C.

- « L'articulation entre le droit au séjour et le droit de comparaître personnellement devant une juridiction », *AJDA* 2011, p. 107.

CHARRIERE BOURNAZEL C.

- « Garde à vue, le sursaut républicain », *D.* 2010, p. 1928.

CHEROT J.-Y.

- « Trois thèses de l'analyse économique du droit. Quelques usages de l'approche économique des règles juridiques », *RRJ* 1987, p. 443.

CHOUBRAC N.

- « L'audience de non-conciliation », *AJ Famille*, 2007, p. 342.

CLAY T.

- « Chronique de droit judiciaire privé », *JCP G* 2011, 666.

CLEMENT-CUZIN P.

- « La médiation judiciaire : quelle place pour l'avocat ? », in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, dir. P. CHEVALIER, Y. DESDEVICES, et P. MILBURN, préf. P. CATALA et G. FLECHEUX, La Documentation française, 2003, p. 183.

Confluences juridiques,

- « Du caractère contradictoire de l'expertise en matière pénale », *Gaz. Pal.*, 17 août 2004, p. 2.

CONTE P.

- « La nature juridique des procédures « alternatives aux poursuites » : de l'action publique à l'action à fin publique ? », in *Mélanges offerts à Raymond Gassin : sciences pénales et sciences criminologiques*, PUAM, 2007, p. 189.

CONTE P., FOLL O., CASORLA F., SAINT-PIERRE F., RENOUX T.

- « Garde à vue- La décision du conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 », *RPDP* 2010, dossier spécial, p. 599 à 638.

CORNU G.

- « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 83.

COSTA E.

- « Des chiffres sans les lettres – La dérive managériale de la juridiction administrative », *AJDA* 2010, p. 1623.
- « La conciliation devant le juge administratif », *AJDA* 2012, p. 1834.

COULON J.-M.

- « Réflexions sur la durée de la justice et le temps économique », *RIDE* 1999, p. 235.

COUTURE E.

- « Le procès comme institution », *RIDC* 1950, p. 276.

COUV RAT P., GIUDICELLI-DELA GE G.

- « Une nouvelle procédure pénale ? Rapport de synthèse », *RSC* 2001, p. 139.

CROZE H.

- « Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision », in *Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 125.

- « Qu'est-ce qu'une audience ? », *Procédures* n° 5, 2012, repère 5.

DANET J.

- « Brèves réflexions sur l'usage de la visioconférence dans le procès pénal », in *Techniques et droits humains : justice, personne humaine, propriété intellectuelle, environnement, environnement : actes du colloque organisé du 20 au 23 avril 2010*, Montchrestien, 2011, p. 7.

- « Le recours à la visioconférence en matière de détention provisoire, la fin annoncée d'une jurisprudence complaisante au souci de gestion ? », *RSC* 2011, p. 419.

- « Toutes les écritures ne valent plus conclusions », *RSC* 2011, p. 664.

- « L'intérêt gestionnaire pour la visioconférence ne doit pas aveugler... », *RSC* 2012, p. 197.

DANTRAS-BIOY H.

- « La circulaire en droit pénal », in *La qualité de la norme – L'élaboration de la norme* (dir. E. Bonis et V. Malabat), Mare et Martin, 2016, p. 141.

DAOUD E., GHRENASSIA C.

- « L'expertise à l'épreuve de la contradiction : *errare expertum est* », *AJ Pénal* 2011, p. 560.

DARCY G.

- « La preuve et le juge administratif », in *La preuve*, dir. C. PUIGELIER, Economica, 2004, p. 111.

DE LAMY B.

- « La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *D.* 2004, p. 1910.

- « L'avancée des garanties en matière de garde à vue ou la consécration d'un basculement de la procédure pénale vers la phase policière », *RSC* 2011, p. 165.

- « La loyauté, principe perturbateur des procédures ? », *JCP G* 2011, 988.

DEFFAINS B.

- « L'analyse économique des modes alternatifs de règlement des litiges », in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice* (dir. Y. DESDEVISES et P. MILBURN), La Documentation française, 2003, p. 89.

- « Économie de la justice », in *Dictionnaire de la Justice*, (dir. L. CADIET), PUF, 2004.

- « Introduction à l'analyse économique des systèmes juridiques », *Revue économique* 2007, p. 1149.

- « Approche économique de la justice », *Recherche droit et justice* 2011, n° 36, p. 5.

DEFFAINS B., DEMOUGIN D., FLUET C.

- « Économie des procédures judiciaires », *Revue économique* 2007, p. 1265.

DEGOFFE M., JEULAND E.

- « Les mesures d'administration judiciaire en droit processuel », in *Justice et droits fondamentaux : études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 141.

DEHARO G., SAUVIAT A.

- « L'ambiguïté managériale », », in *Mieux administrer pour mieux juger* (dir. L. CADIET, J.-P. JEAN et H. PAULIAT), IRJS Éditions, 2014, Coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, p. 69.

DELMAS-MARTY M.

- « Rapport introductif du cinquantenaire de la RSC », *RSC* 1987, p. 25.

- « La preuve pénale », *Droits* 1996, p. 53.

DELMAS-SAINT-HILAIRE J.-P.

- « La mise en mouvement de l'action publique par la victime de l'infraction », in *Mélanges offerts à J. Brethe de la Gressaye*, Éditions Bières, 1967, p. 159.

DELPECH X.

- « Nouvelle méthode de calcul du taux d'intérêt légal », *Dalloz actualité* 2 sept. 2014.

DESDEVISES Y.

- « Les recherches sur les MARL : aspects juridiques », in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, dir. P. CHEVALIER, Y. DESDEVISES, et P. MILBURN, préf. P. CATALA et G. FLECHEUX, La Documentation française, 2003, p. 55.

DESPORTES F.

- « Conditions strictes de mise en œuvre de la responsabilité des personnes morales », *JCP G.* 1998 II.10023, rapp. sous Cass, crim, 2 décembre 1997.

DETRAZ S.

- « La théorie des infractions d'intérêt général : moribonde ou assainie ? », *Procédures* 2009, ét. 10.

DOUCHY-LOUDOT M.

- « Convention de procédure participative », *Procédures*, 2011, comm. 99.

DUBOIS L.

- « Les rôles respectifs du juge administratif et du technicien dans l'administration de la preuve », in *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, Xe colloque des IEJ, Poitiers, 26-28 mai 1975, PUF, 1976, p. 83.

DUFOR A.,

- « Droit naturel / droit positif », *Arch. phil. dr.* 1990, t. 35, p. 59.

DUMOULIN L. et LICOPPE C.

- « De l'exception à la règle : la visioconférence dans les débats judiciaires en France », in *Technique et droits humains: justice, personne humaine, propriété intellectuelle, environnement : actes du colloque organisé du 20 au 23 avril 2010*, Montchrestien : Lextenso éd., 2011.

EISENMANN C.

- « Juridiction et logique (selon les données du droit français) », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 477.

FABBRI A., GUERY C.

- « La vérité dans le procès pénal ou l'air du catalogue », *RSC* 2009, p. 343.

FAGES B.

- « Justice en ligne, justice de demain ? », *Droit et patrimoine* 2002, 103.

FERRAND F.

- « Le principe contradictoire et l'expertise en droit comparé européen », *RID Comp.* 2000, Vol. 52, n° 2, p. 345.

FILNIEZ R.

- « L'intervention de l'avocat devant la juridiction correctionnelle en l'absence du prévenu- Incidence sur la qualification de la décision rendue », *RSC* 2007, p. 322.

FISCHER-LOKOU J., GUEGUEN N., LAMY L.

- « L'effet du toucher comme facteur de prédisposition à atteindre un accord », in *La médiation efficace*, L'Harmattan, 2013.

FLECHEUX G.

- « Le droit d'être entendu », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 149.

FLUET C.

- « L'analyse économique des règles de procédure », *Recherche droit et justice* 2011, n° 36, p. 8.

FOUCAULT M.

- « La vérité et les formes juridiques », *Dits et écrits*, tome I, Gallimard, 2001, p. 1424.

FOURNIE F.

- « Nouvelles considérations "huroniques"-A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 », *JCP G* 2010, 914.

FOYER J.

- Préface à H. MOTULSKY, *Droit processuel*, Montchrestien, 1973.

FRICERO N.

- « Le droit au juge devant les juridictions civiles », in *Le droit au juge dans l'Union européenne* (dir. J. RIDEAU), LGDJ, 1998, p. 11.

- « Délai raisonnable », in *Dictionnaire de la justice*, (dir. L. CADIET), PUF, 2004, p. 312.

- « La représentation devant toutes les juridictions », *Just. et cass.* 2008, p. 90.

- « Le décret du 1er octobre 2010 : une oralité sécurisée, une conciliation modernisée », consultable sur : www.conciliateurs.fr/.../decret_1165_du_1er_octobre_2010_synthese_n_fricero.pdf.

- « Un nouveau venu au sein des MARC : la convention participative », *RLDC* 2011, p. 67.

Bibliographie

- « Le décret du 20 janvier 2012 : vers une résolution thérapeutique des contentieux familiaux par la procédure participative assistée par avocat », *AJ Famille*, 2012, p. 66.
 - « La loyauté dans le procès civil », *Gaz. Pal.* 24 mai 2012, p. 27.
 - « La convention de procédure participative : un cadre juridique adapté aux différends familiaux », *AJ Famille* 2013, p. 540.
 - « Les procédures judiciaires », *Gaz. Pal.* 24 mars 2012, p. 13, Dossier : « Etats généraux du droit de la famille ».
 - « Parties et tiers en procédure civile – Propos introductifs », in *L'autorité de la chose jugée et autres questions d'actualité* (dir. L. Cadiet et D. Lorrièr), IRJS Editions 2012, p. 131.
 - « Quoi de neuf en procédure civile ? », *Procédures* 2014, ét. 2.
 - « Synthèse », Rapport de synthèse du colloque organisé le 15 octobre 2015 par le Tribunal de grande instance de Paris, *Procédures* 2015, doss. 27.
 - « Procédure civile – janvier 2015-2016 », *D.* 2016, p. 449.
 - « La recevabilité des preuves déloyales en matière civile », *Procédures* 2015, doss. 14.
- FRISON-ROCHE M.-A.**
- « 2+1=la procédure », in *La justice : l'obligation impossible*, dir. M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANES, Autrement, 1994, p. 16 et s.
 - « Le paramètre de la matière litigieuse dans l'analyse économique de la justice », *RIDE* 1999, p. 223.
 - « Contradiction », in *Dictionnaire de la Justice* (dir. L. CADIET), PUF, 2004, p. 236.
- FRYDMAN B.**
- « Le management comme alternative à la procédure », in *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges* (dir. B. FRYDMAN et E. JEULAND), Dalloz, 2011, Coll. Thèmes et commentaires, p. 101.
- GANANCIA D., COPPE-BESSIS I.**
- « Dossier : coût du divorce – coût de la médiation familiale », *AJ Famille* 2016, p. 89.
- G'SELL F.**
- « Vers un renforcement du rôle de l'avocat dans les procédures pénales.- A propos de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013 », *JCP G* 2013, 2.
- G'SELL-MACREZ F.**
- « Vers la justice participative ? Pour une négociation « à l'ombre du droit » », *D.* 2010, p. 2450.
- GARAPON A.**
- « Vers une nouvelle économie politique de la justice ? Réactions au rapport remis au Garde des Sceaux par Jean-Marie Coulon sur la réforme de la procédure civile », *D.* 1997, p. 69.

GARDIES J.-L.

- « De la spécificité du dialogue à l'intérieur du droit », *APD, Dialogue, dialectique en philosophie et en droit*, t. 29, Sirey, 1984, p.171.

GARE T.

- « Les droits de la défense en procédure pénale », in *Libertés et droits fondamentaux*, 10^e éd., Dalloz, 2004.

GARELLO J.

- « Droit et économie : quels droits ? Quelle économie ? », *RRJ* 1987, p. 623.

GARREAU D.

- intervention à l'occasion du colloque sur *Les modes alternatifs de règlement des litiges dans les collectivités territoriales*, « Table ronde n° 1 : La médiation », *Revue Lamy Collectivités territoriales*, 2008, n° 32.

GASCON INCHAUSTI F.

- Rapport réalisé dans le cadre du 13^{ème} Congrès de l'Association Internationale de Procédure, tenu au Brésil du 16 au 20 septembre 2007.

GAUTIER P.-Y.

- « Arbitrage et internet », *Droit et patrimoine* 2002, 105.

- « Internet », in *Dictionnaire de la Justice*, dir. L. CADIET, PUF, 2004, p. 640.

GELINAS P.-A.

- « Les activités arbitrales en ligne de l'ICC », *Droit et patrimoine* 2002, 103.

GENTILI C.

- « L'utilisation des écrits dans la procédure civile orale », *LPA* 2001, n° 179, p. 4.

GHESTIN J.,

- « Les données positives du droit », *RTD Civ.* 2002, p. 11.

GIACOPELLI M., « La pénétration des règles du procès pénal devant les juridictions d'application des peines : état des lieux », *RSC* 2015, p. 799.

GILLET J.-L.

- « Faut-il sauver l'oralité ? », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard : Justice et droit du procès*, Dalloz 2010, p. 709.

GINDRE E.

- « Une révolution jurisprudentielle en trompe l'œil : les décisions de non conventionnalité des régimes de garde à vue au regard des droits de la défense », *RSC* 2010, p. 879.

GLOTIN M.-C.

- « Les délibérations sociales par télétransmission : une innovation de la loi NRE », *JCP E* 2002, p. 722.

GONOD P.

- « Introduction à la notion de bonne administration de la justice en droit public », *Justice et cassation* 2013, p. 31.

GRUMBACH T., SERVERIN E., BOUAZIZ P.

- « Le mandat de concilier devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes : les effets pratiques du décret n° 2008-715 du 18 juillet 2008 », *Rev. Dr. trav.*, 2008, p. 615.

GUERY C.

- « L'avenir du suspect », *AJ Pénal* 2005, p. 232.
- « L'avenir du suspect (suite...) », *AJ Pénal* 2013, p. 459.
- « Mandats et suspects », *AJ Pénal* 2004, p. 356.

GUINCHARD S.

- « Le procès équitable, droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, p. 191.
- « Vers une démocratie procédurale », *Justices*, 1999, p. 91.
- « Quels principes directeurs pour les procès de demain ? », *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruylant, 2004, p. 201.
- « Temps (point de vue de juriste) », in *Dictionnaire de la justice* (dir. CADIET L.), PUF, 2004, p. 1288.
- « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in *Clés pour le siècle : droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*, Université Panthéon-Assas, Dalloz, 2005, p. 1168.
- « Petit à petit, l'effectivité du droit à un juge s'effrite », in *La création du droit jurisprudentiel*, Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, Dalloz, 2007, p. 275.

GUIOMAR F., GREVY M.

- « Réforme de la juridiction prud'homale : du rapport Lacabarats au projet de loi Macron », *Rev. dr. trav.* 2015, p. 58.

GUY PETERS B.

- « Nouveau management public (*New Public Management*) », in *Dictionnaire des politiques publiques* (dir. L. BOUSSAGUET, S. JACQUOT, P. RAVINET), Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.) « Références », 2014 (4e éd.), p. 398.

GUYON Y.

- « Les dispositions du décret du 3 mai 2002 relatives aux assemblées générales d'actionnaires », *Rev. soc.* 2002, p. 421.

HALPERIN J.-L.

- « Le code de procédure civile de 1806 : un code de praticiens ? », in *1806-1976-2006, De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, dir. L. CADIET, G. CANIVET, Litec, 2006, p. 23.

HAURIOU M.

- « Police juridique et fond du droit. A propos du livre d'Al Sanhoury : les restrictions contractuelles à la liberté du travail dans la jurisprudence anglaise et à propos des travaux de l'Institut de droit comparé de Lyon », *RTD civ.* 1926, p. 265.

HEBRAUD P.

- « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *RTD Civ.* 1973, p. 379.

HENRION H.

- « L'article préliminaire du Code de procédure pénale : vers une "théorie législative" du procès pénal ? », *Arch. pol. crim.* 2001, p. 14.

HEUGAS-DARRASPEN H.

- « Modernisation du régime des experts judiciaires ? », *AJDI* 2004, p. 442.

HINNA-DANESI F.

- « L'aménagement en vidéoconférence des audiences relatives à la grande criminalité par la loi du 7 janvier 1998 », *LPA* 26 fév. 1999, p. 5.

HUET J., VALMACHINO S.

- « Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international », *Gaz. Pal.* 2000, n° 11, p. 6.

HUYETTE M.

- « Assistance et représentation en assistance éducative », *D.* 2008, p. 266.

JALUZOT B.

- « Procédure écrite et procédure orale : quelques enseignements du droit comparé », in *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI^e siècle ?* actes du colloque organisé à Limoges le 7 mars 2008, PULIM, 2011, p. 45.

JEAMMAUD A.

- « Les principes dans le droit français du travail », *Dr. soc.* 1982, p. 618.
- « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, p. 199.
- « Conflit / Litige », in *Dictionnaire de la culture juridique* (dir. D. Alland et S. Rials), PUF, 2003, p. 255.

JESTAZ P.

- « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chron. p. 197.

JEULAND E.

- « L'énigme du lien de droit », *RTD Civ.* 2003, p. 455.
- « La recherche de pistes pour améliorer la procédure orale », in *Rencontres Université-Cour de cassation : la procédure civile*, *Bull. inf. C. Cass.* 2004, n° spécial, n° 3.
- « Arbitrage en ligne et procès virtuel : pour le principe de présence », *Revue Droit et procédures*, 2007, n° 5, p. 262.
- « L'aide juridictionnelle et l'analyse économique du droit », in *Droit et économie du procès civil*, (dir. D. COHEN), LGDJ, 2010, Coll. Droit et économie, p. 55.

- « Rationalisation et relation en droit judiciaire privé », in *Frontières du droit privé européen*, Actes du colloque des 28 et 29 oct. 2010 à Luxembourg, Larcier, 2012, Coll. de la faculté de droit, d'économie et de finance de Luxembourg, p. 239.

JEULAND E., TRASSOUDAIN S.

- « La place de l'écrit dans la procédure orale », *BICC, Hors-série*, 2004, p. 45.

JOSSUA J.-P.

- « Eucharistie », in *Universalis éducation [en ligne]*, Encyclopædia Universalis, consulté le 19 mai 2016. Disponible sur <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/eucharistie/>.

JUNOD-FANGET L.

- « Cas pratique : le parcours d'une convention de procédure participative en cas de séparation », *AJ Famille* 2013, p. 559.

- « Convention de procédure participative », *AJ Famille* 2013, p. 562.

KIRAT T.

- « La qualité des décisions de justice au prisme de la science économique », in CEPEJ, *La qualité des décisions de justice*, Les études de la CEPEJ n° 4, Éditions du Conseil de l'Europe, 2008, p. 78.

KRULIC J.

- « La réforme de la procédure devant la Cour nationale du droit d'asile.- Clarification et mise en conformité avec les exigences du droit au procès équitable », *AJDA* 2013, p. 2371.

LABBE B.

- « L'incombance : un faux concept », *RRJ Droit prospectif* 2005, p. 183.

LABBE X.

- « L'hologramme, la téléprésence et l'être immatériel », *Gaz. Pal.* 19 sept. 2012, p. 16.

LAGARDE X.

- « Remarques sur l'actualité de la mise en demeure », *JCP* 1996, I, 3974.

- « Finalités et principes du droit de la preuve. Ce qui change », *JCP G* 2005, I, 133

- « D'une vérité l'autre », *Gaz. Pal.* 22 juil. 2010, p. 6.

LAGOUTTE J.

- « A propos de la responsabilité environnementale. Des quelques déséquilibres de la réforme à venir », *RRJ Droit prospectif* 2014-4, p. 1757.

- « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des sociétés donneuses d'ordre ou la rencontre de la RSE et de la responsabilité juridique », *RCA* 2015, ét. 11.

LAMBERT R.

- « Vérité et justice », in *L'amour des lois : la crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques* (dir. J. BOULAD-AYOUB, B. MELKEVIK, P. ROBERT), L'Harmatan, 1996, p. 441.

LARGUIER J.

- « Action individuelle et intérêt général », in *Problèmes contemporains de procédure pénale : recueil d'études en hommage à M. Louis Hugueney*, Sirey, 1964, p. 87.

LARRIBAU-TERNEYRE V.

- « Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale ?.- (A propos de la médiation obligatoire et de la convention de procédure participative) », *Rev. Dr. famille*, 2012, ét. 12.

LASSALLE J.-Y.

- « La comparution du prévenu », *RSC* 1981, p. 541.

LAZERGES C.

- « Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes : histoire d'une navette parlementaire », *RSC* 2001, p. 7.

LE CANNU P.

- « La télécommunication délibérative », *RTD Com.* 2005, p. 761.

LE GARS J.-M.

- « La conciliation par le juge administratif », *AJDA* 2008, p. 1468.

LEMMENICIER B.

- « L'économie de la justice : du monopole d'Etat à la concurrence privée », *Justices* 1995, p. 135.

LENA M.

- « Obligation de comparution égale obligation d'extraction », *D. actu*, 17 fév. 2010.

LENFANT J.-S.

- « Manuel d'économie politique, livre de Vilfredo Pareto », *Encyclopædia Universalis [en ligne]*, consulté le 9 juillet 2015, disponible à l'adresse : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedia/manuel-d-economie-politique>.

LEROY J.

- « La garde à vue, des pistes pour une réforme », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, dir. V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI, préf. P. MAISTRE DU CHAMBON, P. CONTE, Dalloz, 2009, Coll. Thèmes et commentaires, p. 188.

LEROY Y.

- « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société* 3/2011, p. 715.

LESCLOUS V.

- « Un an de droit de la garde à vue (1^{er} juin 2010-1^{er} juin 2011) », *Dr. Pén.* 2011, chron. 7.

LEVY J.-P.

- « L'évolution de la preuve des origines à nos jours », *Rec. Société Jean Bodin*, T. XVII, Bruxelles, 1965, p. 13.

LINANT DE BELLEFONDS X.

- « L'acte authentique électronique, entre exégèse des textes et expérimentation », *CCE* 2002, chron. 22.

LOCHAK D.

- « L'étranger et les droits de l'Homme », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au professeur R.-E. Charlier*, Ed. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 617.

LUGAN B.

- « Ce système nous prive de toute spontanéité », in *AJ Pénal* 2007, Dossier : Les nouvelles technologies au service de la procédure pénale, p. 460.

LYON-CAEN A.

- « L'économie des juges », in *Frontières des droits, critique du droit : Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lockak*, LGDJ, 2007, p. 261.

MACKAAY E.

- « Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ? », *RRJ* 1987, p. 419.

MAGENDIE J.-C.

- « Loyauté, dialogue, célérité, trois principes à inscrire en lettres d'or aux frontons des palais de justice », in *Justice et droits du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, 2010, p. 329.

MALLET-BRICOUT B.

- « Médiation et droit de la consommation : une avancée vers la généralisation des modes extrajudiciaires de règlement des litiges », *RTD Civ.* 2015, p. 952

MARGUENAUD J.-P.

- « Le droit à l'expertise équitable », *D.* 2000, p. 111.

MARSHALL D.

- « Justice, LOLF et RGPP : des rendez-vous manqués ? », *Rech dr. et justice* 2011, n° 36, p. 8.

MARTIN R.

- « De la contradiction à la vérité judiciaire », *Gaz. Pal.* 1981, p. 209.

MASSART T.

- « La médiation au service d'Internet », *LPA* 2002, n° 170, p. 31.

MATHIAS E.

- « Pour une loi des suspects... libres », *Dr. pén.* 2011, ét. 4.

MATSOPOULOU H.

- « Renforcement du caractère contradictoire, célérité de la procédure pénale et justice des mineurs.- Commentaire de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale », *Dr. pénal* 2007, ét. 6.

MAURO C.

- « Le défaut criminel. Réflexions à propos du droit français et du droit comparé », *RSC* 2006, p. 35.

MEHREZ F.

- « Prud'hommes : la représentation devient obligatoire en appel », *D. actu.* 9 oct. 2015.

MENARD C.

- « Coûts de transaction », *Encyclopædia Universalis [en ligne]*, consulté le 24 juin 2015, disponible à l'adresse : www.universalis-edu.com/encyclopedia/couts-de-transaction/.

- « Williamson Oliver E. (1932-) », *Encyclopædia Universalis [en ligne]*, consulté le 24 juin 2015, disponible à l'adresse : www.universalis-edu.com/encyclopedia/oliver-e-williamson.

MENUT B.

- « Les technologies de l'information et de la communication au service du procès équitable- Défis processuels et technologiques », in *Justice et droits du procès : de légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 342.

MICHAELIDES-NOUARIOS G.

- « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD Civ.* 1966, p. 216.

MINIATO L.

- « La "consécration" du principe du contradictoire par le décret du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile », *D.* 2005, p. 308.

- « Le "principe du contradictoire" : nouveau principe directeur du procès ? », *D.* 2005, p. 2537.

- « L'introuvable principe de loyauté en procédure civile », *D.* 2007, p. 1035.

MODAT P.

- « Allocution au 117^e congrès des greffiers des tribunaux de commerce, sept. 2005 », *Gaz. Pal.* 28-29 oct. 2005, p. 40.

MOTULSKY H.

- « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz-Sirey, 1961, t. 2, p. 175.

- « Le droit subjectif et l'action en justice », *APD* 1964, p. 215 et s., reproduit dans *Ecrits, études et notes de procédure civile*, préf. G. Bibliothèque Dalloz, p. 85.

- « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *Rec. Dalloz Sirey* 1972, chron. p. 91.

NICOLOPOULOS P.

- « La procédure devant les juridictions répressives et le principe du contradictoire », *RSC* 1989, p. 1.

NIECK C.

- « Nouvelle gestion publique », in *Dictionnaire d'administration publique* (dir. N. KADA, M. MATHIEU), PUG, 2014, Coll. Droit et action publique, p. 347.

NOELLE COMMARET D.

- « La défense du prévenu absent », *RSC* 2003, p. 809.

NORMAND J.

- « Le rapprochement des procédures civiles à l'intérieur de l'Union européenne et le respect des droits de la défense », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? : Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1995, p. 337.

- « Le traitement de l'urgence : exception ou principe ? », in L. CADIET et L. RICHER (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'Etat*, PUF, 2003, p. 159.

- « Principes directeurs du procès », in *Dictionnaire de la Justice* (dir. L. CADIET), PUF, 2004, p. 1038.

OPPETIT B.

- « Arbitrage, médiation et conciliation », *Rev. arbitrage* 1984, p. 307.

PERROT P.

- « La loyauté procédurale », *RTD Civ.* 2006, p. 151.

PFERSMANN O.

- « Norme », in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

PHILIPPE J.

- « Les modes alternatifs de règlement des litiges, le point de vue de l'économiste », in *Droit et économie du procès civil*, (dir. D. COHEN), LGDJ, 2010, Coll. Droit et économie, p. 121.

PICARD E.

- « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, p. 6.

- « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in *L'office du juge, Actes du colloque du 29 novembre 2006 au Sénat*, p. 42.

PIEDELIEVRE S.

- « Le droit à l'effacement des dettes », *Deffrénois* 2004, p. 14.

PIEL M.-C.

- « La médiation, c'est renouer le lien », in *La médiation efficace* (dir. J. FISCHER-LOKOU et P. LARRIEU), L'Harmattan, 2013, p. 219.

PIERI G.

- « Obligation », *APD*, t. 35, 1990, p. 221.

PIN X.

- « La privatisation du procès pénal », *RSC* 2002, p. 245.

- « L'évolution des droits de la défense depuis le Code d'instruction criminelle », in *200 Jahre Code d'instruction criminelle. Le bicentenaire du Code de l'instruction criminelle* (dir. J. LEBLOIS-HAPPE, C. WITZ), Nomos, 2010, coll. Saarbrücker Studien zum Internationalen Recht, p. 157.

POIVEY-LECLERCQ H.

- « Autre mode de règlement alternatif des litiges : la procédure participative », *AJ Famille*, 2010, 257.

PRADEL J.

- « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000. Evolution ou révolution ? », *D.* 2001, p. 1039.

PRALUS-DUPUIS J.

- « L'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme aux contentieux disciplinaires : état des lieux », *RFDA* 2008, p. 317.

RABUT-BONALDI G.

- « La mesure de justice restaurative ou les mystères d'une voie procédurale parallèle », *D.* 2015, p. 97.

RAINAUD J.-M.

- « Le droit au juge devant les juridictions administratives », in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, (dir. J. RIDEAU), LGDJ, 1998, p. 34.

RASCHEL L.

- « Un an de contentieux des assurances.- (mars 2012-mars 2013) », *Procédures* 2013, n° 5, p. 2.

- « Un an de contentieux des assurances.- (mars 2013-mars 2014) », *Procédures* 2014, n° 4, p. 2.

RAYNAUD P.

- « L'obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction. Les vicissitudes de l'article 16 », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse Université des sciences sociales, 1981, p. 715.

REMLY J.-P.

- « Une meilleure prise en compte de l'écrit dans la procédure orale », *Dr. et proc.* 2008, p. 69.

RENOUX T.

- « La constitutionnalisation du droit au juge en France », in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, (dir. J. RIDEAU), LGDJ, 1998, p. 113.

RENUCCI J.-F.

- « L'expertise pénale et la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP G.* 2000, I, 227.

REYNIS B.

- « Actualité et avenir de l'acte authentique électronique », *Defrénois* 2013, p. 1022.

RIVIER M.-C.

- « Conflit / Litige », in *Dictionnaire de Justice* (dir. L. CADIET), PUF, 2004, p. 196.

- « Contentieux », in *Dictionnaire de la Justice* (dir. L. CADIET), PUF, 2004, p. 227.

RIVIERE-MARIETTE S., MOLLARD-COURTAU C.

- « Le droit collaboratif : une alternative efficace à l'intervention d'un tiers impartial dans le règlement amiable d'un litige ? », *Gaz. Pal.* 9 juillet 2013, p. 15.

ROBERT P.

- « Le corps du psychanalyste en présence », *Le Divan familial*, 2015, p. 95.

ROBERT-SANCHEZ P.

- « L'avocat et la médiation », in *La médiation efficace* (dir. J. FISCHER-LOKOU, P. LARRIEU), L'Harmattan, 2013, p. 95.

ROCHFELD J.

- « Les droits subjectifs », in *Les grandes notions du droit privé*, 2e éd., PUF, 2013, Coll. Thémis Droit, p. 174.

ROUBIER P.

- « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 9.

ROUHETTE G.

- « L'ordre juridique processuel – Réflexions sur le droit du procès », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 687.

ROLAND H., BOYER L.

- « Actor sequitur forum rei », in *Adages du droit français*, 4e éd., Litec, 1999, p. 12.
- « Mauvais arrangement mieux vaut que bon procès », in *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999, p. 431.
- « Nul en France ne plaide par procureur, hormis le roi », in *Adages du droit français*, 4e éd., Litec, 1999, p. 551.

ROUSSEAU D.

- « Droits fondamentaux », in *Dictionnaire de la Justice* (dir. L. CADIET), PUF, 2004, p. 372.

ROUSSEAU F.

- « Réflexion sur la répression civile des atteintes à l'environnement.- A propos du rapport remis au garde des Sceaux le 17 septembre 2013 relatif à la réparation du préjudice écologique », *Environnement* 2014, ét. 3.

ROUZET G.

- « Obligation de présence et non-comparution à l'audience », *D.* 2013, p. 1325.

SAINT-PAU J.-C.

- « La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction », in *Le risque pénal dans l'entreprise : questions d'actualité, actes de la journée d'études des éditions du Juris-Classeur*, Litec, 2003.
- « La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant d'une personne morale », in *Les droits et le droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2006.

SAK H.

- « Plaidoyer pour la promotion de l'ensemble des principes directeurs de l'instance au rang de principes généraux du droit », *LPA* 18 avr. 2000, n° 77, p. 4.

SAUVAGE F.

- « Procédure de rétablissement personnel : une seconde chance pour la communauté des époux ? », *RJPF* 2004, p. 6.

SCHELLHAMMER E.

- « Les comparutions à distance, une possibilité technologique pour la modernisation des tribunaux », *Livre blanc préparé à l'intention de l'Association des administrateurs judiciaires du Canada et du Centre canadien de technologie judiciaire*, 2013, disponible sur le site http://wiki.tribunaux-modernes.ca/Publications_du_CCCT-CCTJ, [consulté le 21 mai 2016].

SCHILLER S.

- « L'effacement des dettes permet-il un nouveau départ ? Comparaison franco-américaine », *RID comp.* 2004, p. 655.

SERRA Y.

- « La notion de partie à l'action en concurrence déloyale », *D.* 2001, p. 2587.

SERVERIN E.

- « La contractualisation des politiques publiques de la justice », in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, Coll. Thèmes et commentaires, p. 249.

SILVESTRE C.

- « Le principe de la célérité en procédure pénale française », *RRJ* 1996, p. 145.

SIMON-DELCROS J.

- « Visioconférence : moderniser sans déshumaniser », *Gaz. Pal.* 11 mai 2010, n°131, p. 8.

SOLEIL S.

- « Oralités et écritures en procès. Regards croisés entre histoire du droit et philosophie du langage », in *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI^e siècle*, actes du colloque organisé à Limoges le 7 mars 2008, PULIM, 2011, p. 25.

SOUAM S.

- « Le temps de la procédure – Une analyse économique », in *Droit et économie du procès civil* (dir. D. COHEN), LGDJ, 2010, Coll. Droit et économie, p. 233.

SUPIOT A.

- « L'identité professionnelle », in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Ecrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier, PUF 1992, p. 409.

TELLIER-CAYROL V.

- « La perquisition sans la présence ou l'assentiment du domiciliaire : quel régime ? », *Gaz. Pal.* 11 fév. 2014, p. 4.

TERRE F.

- « Esquisse d'une sociologie des procès », *APD, Le procès*, t. 40, Dalloz, 1995, p. 267.

- « Les mots et le droit », *D.* 2011, p. 152.

TERRE F., SEVE R.

- « Droit », *Arc. phil. dr.* 1990, t. 35, p. 43.

THERON J.

- « Mesure d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification », *D.* 2010, p. 2246.
- « Ordre et désordre dans la notion de partie », *RTD Civ.* 2014., p. 231.

THERON S.

- « La loi du 27 septembre 2013 : une révision partielle du régime des soins psychiatriques », *RDSS* 2014, p. 133.

THERY P.

- « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », *Droits* n° 23, 1996, p. 50.
- « Les modes alternatifs de règlement des litiges. Le point de vue du juriste », in *Droit et économie du procès civil*, (dir. D. COHEN), LGDJ, 2010, Coll. Droit et économie, p. 145.

THIBIERGE C.

- « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *APD* 2008, t. 51, p. 341.
- « La force normative – Synthèse », in *La force normative*, dir. C. THIBIERGE, LGDJ Bruylant, 2009, p. 741.
- « Le concept de “ force normative ” », in *La force normative*, (dir. C. THIBIERGE), LGDJ Bruylat, 2009, p. 813.

THOURET S.

- « Représentation et conciliation en matière prud'homale », *JCP G* 2014, 1130.
- « Dossier mariage, pacs, concubinage : le guide. Le couple et le logement », *AJ Famille* 2015, p. 14.

TOUILLIER M.

- « Le statut du suspect à l'ère de l'eupéanisation de la procédure pénale : entre « petite » et « grande » révolutions », *RSC* 2015, p. 127.

TRANNOY A., DOAZAN Y.

- « Aide juridictionnelle : assistance ou assurance », in *Droit et économie du procès civil*, (dir. D. COHEN), LGDJ, 2010, Coll. Droit et économie, p. 41.

TRAVIER B.

- « Le principe de sécurité juridique et les procédures orales », *Procédures* Mai 2006, ét. 6, p. 4.

TRAVIER B., CROS R.

- « Les procédures orales à l'aune de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme : mort ou résurrection ? », *Procédures* 2007, ét. 5.

TROPER M.

- « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge*, Actes du colloque du 29 novembre 2006, Sénat, p. 28.

TRUCHE P.

- « Introduction à l'article préliminaire du Code de procédure pénale », *Arch. pol. crim.* 2001, p. 9.

TURLAN J.-M.

- « Principe. Jalons pour l'histoire d'un mot », in *La responsabilité à travers les âges*, (préf. J. IMBERT, ouvrage collectif), Economica, 1989, p. 115.

VAILLANT E.

- « La LOLF : principes directeurs et mise en œuvre dans l'institution judiciaire », *AJ Pénal* 2006, p. 481.

VAN COMPERNOLLE J.

- « Quelques réflexions sur un principe émergent : la loyauté procédurale », in *Justice et droits du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, 2010, p. 413.

VAN DE KERCHOVE M.

- « Vérité judiciaire et para-judiciaire en matière pénale : quelle vérité ? », *Droit et société* 2013/2, p. 250.

VARAUT J.-M.

- « La défense pénale », *RPDP* 2003, p. 719.

VIGOUR C.

- « Justice : l'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques », *Droit et société* 2006/2, p. 425.

VILLEY M.

- « Métamorphoses de l'obligation », *APD* 1970, t. 15, p. 287.

- « L'art du dialogue dans la Somme théologique », *APD, Dialogue, dialectique en philosophie et en droit*, t. 29, Sirey, 1984, p. 55.

VIRALLY M.

- « Le phénomène juridique », *RDP* 1966, p. 5.

- « Le rôle des "principes" dans le développement du droit international », in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Faculté de droit de l'Université de Genève, 1968, p. 531.

VOGLIOTTI M.

- « De l'auteur au « rhapsode » ou le retour de l'oralité dans le droit contemporain », *Rev. Int. d'Et. Jur.* 2003/50, p. 81.

WALD A.

- « Rapport général », in *La vérité et le droit : Journées canadiennes [organisées par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, à Montréal les 18-19 mai et à Québec les 21-22 mai 1987]*, Economica, 1989, p. 529.

WAQUET P.

- « Procédure orale ou procédure écrite en matière prud'homale », in *La procédure dans tous ses états- Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, Montchrestien, 2004, p. 457.

WIEDERKEHR G.

- « Droits de la défense et procédure civile », *D.* 1978, p. 36.

ZOLLER E.

- « Américanisation », in *Dictionnaire de la Justice*, dir. L. CADIET, PUF, 2004, p. 30.

VII- Projets de réforme, propositions de lois, rapports officiels

A- Rapports institutionnels

1- Rapports français :

- *Rapport annuel de la Cour de cassation*, La documentation française, 2003.
- *Rapport annuel de la Cour de cassation 2005*, La documentation française, 2006.
- *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, Etude du Conseil d'Etat, 29 juil. 2010.
- *Rapport annuel de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 2014.
- *Rapport annuel de la Cour des comptes*, 2015.

2- Rapports européens :

- *Rapport final du groupe de travail du Conseil sur la législation en ligne* – Groupe d'experts sur la visioconférence, mars 2014.

3- Rapports étrangers

- *Rapport annuel 2014-2016 du service administratif des tribunaux judiciaires canadien*, disponible sur le site <http://www.cas-satj.gc.ca/fr/publications/ra.shtml>, [consulté le 8 mai 2016].

B- Rapports parlementaires

CIOTTI E.

- *Rapport de l'Assemblée Nationale n° 2271*, XIIIe législature.

COURTOIS J.-M.

- *Rapport du Sénat n° 517* du 2 juin 2010, sur le projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, p. 170.

DETRAIGNE Y.

- *Rapport au nom de la commission des lois n° 121 sur le projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXIe siècle*, 2015.

SAUGEY B.

- *Rapport du Sénat n° 36*, du 17 octobre 2007, sur la proposition de loi relative à la simplification du droit, p. 71.

C- Autres rapports

CEPEJ

- *Systèmes judiciaires européens – Efficacité et qualité de la justice*, Rapp. 2014.

COULON J.-M. (dir.),

- *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Rapport au ministre de la justice, La documentation française, 1997.

DELMAS-GOYON P. (dir.)

- *La justice du 21ème siècle. Un citoyen acteur, une équipe de justice*, Rapport remis au Garde des Sceaux, décembre 2013.

DUMOULIN L., LICOPPE C.

- *Justice et visioconférence : les audiences à distance : genèse et institutionnalisation d'une innovation*. Rapport final, Mission droit et justice, 2009.

GARAPON A., PERDRIOLLE S., BERNABE B.

- *La prudence et l'autorité : L'office du juge au XXIe siècle*, Rapport remis au Garde des Sceaux, mai 2013.

GASCON INCHAUSTI F.

- *Les nouvelles technologies dans le procès civil - Rapport espagnol*, 13ème Congrès de l'Association Internationale de Procédure, tenu au Brésil du 16 au 20 septembre 2007.

GUINCHARD S.

- *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport remis au Garde des Sceaux au mois de juillet 2008, La Documentation française, 2008.

INSPECTION GENERALE DES SERVICES JUDICIAIRES,

- *Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends*, Avril 2015.

LACABARATS A.

- *L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXIe siècle*, Rapport remis à la Garde des Sceaux, 2014.

LE BOUILLONNEC J.-Y.

- *Financement et gouvernance de l'aide juridictionnelle. A la croisée des fondamentaux. Analyse et propositions d'aboutissement*, 9 octobre 2014.

MAGENDIE J.-C.

- *Célérité et qualité de la justice : la gestion du temps dans le procès*, Rapport remis au Garde des Sceaux, La documentation française, 2004.

- *Célérité et qualité de la justice devant les Cours d'appel*, Rapport dit Magendie II remis au Garde des Sceaux, La documentation française, 2008.

SIMONI M.-L., DIAZ C., VALDES BOULOQUE M., LUCIANI D., SIMON H.

- *Rapport sur l'utilisation plus intensive de la visioconférence dans les services judiciaires*, juin 2006.

VIII- Articles de presse

BRAITHWAITHE J., BRODEUR J.-P.

- « De l'humiliation à la honte positive », *Le Monde des débats*, juin 2000, p. 20-21.

JOHANNES F.

- « Le contrôleur des prisons critique la visioconférence », in *Le Monde*, 9 novembre 2011.

IX- Bibliographie en langue étrangère

GIERKE (VON) O.

- *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Weidmann, 1997.

COASE R.

- « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics*, 1960.

X- Sites internet

Site internet du Centre de médiation et d'arbitrage de l'OMPI :

- <http://www.wipo.int/amc/fr/>

Site internet du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris :

- <http://www.cmap.fr>

Site du CNCEJ :

- www.fncej.org/documents/uploads/246_REGLES_DEONTOL_090512.pdf

Site de doingbusiness :

- <http://francais.doingbusiness.org>

PLAN DE JURISPRUDENCE

(et notes)

Introduction

Cour européenne des droits de l'Homme :

CEDH, 27 novembre 2008, Salduz c. Turquie, req. n° 36391/02.

CEDH, 13 octobre 2009, Dayanan c. Turquie, req. n° 7377/03 : *AJ. Pénal* 2010, p. 27, obs. C. SAAS ; *RSC* 2010, p. 231, note D. ROETS.

Conseil constitutionnel :

Cons. const., 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 : *RSC* 2011, p. 165, note B. DE LAMY ; *D.* 2010, p. 2254, obs. J. PRADEL ; *RPDP* 2010, dossier spécial, p. 599 à 638, obs. P. CONTE, O. FOLL, F. CASORLA, F. SAINT-PIERRE, T. RENOUX ; *Dr. pén.* 2010, comm. 113, obs. A. MARON, M. HAAS ; *AJ Pénal* 2010, p. 470, obs. J.-B. PERRIER ; *D.* 2010, p. 1928, note C. CHARRIERE BOURNAZEL ; *JCP G* 2010, 914, note F. FOURNIE.

Conseil d'Etat :

CE, 29 avr. 1964, Poncin : *Rec.* p. 266.

CE, 1^{er} déc. 1993, Commune de Saint-Cyprien : *Rec.* p. 333.

Cour de cassation – Chambres civiles :

Cass. civ. 2^e, 1er févr. 2006, n° 05-17.742 : *Bull. civ.* II, n° 35 ; *JCP G* 2006. II. 10071, note R. MARTIN ; *Gaz. Pal.* 17-18 févr. 2006, p. 13 ; *Dr. et proc.* 2006. 267, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *Procédures* 2006. comm. 151, obs. R. PERROT.

Cass. civ. 2^e, 30 avr. 2009, n° 08-16.236 : *Bull. civ.* II, n° 110 ; *JCP* 2009. IV. 1904 ; *Procédures* 2009. comm. 181, obs. R. PERROT.

Cass. civ. 2^e, 27 sept. 2012, n° 11-22.854.

Cass. civ. 1^e, 12 févr. 2014, n°13-13.873.

Cour de cassation – Chambre criminelle :

Cass. crim., 3 avr. 2014, n° 03-04-2013 : *AJ. Pénal* 2013, p. 420, obs. L. BELFANTI ; *D.* 2013, p. 1940, note S. DETRAZ.

Cass. crim., 16 sept. 2014, n° 13-82.758 : *AJ Pénal* 2014, p. 451, note C. GUERY ; *Gaz. Pal.* 18 oct. 2014, n° 291, note M.-A. CANU-BERNARD.

Cass. crim. 10 mars 2015, n° 14-86.950 : *Procédures* 2015, comm. 173, obs. J. BUISSON.

Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.147 : *AJ Pénal* 2015, p. 607, note C. GIRAUT ; *JCP G* 2015, 831, note J.-B. PERRIER.

Cour de cassation – Chambre sociale :

Cass. com., 16 juin 2009 : *Bull. civ.* IV, n° 82 ; *D.* 2009, p. 2521, comm. A. LIENHARD.

Juridictions étrangères :

Cour suprême de Colombie Britannique, 5 nov. 2010, *Slaughter v. Sluys*, n° 2010 BCSC 1576 (CanLII).
OLG Karlsruhe, 28 juil. 2005 : *NJW* 2005, 2013.

Partie 1 : La légitimité de la présence en droit processuel

Titre 1 : La notion de présence en droit processuel

Chapitre 1 : La présence, un lien processuel

Section 1 : Le référentiel du lien de présence

Cour de cassation – Chambre criminelle :

Cass. crim., 31 janv. 2012, n° 11-85.464 : *D.* 2012 actu., p. 440, obs. M. LENA; *D.* 2012, p. 914, note F. FOURMENT; *AJ pénal* 2012, p. 224, obs. E. DAOUD et P.-P. BOUTRON-MARMION ; *RSC* 2012, p. 401, obs. X. SALVAT ; *Procédures* 2012, comm. 86, obs. A.-S. CHAVENT-LECLERE.

Cass. crim., 7 mars 2012, n°11-88.118 : *D.* 2012, p. 818 ; *AJ pénal* 2012, p. 346, obs. L. ASCENSI ; *D.* 2012, p. 2118, obs. J. PRADEL.

Cass. crim. 27 nov. 2013, n° 13-85.042 : *Bull. crim.* n° 238 ; *Procédures* 2014, comm. 25, note A.-S. CHAVENT-LECLERE; *Dr. pénal* 2014, comm. 32, obs. A. MARON et M. HAAS.

Section 2 : La nature du lien de présence

Cour européenne des droits de l'Homme

CEDH, 12 février 1985, *Colozza c. Italie*, req. n° 9024/80.

CEDH, 18 mai 2004, *Somogyi c. Italie*, req. n° 67972/01.

CEDH, 5 oct. 2006, *Marcello Viola c. Italie*, req. n° 45106/04 : *JCP G* 2007, I, 106, n° 10, obs. F. SUDRE ; *RTDH* 2008, p. 223, note M. CHIAVARO.

CEDH, 27 nov. 2007, *Asciutto c. Italie*, req. n° 35795/02.

CEDH, Grande chambre, 2 nov. 2010, *Sakhnovski c. Russie*, req. n° 21272/03 : obs. M. LENA, *D. actu.*, 12 novembre 2010.

Cour de cassation – Chambre civile :

Cass. civ. 2e, 28 janv. 1954 : *D.* 1954, 217, note G. LEVASSEUR; *JCP* 1954. II. 7978, concl. LEMOINE ; *Dr. soc.* 1954. 161, note P. DURAND.

Cass. civ. 1^{er}, 14 janv. 1981, n° 78-15.288 : *Bull. civ.* I, n° 13 ; *RTD Civ.* 1981, p. 446, obs. R. PERROT.

Cass. civ. 1^{er}, 14 mai 1991, n° 90-12.688 : *Gaz. Pal.* 1992. I. Somm. 11, obs. H. CROZE et R. MOREL. **Cass. civ. 1^{er}, 3 fév. 1993, n° 91-12.714** : *Bull. civ.* I n° 57 ; *RTD Civ.* 1993, p. 642, obs. R. PERROT.

Cour de cassation – Chambre criminelle :

Cass, crim, 2 décembre 1997, n° 96-85484 : JCP G. 1998 II.10023, rapp. F. DESPORTES.

Cass. crim., 1er oct. 2013, n° 13-85.013.

Cass. crim. 16 févr. 2016, n° 15-86.596.

Cour de cassation – Chambre sociale :

Cass. soc., 6 juillet 1978 : Bull. civ. V, n° 577 ; D. 1979, obs. LANGLOIS.

Chapitre 2 : La présence, une notion autonome

Section 1 : Présence et droit au juge

Cour européenne des droits de l'Homme :

CEDH, 17 janv. 1970, *Delcourt c. Belgique*, req. n° 2689/65.

CEDH, 21 fév. 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70 : AFDI 1975, p. 330, note R. PELLOUX.

CEDH, 24 nov. 1986, *Gillow c. Royaume-Uni*, req. n° 9063/80.

CEDH, 23 nov. 1993, *Poitrimol c. France*, req. n° 14032/88 : RSC 1994, p. 370, obs. R. KOERING-JOULIN ; *Dr. pén.* 1994, p. 16, obs. A. MARON ; AFDI 1994, p. 658, obs. V. COUSSIRAT-COUSTERE ; JDI 1994, p. 821, obs. E. DECAUX et P. TAVERNIER ; RUDH 1993, p. 377, obs. F. SUDRE.

CEDH, 23 oct. 1996, *Sté Levages Prestations Services c. France*, req. n° 21920/93 : D. 1999, p. 209, obs. N. FRICERO.

CEDH, 29 juil. 1998, *Omar et Guérin c. France*, req. n° 43/1997/827/1033 et n° 51/1997/835/1041 : D. 1998, p. 364, obs. J.-F. RENUCCI.

CEDH, 14 déc. 1999, *Khalfaoui c. France*, req. n° 34791/97 : RSC 2000, p. 455, comm. F. MASSIAS ; D. 2000, p. 180, obs. J.-F. RENUCCI ; *Procédures* 2000, comm. 41, p. 14, obs. J. BUISSON.

CEDH, 23 mai 2000, *Van Pelt c. France*, req. n° 31070/96 : JCP G 2001, I, 291, obs. F. SUDRE.

CEDH, 26 oct. 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96 : JCP G 2001, I, p. 296, chron. F. SUDRE, *RTD Civ.* 2001, p. 42, obs. J.-P. MARGUENAUD.

CEDH, 14 nov. 2000, *Annoni di Gussola et autres c. France*, req. n° 31819/96 et 33293/96 : D. 2001, p. 1061, obs. N. FRICERO ; *Procédures* 2001, comm. 41, note H. CROZE.

CEDH, 13 fév. 2001, *Krombach c. France*, req. n° 29731/96 : D. 2001, p. 3302, note J.-P. MARGUENAUD ; JCP 2001, I 342, obs. F. Sudre ; RSC 2001, p. 429, obs. F. MASSIAS.

CEDH, 16 mai 2002, *Karatas et Sari c. France*, req. n° 38396/97 : D. 2003, p. 2400, note C. HUGON.

CEDH, 27 avr. 2004, *Maat c. France*, req. n° 39001/97 : *AJ Pénal* 2004, p. 246, obs. J. LEBLOIS-HAPPE.

CEDH, 18 mai 2004, *Somogyi c. Italie*, req. n° 67972/01.

CEDH, 1^{er} mars 2006, *Sejdovic c. Italie*, req. n° 56581/00.

CEDH, 5 oct. 2006, *Marcello Viola c. Italie*, req. n° 45106/04 : JCP G 2007, I, 106, n° 10, obs. F. SUDRE ; *RTDH* 2008, p. 223, note M. CHIAVARO.

CEDH, 11 octobre 2012, *Abdelali c. France*, req. n° 43353/07 : D. 2012. 2452 ; RSC 2013, p. 117, obs. J. DANET ; RSC 2013, p. 155, comm. D. ROETS.

Conseil constitutionnel :

Cons. const., 9 avr. 1996, n° 96-373 DC.

Cons. const., 23 juil. 1999, n° 99-416 DC.

Cons. const., 19 déc. 2000, n°2000-437 DC.

Conseil d'Etat :

CE, 5 jan. 1962, *Rietsch* : Rec. Lebon p. 11.

Cour de cassation – Assemblée plénière :

Cass. ass. pl., 2 mars 2001, *Dentico*, n° 00-81.389 : D. 2001, p. 1899, note J. PRADEL ; Proc. 2001, comm. 134, J. BUISSON ; JCP G 2001, II 10611, comm. C. LIEVREMONT.

Cour de cassation – Chambres civiles :

Cass. civ. 2^e, 29 fév. 1984 : Bull. civ. II, n° 43 ; RTD Civ. 1984, p. 559, obs. R. PERROT.

Cass. civ. 3^e, 10 déc. 1985 : Gaz. Pal. 1986, p. 328, obs. S. GUINCHARD et T. MOUSSA ; D. 1986, IR 225, obs. P. JULIEN ; RTD Civ. 1986, p. 634, obs. R. PERROT.

Cass. civ. 2^e, 25 jan. 1989 : Bull. civ. II, n° 20.

Cass. civ. 3^e, 23 janv. 1993 : RTD Civ. 1993, p. 885, obs. R. PERROT. Cass. com. 4 oct. 1994 : JCP 1995 I, p. 3846, obs. L. CADIET.

Cass. civ. 3^e, 4 mars 1998 : Bull. civ. III, n° 58.

Cass. civ. 3^e, 3 oct. 2000 : Gaz. Pal. 14-15 déc. 2001, p. 18, note PERDRIAU.

Cass. civ. 3^e, 15 mai 2002 : Procédures 2002, comm. 182, note R. PERROT ; D. 2002, p. 2499, note C. ATIAS ; D. 2002, p. 1326, obs. C. GIVERDON.

Cass. civ. 3^e, 2 juil. 2003 : D. 2003, p. 2998, obs. C. GIVERDON.

Cass. civ. 2^e, 9 juin 2009, n° 07-15.054.

Cass. civ. 3^e, 4 oct. 2011, n° 10-21.735.

Cass. civ. 2^e, 18 oct. 2012, n° 11-17.805.

Cass. civ. 1^e, 23 oct. 2013, n° 12-26.149.

Cass. civ. 1^e, 29 oct. 2014, n° 13-15.850.

Cour de cassation – Chambre commerciale :

Cass. com., 18 déc. 1984 : RTD Civ. 1985, p. 445, obs. R. PERROT.

Cour de cassation – Chambre criminelle :

Cass. crim., 26 mars 1931 : Bull. crim. n° 88.

Cass. crim. 9 nov. 1934 : DH 1934. 588.

Cass. crim., 27 déc. 1944 : D. 1945, p. 203.

Cass. crim. 17 mars 1949 : Bull. crim. n° 104.

Cass. crim., 19 mars 1957 : Bull. crim. n° 269.

Cass. crim., 31 mai 1958 : JCP 1958 II 10737, note P. CHAMBON.

Plan de jurisprudence

Cass. crim., 4 juin 1958 : *Bull. crim.* n° 431.

Cass. crim., 1er juill. 1969 : *Bull. crim.* n° 165.

Cass. crim., 13 juin 1988 : *Bull. crim.* n° 268.

Cass. crim., 21 juin 1990 : *Bull. crim.* n° 250.

Cass. crim., 1er fév. 1994 : *Bull. crim.* n° 46.

Cass. crim., 20 sept. 1994 : *Bull. crim.* n° 299.

Cass. crim., 19 mars 1997 : *Bull. crim.* n° 110 ; *RSC* 1997, p. 665, obs. J.-P. DINTILLHAC ; *Dr. pén.* 1997, comm. 116, obs. A. MARON.

Cass. crim., 21 oct. 1999, n° 98-82323.

Cass. crim., 7 juin 2000, n° 99-86.818 : *Procédures* 2000, comm. 221, obs. J. BUISSON.

Cass. crim., 19 avr. 2005, n° 04-83.879 : *Bull. crim.*, n° 135.

Cass. crim., 11 sept. 2007, n° 06-87.864 : *D.* 2007, p. 2912, obs. C. LACROIX ; *AJ Pénal*, 2008, p. 25, note C. GIRAULT ; *JCP G* 2007, II, 10200, note E. VERGES ; *Dr. pén.* 2008, comm. 15, note A. MARON.

Cass. crim., 23 oct. 2007, 07-82.313 : *Bull. crim.* n° 251 ; *D.* 2007, p. 2949, note S. LAVRIC ; *AJ Pénal* 2008, p. 39, obs. C. GIRAULT.

Cass. crim., 4 jan. 2012, n° 10-85692.

Cass. crim., 2 févr. 2016, n° 15-82.790.

Cour de cassation – Chambre sociale :

Cass. soc., 16 mai 1990 : *Bull. V*, n° 230.

Cour de cassation – Avis :

Cass. avis 4 mai 2010 : *BICC* 1^{er} juil. 2010 ; *Procédures* 2010, comm. 278, note M. DOUCHY-LOUDOT ; *RTD Civ.* 2010, p. 614, obs. J. HAUSER.

Juridictions du fond:

CA Douai, 31 oct. 1968 : *JCP* 1970 II 16241, obs. A. VITU.

CA Paris, 30 juin 2010, n° 09/12280, *Jurisdata* n° 2010-01696.

Section 2 : Présence et théorie de l'instance

Cour européenne des droits de l'Homme :

CEDH, 26 fév. 2002, *Fretté c. France*, req. n° 36515/97 : *D.* 2002, p. 2024, note F. GRANET ; *RTD Civ.* 2002, p. 280, note J. HAUSER ; *AJDA* 2002, p. 401, note I. POIROT-MAZERES ; *RTD Civ.* 2002, p. 389, obs. J.-P. MARGUENAUD.

CEDH, Grande chambre, 26 juillet 2002, *Meflah et autres c. France*, req. n°s 32911/96, 35237/97 et 34595/97.

CEDH, 8 avr. 2003, *Mocie c. France*, req. n° 46096/99.

Conseil d'Etat :

CE, 29 avril 1964, *Poncin* : *Rec.* p. 266.

CE, 17 mai 1968, *Andréi* : *Rec.* p. 321.

CE, 1^{er} décembre 1993, *Commune de Saint-Cyprien* : *Rec.* p. 333.

Cour de cassation – Assemblée plénière :

Cass. ass. pl., 24 nov. 1989 : *D.* 1990, p. 25, note J. CABANNES, et p. 429, note P. JULIEN ; *JCP G* 1990, II 21407, note L. CADIET ; *RTD Civ.* 1990, p. 145, obs. R. PERROT.

Cass., ass. pl., 2 mars 2001, *Dentico*, n° 00-81388 : *Proc.* 2001, comm. 134, J. BUISSON ; *JCP G* 2001, II 10611, comm. C. LIEVREMONT.

Cour de cassation – Chambres civiles :

Cass. civ. 3^e, 14 janv. 2016, n° 14-18.698 : *Procédures* 2016, comm. 86, obs. Y. STRICKLER

Cass. civ. 2^e, 18 févr. 2016, n° 14-29.242 : *Procédures* 2016, comm. 122, obs. Y. STRICKLER.

Cour de cassation – Chambre criminelle :

Cass. crim., 20 nov. 1820 : *Bull. crim.* n° 137.

Cass. crim., 2 août 1872 : *Bull. crim.* n° 203.

Cass. crim. 6 avr. 1894 : *Bull. crim.* n° 86.

Cass. crim., 14 avr. 1910 : *Bull. crim.* n° 190.

Cass. crim., 10 déc. 1957 : *Bull. crim.* n° 816.

Cass. crim., 27 juin 1990, n° 89-87.170 : *Bull. crim.* n° 265.

Cass. crim., 26 févr. 1992, n° 91-83.165 : *Bull. crim.* n° 90 ; *Dr. pénal* 1992, comm. 161, note A. MARON.

Cass. crim., 7 avr. 2004 : *Bull. crim.* n° 92.

Cour de cassation – Chambre sociale :

Cass. soc. 10 oct. 1940 : *DH* 1940, p. 211.

Cass. soc. 15 jan. 1959 : *JCP G* 1959, II 11055.

Cass. soc. 11 oct. 1972, n° 71-40.352 : *Bull. civ.* V, n° 539, p. 491.

Cass. soc. 26 juin 1986 : *Bull. civ.* V, n° 342 ; *JCP G* 1986, IV, n° 261.

Cass. soc., 12 nov. 1987, n° 84-45.583 : *Bull. civ.* V, n° 638.

Cass. soc. 17 déc. 1987, n° 85-41.833.

Cass. soc., 17 juillet 1997 : *RJS* 1997, n° 1125.

Juridictions du fond:

CA Bordeaux, Ch. Soc., 14 fév. 2012, n° Jurisdata 2012-004731.

Titre 2: Les enjeux de la présence en droit processuel

Chapitre 1 : Les finalités de la présence en droit processuel

Section 1 : La contribution de la présence à la qualité de la solution

Conseil d'Etat :

CE, Ass., 23 juin 1989, *Vériter* : *Lebon* 146.

CE, 11 mai 2005.

CE sect. réunies, 26 avr. 2006.

Cour de cassation – Chambres civiles :

Cass. civ. 1e, 20 mars 1989 : *JCP* 1990. II. 21494, note BLAISSE.

Cass. civ. 2^e, 16 juin 1993, n° 91-15.332 : *JCP G* 1993 I. 3723, obs. L. CADIET.

Juridictions du fond :

CA Douai, 23 janvier 1987, *Juris-Data* n° 040807.

Section 2 : La contribution de la présence à la qualité de la procédure

Cour européenne des droits de l'Homme :

CEDH, 8 décembre 1983, *Pretto c. Italie*, req. n° 7984/77.

CEDH, 8 décembre 1983, *Axen c. Allemagne*, req. n° 8273/78.

CEDH, 22 février 1984, *Sutter c. Suisse*, req. n° 8209/78.

CEDH, 6 déc. 1988, *Barbera, Messegue et Jabardo c. Espagne*, req. n° 10590/83.

CEDH, 16 déc. 1990, *Delta c. France*, req. n° 11444/85 : *D.* 1991, somm. 213, obs. J. PRADEL.

CEDH, 26 avr. 1991, *Asch c. Autriche*, req. n° 12398/86.

CEDH, 20 sept. 1993, *Saïdi c. France*, req. n° 14647/89.

CEDH, 23 fév. 1994, *Stanford c. Royaume-Uni*, req. n° 16757/90.

CEDH, 7 août 1996, *Ferrantelli et Santagelo c. Italie*, req. n° 19874/92.

CEDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c. France*, req. n° 21497/9 : *RTD Civ.* 1997, p. 1007, obs. J.-P. MARGUENAUD.

CEDH, 23 avr. 1997, *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*, req. 21363/93, 21364/93, 21427/93 et 22056/93.

CEDH, 24 novembre 1997, *Werner c. Autriche*, req. n° 21835/93 : *JCP* 1998, I, 107, obs. F. SUDRE ; *RSC* 1998, p. 393, obs. R. KOERING-JOULIN.

CEDH, 14 nov. 2000, *Riepan c. Autriche*, req. n° 35115/97.

CEDH, 27 février 2001, *Luca c. Italie*, req. n° 33354/96.

CEDH, Grande chambre, 7 juin 2001, *Kress c. France*, req. n° 39594/98.

CEDH, 17 juil. 2002, *Sadak et autres c. Turquie*, req. n° 29900/96, 29901/96, 29902/96 et 29903/96.

CEDH, 13 avril 2006, *Vaturi c. France*, req. n° 75699/01.

CEDH, 5 octobre 2006, *Marcello Viola c. Italie*, req. n° 45106/0 : *JCP G* 2007, I, 106, n° 10, obs. F. SUDRE ; *RTDH* 2008, p. 223, note M. CHIAVARO.

CEDH, 9 nov. 2006, *Golubev c. Russie*, req. n° 26260/02.

CEDH, 25 mars 2008, *Gaga c. Roumanie*, req. n° 1562/02.

CEDH, 20 janvier 2011, *Vernes c. France*, req. n° 30183/06 : *Procédures* 2011, comm. 93, obs. N. FRICERO.

CEDH, 24 avr. 2012, *Haralampiev c. Bulgarie*, req. n° 29648/03.

CEDH, 17 décembre 2013, *Nikolova et Vandova c. Bulgarie*, req. n° 20688/04.

CEDH, 23 juin 2015, *Balta et Demir*, req. n° 42628/12.

Conseil constitutionnel :

Cons. const., 23 nov. 2012, QPC n° 2012-284 : *Procédures* 2013, comm. 22, note A.-S. CHAVENT-LECLERE.

Conseil d'Etat :

CE, 4 juin 1920, *Gleizes* : *Rec. Lebon*, p. 549.

CE, Sect., 22 mars 1929, *Société des wagons-foudres* : *Rec. Lebon* 375.

CE, Sect., 29 avril 1964, *Poncin* : *Rec. Lebon* 266.

CE, Sect., 17 mai 1968, *Andrei* : *Rec. Lebon* 321.

CE, 12 oct. 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France* : *D.* 1979, p. 606, note A. BENABENT ; *RTD Civ.* 1980, p. 145, obs. J. NORMAND.

CE, 5e sous-sect., 25 fév. 2005, n° 224321, inédit.

Cour de cassation :

Cass., 15 novembre 1844 : *Bull. crim.*, p. 531.

Cass., 15 mars 1845 : *Bull. crim.*, p. 168.

Cass., 16 février 1855 : *Bull. crim.*, p. 84.

Cass., 12 mars 1857 : *S.* 1857, 1, p. 488.

Cass., 2 janvier 1858 : *S.* 1858, 1, p. 464.

Cass., 30 mars 1860 : *Bull. crim.* p. 151.

Cour de cassation – Assemblée plénière :

Cass., ass. pl., 24 nov. 1989 : *JCP G*, 1990, II, 21407, obs. L. CADIET.

Cour de cassation – Chambre mixte :

Cass. ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-11.381 : *Procédures* 2012, comm. 321, obs. R. PERROT ; *JCP G* 2012, p. 1200, note S. AMRANI-MEKKI ; *Gaz. Pal.* 7-8 déc. 2012, p. 25, note L. RASCHEL.

Cass. ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-18.710 : *Procédures* 2012, comm. 320, R. PERROT ; *JCP G* 2012, 1200, note S. AMRANI-MEKKI ; *Gaz. Pal.* 7-8 déc. 2012, p. 25, note L. RASCHEL.

Cour de cassation – Chambres civiles :

Cass. Civ. 1^{er}, 28 juin 1989 : *Bull. civ.* I, n° 261.

Cass. Civ. 3^e, 17 nov. 1993 : *JCP* 1994. IV. 157.

Plan de jurisprudence

Cass. Civ. 3e, 5 octobre 1994 : *Bull. civ.* III, n° 162 ; *D.* 1995, Somm. 190, obs. A. ROBERT ; *Gaz. Pal.* 1995, 1. Pan. 55.

Cass. Civ. 2e, 5 mars 2009 : *Bull. civ.* II, n° 66 ; *Procédures* 2009, comm. 135, note R. PERROT.

Cass. civ. 2e, 8 sept. 2011, n° 10-19.919 : *Bull. civ.* II n° 166 ; *Procédures* 2012, comm. 3, obs. R. PERROT.

Cass. civ. 2e, 22 nov. 2012, n° 10-26.198 et 10-26.755.

Cass. civ. 2e, 31 janv. 2013, n° 11-16.035 : *Procédures* 2013, comm. 99, note R. PERROT ; *Dr. et proc.* 2013, p. 55, note N. FRICERO.

Cass. civ. 3e, 27 févr. 2013, n° 12-13.624 : *RLDC* 2013/104, n° 5107, obs. L. RASCHEL.

Cass. civ. 2e, 21 mars 2013, n° 12-16.995.

Cass. civ. 2e, 30 janvier 2014 : *Bull. civ.* II, n° 32 ; *D. actu*, 12 fév. 2014, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.* 2014, p. 1722, obs. T. VASSEUR, E. DE LEIRIS ET H. ADIDA-CANAC ; *JCP E* 2014, p. 1106 ; *RLDA* 2014, p. 91 ; *Rev. proc. coll.* 2014, comm. 43, obs. S. GJIDARA-DECAIX.

Cour de cassation – Chambre commerciale :

Cass. com., 26 févr. 1980 : *JCP* 1980, IV, 184.

Cass. com., 19 nov. 2013, n° 12-20.143 : *RGDA* 2014, p. 129, note R. SCHULZ.

Cass. com., 10 déc. 2013, n° 12-20.252 : *Procédures* 2014, comm. 63, note R. PERROT.

Cour de cassation – Chambre criminelle :

Cass. crim. 22 mars 1989, n° 88-84.580 : *Bull. crim.* n° 144.

Cass. crim., 22 mai 1996, n° 95-83.923.

Cass. crim., 26 mars 1998, n° 97-81.214 : *D.* 1998 p. 151.

Cass. crim., 27 juin 2001, n° 00-87.414 : *Bull. crim.* n° 164 ; *Rev. soc.* 2001, p. 873, note B. BOULOC ; *RSC* 2002, p. 339, obs. J.-F. RENUCCI ; *RTD com.* 2002, p. 180, obs. B. BOULOC.

Cass. crim., 25 septembre 2012, n° 12.82-770 : *Dalloz actualité*, 15 oct. 2012, note M. LENA.

Cass. crim., 14 mars 2014, n° 13.81-534 : *AJ Pénal* 2014, p. 377, obs. L. AUFFRET.

Juridictions du fond :

CA Douai, 2 octobre 1997, n° 02-10-1997 : *D.* 1997, IR 230.

Chapitre 2 : Les enjeux économiques de la présence en droit processuel

Section 1 : Présentation du bilan économique de la présence

Cour européenne des droits de l'Homme :

CEDH, 26 mars 2002, Lutz c. France, req. n° 48215/99.

CEDH, 24 sept. 2009, Sartory c. France, req. n° 40589/07.

CEDH, 30 oct. 2014, Palmero c. France, req. n° 77362/11 : *D. actu* 24 nov. 2009, obs. M. KEBIR.

Conseil d'Etat :

CE, 28 juin 2002 : *D.* 2003, p. 23, note V. HOLDERBACH-MARTIN.

La présence en droit processuel

CE, 25 jan. 2006, *Sarl Potchou et autres* : RFDA 2006, p. 299, concl. Y. STRUILLLOU.

CE, 6^e et 1^e s.-sect. réun., 6 avril 2006, *Confédération générale du travail, req. n° 273311* : *Rev. dr. trav.* 2006, p. 331, comm. T. GRUMBACH et E. SERVERIN.

Cour de cassation – Assemblée plénière :

Cass. ass. pl., 3 juil. 1992 : JCP 1992, II, 21898, note. A. PERDRIAU.

Cass. ass. pl., 23 fév. 2001, n° 99-16.165.

Cour de cassation – Chambres civiles :

Cass. civ. 1^e, 18 janv. 1989 : Bull. civ. 1989, I, n° 32 ; RTD civ. 1989, p. 340, obs. P. JOURDAIN.

Cass. civ. 2^e, 20 juin 2002 : Bull. civ. 2002, II, n° 141.

Cass. civ. 2^e, 27 mars 2003 : Bull. civ. 2003, II, n° 83.

Cass. civ. 1^e, 25 mai 2004, n° 02-17.745 : AJDI 2005, p. 45, note R. HOSTIOU ; JCP A 2004.1496, note O. RENARD-PAYEN.

Cass. civ. 1^e, 20 févr. 2008, n° 06-20.384 : Bull. civ. I, n° 55 ; JCP A 2008. 2108, comm. O. Renard-Payen ; JCP G 2008. IV. 1556.

Cour de cassation – Chambre commerciale :

Cass. com., 25 mai 1982 : Bull. civ. IV, n° 196.

Cour de cassation – Chambre sociale :

Cass. soc., 15 janv. 1972 : Bull. civ. 1972, V, n° 539.

Cass. soc., 14 mai 1987 : Bull. civ. 1987, V, n° 335.

Juridictions du fond :

CA Paris, 23 mai 1977 : Gaz. Pal. 1977, 2, p. 415 ; RTD civ. 1977, p. 826, obs. R. PERROT.

TGI Paris, 6 juill. 1994 : Gaz. Pal. 1994, p. 589, note S. PETIT ; JCP G 1994. I. 3805, obs. L. CADDET ; Dr. et patr. 1995, p. 9, obs. F. DE LA VAISSIERE.

TGI Paris, 6 sept. 1996 : Gaz. Pal. 1996, p. 495.

TGI Paris, 5 nov. 1997 : D. 1998, p. 9, note M.-A. FRISON-ROCHE.

TGI Paris, 20 janv. 1999 : D. 1999, IR 125.

TGI Paris, 10 nov. 1999 : D. 2000, IR 3.

Section 2 : La relativisation nécessaire du bilan économique négatif de la présence

Cour européenne des droits de l'Homme :

CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73.

CEDH, 30 juil. 1998, *Aerts c. Belgique* : D. 1999, comm. 270, obs. N. FRICERO.

CEDH, 30 nov. 1999, *Faulkner c. Royaume-Uni*, req. n° 30308/98.

Plan de jurisprudence

Conseil d'Etat :

CE, 6 déc. 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-roses*, req. n° 249153 : *AJDA* 2003, p. 280, comm. F. DONNAT et D. CASAS ; *Dr. adm.* 2003, comm. 20 ; concl. G. LECHATELIER : *RFDA* 2003, p. 291.

Cour de cassation – Chambre criminelle :

Cass. crim., 28 mars 1974 : *Bull. crim.*, n° 136.

Cass. crim., 17 janv. 1991 : *Dr. pén.* 1991, comm. 122.

Cass. crim., 24 mai 1973 : *Bull. crim.* n° 238 ; *JCP G* 1974, II, 17855, note DUPEYRON.

Cass. crim., 4 juill. 1973 : *Bull. crim.* n° 315.

Cass. crim., 30 juin 2009, n° 08-85.954 : *Bull. crim.* n° 139 ; *JCP G* 2009, n° 384, obs. E. CORNUT.

Partie 2 : La normativité de la présence en droit processuel

Titre 1 : Les situations juridiques de présence

Chapitre 1 : Les charges présentielles

Section 1 : Les charges de présence pesant sur les collaborateurs de la procédure

Cour européenne des droits de l'Homme :

CEDH, Gde ch., 15 déc. 2011, *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, req. n° 26766/05 et n° 22228/06 : Dr. pén. 2012, chron. 3, obs. E. DREYER.

CEDH, 23 juin 2015, *Balta et Demir c. Turquie*, req. n° 48628/12.

Conseil constitutionnel :

Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC : RLC 2011, p. 27, comm. M. BEHAR-TOUCHAIS ; D. 2011, p. 415, ét. Y. PICOD.

Cons. const., 18 juin 2012, 2012-257 QPC : Gaz. Pal. 10 juil. 2012, p. 17, comm. O. BACHELET ; AJ Pénal 2012, p. 602, obs. J.-B. PERRIER ; Constitutions 2012, p. 442, chron. A. DARSONVILLE ; RSC 2013, p. 441, obs. B. DE LAMY.

Conseil d'Etat :

CE, 28 avr. 1954, *Aubry* : Rec. p. 237.

Cour de cassation – Assemblée plénière :

Cass. ass. pl., 10 oct. 2001, n° 01-84922 : Bull. A. P. n° 11 ; D. 2001, p. 3365, note L. FAVOREU ; D. 2002, p. 237, note C. DEBBASCH ; D. 2002, p. 674, note J. PRADEL ; RFDA 2001, p. 1169, note O. JOUANJAN et C. WACHSMANN ; RFDA 2001, p. 1187, note O. BEAUD ; RSC 2002, p. 128, obs. A. GIUDICELLI ; Dr. pén. 2001, comm. 144, obs. A. MARON ; Dr. pén. 2002, chron. 1, note G. DELALOY.

Cour de cassation – Chambres civiles :

Cass. civ. 2^e, 18 janvier 1957 : Bull. civ. II, n°65.

Cass. civ. 3^e, 11 janv. 1978, n° 76-12771 : Bull. civ. III n° 30 : RTD civ. 1978, p. 925, obs. R. PERROT.

Cass. civ. 2^e, 27 fév. 1979 : Bull. civ. I, n°75.

Cass. civ. 1^e, 25 oct. 1994 : Bull. civ. I, n° 306.

Cass. civ. 3^e, 5 avr. 2006 : JCP G 2006, IV, 2004.

Cour de cassation – Chambre criminelle :

Cass. crim., 26 oct. 1894 : DP 1899. I. 388.

Cass. crim., 23 nov. 1949 : D. 1950, p. 40 ; JCP G 1950. II. 5615, note J. MAGNOL.

Cass. crim., 23 nov. 1950 : JCP G 1951. II. 5970.

Plan de jurisprudence

Cass. crim. 28 oct. 1975, n° 75-91.466.
Cass. crim., 27 avr. 1976, n° 75-93.298.
Cass. crim., 31 mars 1981, n° 80-94773.
Cass. crim. 22 fév. 1984 : *Bull. crim.* n° 69.
Cass. crim., 30 avr. 1986 : *Bull. crim.* n° 149.
Cass. crim., 8 nov. 1993, n° 93-82.019 : *JCP G* 1994, IV, 549.
Cass. crim., 3 févr. 2000, n° 99-84.448 : *Bull. crim.* n° 78 ; *Dr. pénal* 2000, comm. 70, obs. M. VERON et comm. 132, obs. A. MARON.
Cass. crim., 29 mai 2002 : *Bull. crim.* n° 125 ; *JCP G* 2002, IV, 2363.
Cass. crim., 10 déc. 2003, n° 03-81.121.
Cass. crim., 19 sept. 2007, n° 06-85003 : *Bull. crim.* n° 217 ; *AJ Pénal* 2007, p. 537 ; *Dr. pén.* 2009, chron. 1, obs. D. GUÉRIN.
Cass. crim., 20 sept. 2011, n° 11-81.134 : *RSC* 2012, p. 198, obs. J. DANET.
Cass. crim., 4 janv. 2012, n° 10-87.927.
Cass. crim., 12 sept. 2012, n° 11-82.086.
Cass. crim., 12 déc. 2012, n° 12-81.872.
Cass. crim., 4 mars 2014, n° 13-81.916 : *Bull. crim.* n° 403 ; *Dr. pén.* 2014, comm. 82, note A. MARON et M. HAAS ; *Procédures* 2014, comm. 120, note A.-S. CHAVENT-LECLERE.
Cass. crim., 26 nov. 2014, n° 13-81.568.

Juridictions du fond :

CAA Nantes, 22 juil. 1998, *M. Dutertre*, n° 96NT01492.
CA Caen, 30 mai 2000 : *BICC* 15 janv. 2001, n° 74.
Cons. prud'homme, ord. 5 nov. 2002 : *Gaz. Pal.* 2003, n° 261, p. 2, comm. J.-M. SOULAT.
CA Versailles ch. 15, 6 avr. 2006, n° 04/02180.
CA Paris, Ch. 2 Sect. A, 19 mai 2007, n° 06/18072.
CA Paris, 17 avr. 2008, n° 06/10953.
CAA Lyon, 13 juil. 2012, *M. Patrick A.*, n° 11LY00759.
CA Dijon, ch. soc., 15 mai 2014, n° 13/00344.

Section 2 : Les charges de présence pesant sur les acteurs de la procédure

Cour européenne des droits de l'Homme :

CEDH, 23 nov. 1993, *Poitrinol c. France*, req. n° 14032/88 : *RSC* 1994, p. 370, obs. R. KOERING-JOULIN ; *Dr. pén* 1994, p. 16, obs. A. MARON ; *AFDI* 1994, p. 658, obs. V. COUSSIRAT-COUSTERE ; *JDI* 1994, p. 821, obs. E. DECAUX et P. TAVERNIER ; *RUDH* 1993, p. 377, obs. F. SUDRE.
CEDH, 29 juil. 1998, *Omar et Guérin c. France*, req. n° 43/1997/827/1033 et n° 51/1997/835/1041 : *D.* 1998, p. 364, obs. J.-F. RENUCCI.
CEDH, 14 déc. 1999, *Khalfaoui c. France*, req. n° 34791/97 : *RSC* 2000, p. 455, comm. F. MASSIAS ; *D.* 2000, p. 180, obs. J.-F. RENUCCI ; *Procédures* 2000, comm. 41, p. 14, obs. J. BUISSON.
CEDH, 13 fév. 2001, *Krombach c. France*, req. n° 29731/96 : *D.* 2001, p. 3302, note J.-P. MARGUENAUD ; *JCP* 2001, I, 342, obs. F. SUDRE ; *RSC* 2001, p. 429, obs. F. MASSIAS.
CEDH, 14 juin 2001, *Medenica c. Suisse*, req. n° 20491/92.
CEDH, 16 mai 2002, *Karatas et Sari c. France*, req. n° 38396/97 : *D.* 2003, p. 2400, note C. HUGON.
CEDH, 27 avr. 2004, *Maat c. France*, req. n° 39001/97 : *AJ Pénal* 2004, p. 246, obs. J. LEBLOIS-HAPPE.

CEDH, 11 oct. 2012, *Abdelali c. France*, req. n° 43353/07 : *RSC* 2013, p. 117, note J. DANET ; *RSC* 2013, p. 155, obs. D. ROETS.

Conseil constitutionnel :

Cons. const., 24 juin 2011, n° 2011-133 QPC : *Gaz. Pal.* 11 oct. 2011, p. 10, comm. A. BOTTON ; *Procédures* 2011, comm. 276, comm. A.-S. CHAVENT-LECLERE ; *AJ Pénal* 2011, p. 602, note J.-B. PERRIER.

Cons. const., 18 juin 2012, n° 2012-257 QPC : *Gaz. Pal.* 10 juil. 2012, p. 17, comm. O. BACHELET ; *AJ Pénal* 2012, p. 602, obs. J.-B. PERRIER ; *Constitutions* 2012, p. 442, chron. A. DARSONVILLE ; *RSC* 2013, p. 441, obs. B. DE LAMY.

Cons. const., 13 juin 2014, n° 2014-403 QPC : *Dr. pén.* 2015, ét. 9, comm. J.-C. TEISSEDRE ; *LPA* 2014, p. 6, chron. V. TELLIER-CAYROL ; *Procédures* 2014, comm. 279, obs. J. BUISSON.

Cons. const., 27 février 2015, n° 2014-452 QPC.

Conseil d'Etat :

CE, 28 juill. 2004, n° 260760.

CE, ord. réf., 11 mai 2005, n° 279834 : *D.* 2005, p. 1379, note A. ASTAIX.

CE, 1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies, 26 avr. 2006, n° 279832 : *D.* 2006, p. 1333.

CE, 1^{ère} et 6^{ème} sect. réunies, 30 juin 2010, n° 325319.

CE, 1^{ère} et 6^{ème} sect. réunies, 26 déc. 2012, n° 346320.

Cour de cassation – Assemblée plénière :

Cass. ass. pl., 2 mars 2001, *Dentico* : *D.* 2001, p. 1899, note J. PRADEL ; *Proc.* 2001, comm. 134, J. BUISSON ; *JCP G* 2001, II 10611, comm. C. LIEVREMONT.

Cour de cassation – Chambres civiles :

Cass. civ. 2^e, 10 mars 1988, n° 86-17.968 : *Bull. civ.* II n° 62 ; *Gaz. Pal* 1988. 2. Somm. 495, obs. S. GUINCHARD et T. MOUSSA.

Cass. civ. 1^e, 18 janv. 1989 : *Bull. civ.* I, n° 27.

Cass. civ. 1^{ère}, 4 oct. 2001, n° 00-05.106.

Cass. civ. 1^e, 9 juil. 2002, n° 00-17.072 : *Bull. civ.* I, n° 185.

Cass. civ. 2^e, 3 avr. 2003 : *Bull. civ.* II n° 94 ; *Procédures* 2003, comm. 132, obs. R. PERROT.

Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, n° 03-05.001.

Cass. civ. 3^e, 19 septembre 2007 : *Bull. civ.* III, n° 145.

Cass. civ. 1^{ère}, 26 sept. 2007, n° 06-16.445 : *D.* 2008, p. 266, note M. HUYETTE.

Cass. civ. 1^e, 18 mai 2011, n° 09-72.606.

Cass. civ. 2^e, 22 févr. 2012, n° 11-11.878 : *Procédures* 2012, comm. 140, obs. R. PERROT.

Cass. civ. 2^e, 17 janv. 2013, n° 11-28.495 : *Bull. civ.* II n° 9.

Cass. civ. 1^{ère}, 27 fév. 2013, n° 12-15.441 : *Bull. civ.* I, n° 23 ; *D.* 2013, p. 1325, obs. G. ROUZET ; *Lexbase Hebdo Ed. privée*, 2013, n° 520, obs. E. VERGES.

Cour de cassation – Chambre criminelle :

Cass. crim., 23 janv. 1957 : *D.* 1958, p. 62.

Plan de jurisprudence

Cass. crim., 9 mai 1985 : *Bull. crim.* n° 178.

Cass. crim., 19 avr. 1995, n° 94-83770 : *Bull. crim.* n° 439.

Cass. crim. 6 mars 1996, n° 95-86175 : *Bull. crim.* n° 104 ; *RSC* 1996, p. 882, obs. J.-P. DINTILHAC.

Cass. crim., 23 mai 2002, n° 01-84.194.

Cass. crim., 7 janv. 2006, n° 05-87.795.

Cass. crim., 12 déc. 2006, n° 05-86.214 : *Bull. crim.* n° 310 ; *D.* 2007, p. 445, obs. C. GIRAULT ; *AJ Pénal* 2007, p. 139, obs. C. GIRAULT ; *RSC* 2007, p. 322, note R. FILNIEZ.

Cass. crim., 3 avr. 2007 : *Bull. crim.* 2007, n° 103 ; *AJ Pénal* 2007, p. 428, obs. J. LEBLOIS-HAPPE ; *RSC* 2007, p. 834, obs. R. FINIELZ ; *D.* 2008, p. 2757, obs. J. PRADEL ; *Just. et cass.* 2008, p. 249, note P. MATHONNET.

Cass. crim., 14 oct. 2008, n° 08-81.617 : *Bull. crim.* n° 207 ; *AJ Pénal* 2009, p. 185, obs. L. ASCENSI ; *RSC* 2009, p. 411, obs. R. FILNIEZ.

Cass. crim., 5 nov. 2008, n° 08-82.540.

Cass. crim., 28 avr. 2009, n° 09-80.816 : *Bull. crim.* n° 78 ; *AJ Pénal* 2009, p. 269, note G. ROYER.

Cass. crim. 9 sept. 2009, n° 08-85.852.

Cass. crim., 19 jan. 2010 : *Bull. crim.* n° 9.

Cass. crim., 23 sept. 2010, n° 09-84.108 : *Bull. crim.* n° 141.

Cass. crim. 12 janv. 2011, n° 09-80.478.

Cass. crim., 16 juin 2011, n° 10-87.568 : *D.* 2011, p. 2231, obs. J. PRADEL ; *D.* 2012, p. 171, chron. C. ROTH, A. LEPRIEUR et M.-L. DIVIALLE ; *RSC* 2011, p. 869, comm. X. SELVAT ; *RSC* 2011, p. 664, obs. J. DANET.

Cass. crim., 13 septembre 2011, n° 11-81.093 : *Bull. crim.* n° 177.

Cass. crim., 22 nov. 2011, n° 11-82.826 : *Bull. crim.* n° 236.

Cass. crim., 4 janv. 2012, n° 10-85.692.

Cass. crim., 12 avr. 2012, n° 11-83.606.

Cass. crim., 16 janv. 2013, n° 12-81.199 et n° 11-83.689 : *Procédures* 2013, comm. 118, note A. S. CHAVENT-LECLERE ; *Lexbase Hebdo- éd. Privée* 2013, n° 522, obs. M. SANCHEZ.

Cass. crim., 13 nov. 2014, n° 13-86.326.

Cass. crim., 17 déc. 2014, n° 13-86.102 : *D. actu* 22 janv. 2015, obs. C. FONTEIX.

Cass. crim., 18 mars 2015, n° 14-82.294.

Cour de cassation – Chambre sociale :

Cass. soc., 14 janv. 1998, n° 95-43.957.

Cass. soc., 22 janv. 1998, n° 95-42.719 : *RTD civ.* 1998, p. 474, obs. R. PERROT.

Cour de cassation – Avis :

Cass., 18 avr. 2005, avis n° 005-0004P : *D.* 2005, p. 1200, note J. PRADEL.

Chapitre 2 : Les prérogatives présentes

Cour européenne des droits de l'Homme :

CEDH, 23 fév. 1994, *Stanford c. Royaume-Uni*, req. n° 16757/90.

CEDH, 18 mai 2004, *Somogyi c. Italie*, req. n° 67972/01.

CEDH, 24 mars 2005, *Stoichkov c. Bulgarie*, req. n° 9808/02.

CEDH, 1^{er} mars 2006, *Sejdovic c. Italie*, req. n° 56581/00.

CEDH, 24 avr. 2012, *Haralampiev c. Bulgarie*, req. n° 29648/03

Section 1 : L'identification des prérogatives présentes :

Cour européenne des droits de l'Homme :

CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, req. n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72.
CEDH, 19 déc. 1989, *Kamasinski c. Autriche*, req. n° 9783/82.
CEDH, 19 déc. 1990, *Delta c. France*, req. n° 11444/85 : *D.* 1991, somm. 213, obs. J. PRADEL ; *RTDH* 1992, p. 51, note J. SALCE.
CEDH, 22 avr. 1992, *Vidal c. Belgique*, req. n° 12351/86.
CEDH, 30 janv. 2001, *Vaudelle c. France*, req. n° 35683/97 : *D.* 2002, p. 354, comm. A. GOUTTENOIRE et E. RUBI-CAVAGNA ; *JCP G* 2001 II 10536, comm. L. DI RAIMONDO.
CEDH, 8 fév. 2000, *Cooke c. Autriche*, req. n° 25878/94.
CEDH, 3 oct. 2000, *Pobornikoff c. Autriche*, req. n° 28501/95.
CEDH, 31 oct. 2001, *Solakov c. Macédoine*, req. n° 47023/99.
CEDH, 18 déc. 2001, *R.D. c. Pologne*, req. n° 29692/96 et 34612/97.
CEDH, 13 nov. 2003, *Rachdad c. France*, req. n° 71846/01.
CEDH, 6 juil. 2004, *Dondarini c. Saint-Marin*, req. n° 50545/99.
CEDH, 15 mars 2005, *Yakovlev c. Russie*, req. n° 72701/01.
CEDH, 8 déc. 2009, *Caka c. Albanie*, req. n° 44023/02.
CEDH, 25 juil. 2013, *Henri Rivière et autres c. France*, req. n° 46460/10.

Tribunal des conflits :

TC, 23 oct. 2000, n° 3227 : *AJDA* 2001, p. 143, obs. M. GUYOMAR et P. COLLIN

Conseil d'Etat :

CE, 2 mars 1900, *Ville de Montargis* : *Rec. Lebon* p. 19.
CE, 18 nov. 1931, *Lamolinairie* : *Rec.* p. 999.
CE, 28 avr. 1954, *Aubry* : *Rec.* p. 237.
CE, 19 fév. 1998, *Université d'Auvergne c. Mlle Perrucaud*, n° 162-347 : *LPA* 1998, n° 66, p. 15, note F. MALLOL.
CE, Sous-sect. réunies, 6 juin 2007, n° 292076 : *LPA* 26 oct. 2007, n° 215, p. 18, concl. Y. AGUILA. CE, ord., 18 sept. 2008, n° 320384 : *Rec. Lebon T.* 766.
CE, 23 sept. 2013, *Syndicat des avocats de France*, n° 360070 : *AJDA* 2013, p. 1889.

Cour de cassation – Chambres civiles :

Cass. civ. 3^e, 11 janv. 1978 : *Bull. civ.* III, n° 30 ; *RTD Civ* ; 1978, p. 225, obs. R. PERROT.
Cass. civ. 2^e, 28 fév. 1978 : *D.* 1979, IR 509, obs. P. JULIEN.
Cass. civ. 3^e, 17 nov. 1993 : *JCP G* 1994 IV 157.
Cass. civ. 3^e, 5 oct. 1994, n° 92-10.827 : *Bull. civ.* III, n° 162.
Cass. civ. 1^e, 23 févr. 2011, n° 09-13.867 : *D.* 2011, p. 747, obs. I. GALLMEISTER ; *D.* 2011, p. 1265, obs. R. LOIR ; *AJ Fam.* 2011, p. 215, obs. T. VERHEYDE ; *RTD Civ.* 2011, p. 324, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2011, n° 58, note I. MARIA.
Cass. civ. 1^e, 4 juil. 2012, n° 11-18.475 : *D.* 2012, p. 2699, obs. D. NOGUERO ; *AJ Fam.* 2012, p. 506, obs. T. VERHEYDE ; *RTD Civ.* 2012, p. 712, obs. J. HAUSER.

Cass. civ. 1^{er}, 20 nov. 2013, n° 12-29.474 : Bull. civ. I, n° 226.

Cour de cassation – Chambre commerciale :

Cass. com., 26 fév. 1980 : JCP G 1980 IV 184.

Cass. com., 3 nov. 1983 : Bull. civ. IV, n° 290.

Cass. com., 11 juil. 1974 : Bull. civ. IV, n° 200.

Cass. com., 9 mai 1985 : Bull. civ. IV, n° 145.

Cour de cassation – Chambre criminelle :

Cass. crim., 30 oct. 1890 : Bull. crim. n° 212.

Cass. crim., 20 oct. 1892 : D. 1894, 1. p. 140.

Cass. crim., 22 déc. 1970 : Bull. crim. n° 350 ; D. 1971, p. 52 ;

Cass. crim., 5 mai 1982 : Bull. crim. n° 114, RSC 1983, p. 489, obs. J. ROBERT.

Cass. crim., 12 janv. 1989 : Bull. crim. n° 13 ; D. 1989, p. 174, obs. J. PRADEL.

Cass. crim., 27 juin 2001, n° 00-87.714 : Bull. crim. n° 164.

Cass. crim., 30 sept. 2003, n° 02-87291.

Cass. crim., 10 mai 2006, n° 05-82.826.

Cass. crim., 9 mars 2005, n° 04-80.384 : Bull. crim. n° 86 ; JCP G IV, 1978 ; Dr. pén. 2005, comm. 99, comm. A. MARON.

Cass. crim., 4 avr. 2007 : Bull. crim. n° 107.

Cass. crim., 4 déc 2007 : Bull. crim. n° 296.

Cass. crim., 20 févr. 2008, n° 06-89178.

Cass. crim., 4 mars 2008 : Bull. crim. n° 54 ; AJ Pénal 2008, p. 245.

Cass. crim., 26 mars 2008, n° 07-81.960 : Bull. crim. n° 75 ; AJ Pénal 2008, p. 287, note M. NORD-WAGNER.

Cass. crim., 14 avr. 2010, n° 09-83.503 : Bull. crim. n° 74 ; AJ Fam. 2010, p. 282, obs. L. PECAUT-RIVOLIER ; RTD Civ. 2010, p. 753, obs. J. HAUSER.

Cass. crim., 29 juin 2011, n° 10-83.466 : RSC 2012, p. 199, note J. DANET

Cass. crim., 20 sept. 2011, n° 11-81.314 : Bull. crim. n° 183 ; AJ Pénal 2012, p. 47, obs. J. PRONIER ; RSC 2012, p. 198, obs. J. DANET.

Cass. crim., 2 janv. 2012, n° 11-87.520.

Cass. crim., 14 févr. 2012, n° 11-88.123.

Cass. crim., 15 févr. 2012, n° 11-88.289.

Cass. crim., 3 oct. 2012, n° 12-84.928.

Cass. crim., 27 nov. 2012 : Bull. crim. n° 258 ; AJ Pénal 2013, p. 169 obs. J.-B. PERRIER.

Cass. crim. 8 janv. 2013 : RSC 2013, p. 400, obs. D. BOCCON-GIBOD ; AJ Pénal 2013, p. 222, obs. J. GALLOIS.

Cass. crim., 29 janv. 2013, n° 12-82.100 : RTD Civ. 2013, p. 350, obs. J. HAUSER.

Cass. crim., 20 mars 2013, n° 13-90.001 QPC : AJ Pénal 2013, p. 426, note E. SENNA.

Cass. crim., 11 juin 2013, n° 13-82.061.

Cass. crim., 25 juin 2013, n° 13-81.977.

Cass. crim., 1^{er} oct. 2013, n° 13-85.013.

Cass. crim., 25 fév. 2014, n° 13-81.508 : Bull. crim. n° 49.

Cass. crim., 4 mars 2014, n° 13-81.135 : AJ Pénal 2014, p. 377, obs. L. AUFFRET.

Cass. crim. 24 juin 2014, n° 13-84.364 : Bull. crim. n° 161 ; D. 2014, p. 2259, obs. J.-M. PLAZY ; AJ Fam. 2014, p. 561, obs. T. VERHEYDE.

Cass. crim., 15 avr. 2015, n° 14-82.622 : Dr. pén. 2015, comm. 91, note E. BONIS-GARÇON.

Cass. crim., 24 juin 2015, n° 15-82.152.

Cass. crim., 8 sept. 2015, n° 14-84.315 : *D. actu* 1^{er} oct. 2015, obs. C. FONTEIX ; *Procédures* 2015, comm. 338, note A.-S. CHAVENT-LECLERE.

Cour de cassation – Chambre sociale :

Cass. soc., 24 nov. 1988 : *Bull. civ.* V, n° 626.

Juridictions du fond :

CA Rennes, 12 décembre 2003.

CA Aix-en-Provence, 2^o Ch., 15 nov. 2005, n° 2005/720.

CA Grenoble, 1^o Ch. civ., 5 janv. 2009, n° 07/00462.

CA Chambéry, 1^o Ch. civ., 16 mars 2010, n° 09/00242.

TA Marseille, ord., 17 avr. 2010, n° 1002614 : *AJDA* 2011, p. 107, comm. C. CHARPY.

CAA Lyon, 13 jui. 2012, n° 11LY00759, M. Patrick A.

CA Paris, Pôle 4 chambre 6, 4 avril 2014, n° 13/10126.

Section 2 : La mise en œuvre des prérogatives présentesielles :

Cour européenne des droits de l'Homme :

CEDH, 12 oct. 1992, Boddaert c. Belgique, req. n° 12919/87.

CEDH, 10 avr. 2001, Sablon c. Belgique, req. n° 36445/97.

CEDH, 14 févr. 2002, Visser c. Pays-Bas, req. n° 26668/95.

CEDH, 5 oct. 2006, Marcello Viola c. Italie, req. n° 45106/04 : *JCP G* 2007, I, 106, n° 10, obs. F. SUDRE ; *RTDH* 2008, p. 223, note M. CHIAVARO.

CEDH, 27 nov. 2007, Asciutto c. Italie, req. n° 35795/02.

CEDH, 27 nov. 2007, Zagaria c. Italie, req. n° 58295/00.

CEDH, 23 juin 2015, Balta et Demir c. Turquie, req. n° 48628/12.

Conseil constitutionnel :

Cons. const., 21 janv. 1994, n° 93-335 DC : *RFDA* 1995, p. 7, note P. HOCREITERE et p. 780, ét. B. MATHIEU ; *D.* 1995, p. 295, obs. E. OLIVA et p. 302, obs. P. GAIA.

Cons. const. 9 avr. 1996, n° 96-373 DC : *AJDA* 1996, p. 371, note O. SCHRAMECK ; *D.* 1998, p. 145, obs. J.-C. CAR, et p. 147, obs. A. ROUX, et p. 153, obs. T. RENOUX, et p. 156, obs. J. TREMEAU ; *RFDA* 1997, p. 1, ét. F. MODERNE.

Cons. const., 20 nov. 2003, n° 2003-484 DC : *AJDA* 2004, p. 599, note O. LECUCQ ; *LPA* 20-21 janv. 2004, p. 10, obs. J.-E. SCHOETTL ; *JCP G* 2003, p. 2249, note J.-C. ZARKA.

Cons. const., 30 juil. 2010, n° 2010-14/22 QPC : *AJDA* 2010, p. 1556, note S. BRONDEL, *D.* 2010, p. 2254, obs. J. PRADEL.

Cons. const., 7 mai 2015, n° 2015-467 QPC.

Cons. const., 20 nov. 2015, n° 2015-499 QPC.

Plan de jurisprudence

Cour de cassation – Chambres mixtes :

Cass. ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-11.381 : *Bull. ch.mixte* n° 1 ; *Procédures* 2012, comm. 321, note R. PERROT ; *JCP G* 2012 1200, note S. AMRANI-MEKKI.

Cour de cassation – Chambres civiles :

Cass. civ. 3^e, 15 nov. 1977 : *Bull. civ. III*, n° 295 ; *RTD civ.* 1978, p. 730, obs. R. PERROT.

Cass. civ. 1^e, 16 janv. 1979 : *Gaz. Pal.* 1979. 2. 758, note VIATTE.

Cass. civ. 3^e, 10 juin 1981 : *Bull. civ. III*, n° 117 ; *JCP G* 1981 IV, p. 308.

Cass. civ. 3^e, 7 oct. 1987 : *Gaz. Pal.* 1988, 1, p. 258, obs. S. GUINCHARD et T. MOUSSA.

Cass. civ. 3^e, 24 févr. 1988 : *Gaz. Pal.* 1998, 2, p. 494, obs. S. GUINCHARD et T. MOUSSA.

Cass. civ. 2^e, 11 juil. 1990 : *Bull. civ. II*, n° 170.

Cass. civ. 2^e, 8 sept. 2011, n° 10-19.919 : *Bull. civ. II* n° 166 ; *Procédures* 2012, comm. 3, obs. R. PERROT.

Cass. civ. 2^e, 22 nov. 2012, n° 10-26.198 et 10-26.755.

Cass. civ. 2^e, 31 janv. 2013, n° 10-16.910 : *Bull. civ. II* n° 20 ; *Procédures* 2013, comm. 98, note R. PERROT.

Cass. civ. 3^e, 27 fév. 2013, n° 12-13.624 : *RLDC* 2013/104, n° 5107, obs. L. RASCHEL.

Cass. civ. 2^e, 21 mars 2013, n° 12-16.995.

Cass. civ. 2^e, 4 sept. 2014, n° 13-24.429 : *Bull.* n° 177 ; *D.* 2015, p. 517, obs. H. ADIDA-CANAC, T. VASSEUR et E. DE LEIRIS.

Cass. civ. 1^e, 30 avr. 2014, n° 12-21.484 : *Bull. civ. I* n° 75 ; *Procédures* 2014, comm. 164, note R. PERROT.

Cass. crim. 12 avr. 2016, n° 16-90.003.

Cour de cassation – Chambre commerciale :

Cass. com., 15 juin 2010, n° 09-67.057.

Cass. com., 10 déc. 2013, n° 12-20.252 : *Procédures* 2014, comm. 63, note R. PERROT.

Cour de cassation – Chambre criminelle :

Cass. crim., 3 mars 1960 : *D.* 1961, p. 167.

Cass. crim. 7 févr. 1984 : *Bull. crim.* n° 44.

Cass. crim., 24 mars 1987 : *Bull. crim.* n° 138.

Cass. crim., 22 mai 2001, n° 00-83.794.

Cass. crim. 7 déc. 2010 : *RSC* 2011, p. 419, obs. J. DANET.

Cass. crim., 2 mars 2011, n° 10-88.524 : *RSC* 2011, p. 419, obs. J. DANET.

Cass. crim., 11 oct. 2011, n° 11-85.602 : *Bull. crim.* n° 197 ; *D.* 2011, p. 2732, obs. M. LENA ; *RSC* 2012, p. 197, obs. J. DANET.

Cass. crim., 11 avr. 2012, n° 12-81.804.

Cass. crim., 20 févr. 2013, n° 12-83.402.

Cass. crim., 6 mars 2013, n° 12-81.861.

Cass. crim., 11 juin 2013, n° 13-82.061.

Cass. crim., 25 fév. 2015, n° 15-88.028.

Cass. crim., 24 juin 2015, n° 15-82.152.

Cass. crim., 1^{er} déc. 2015, n° 15-85.526.

Cour de cassation – Chambre sociale :

Cass. soc., 24 mai 1995 : *RTD Civ.* 1995, p. 958, obs. R. PERROT.

Cass. soc., 13 janv. 1999 : *Bull. civ.* V, n° 21.

Juridictions du fond :

CA Bordeaux, 21 déc. 2007, n° 06/03536.

Titre 2 : La reconnaissance possible d'un principe de présence

Chapitre 1 : L'action de la norme de présence

Section 1 : L'action directive de la norme de présence

Cour européenne des droits de l'Homme :

CEDH, 5 oct. 2006, *Marcello Viola c. Italie*, req. n° 45106/04 : *JCP G* 2007, I, 106, n° 10, obs. F. SUDRE ; *RTDH* 2008, p. 223, note M. CHIAVARO.

CEDH, 27 nov. 2007, *Asciutto c. Italie*, req. n° 35795/02.

CEDH, 23 juin 2015, *Balta et Demir c. Turquie*, req. n° 48628/12.

Cour de cassation – Chambres mixtes :

Cass. ch. mixte, 28 janv. 2005, n° 02-19.153 : *Bull. ch. mixte* n° 1 ; *Procédures* 2005, comm.7, obs. R. PERROT ; *Dr. et patr.* 2006. 103, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *D.* 2006. Pan. 545, obs. P. JULIEN et N. FRICERO.

Cour de cassation – Chambres civiles :

Cass. civ. 1^{er}, 7 juin 2005 : *Rev. Huissiers* 2006, p. 35, note N. FRICERO ; *RTD Civ.* 2006, p. 151, note R. PERROT.

Cour de cassation – Chambre criminelle :

Cass. crim., 12 déc. 2006, n° 05-86.214 : *Bull. crim.* n° 310 ; *D.* 2007, p. 445, obs. C. GIRAULT ; *AJ Pénal* 2007, p. 139, obs. C. GIRAULT ; *RSC* 2007, p. 322, note R. FILNIEZ.

Cass. crim., 14 oct. 2008, n° 08-81.617 : *Bull. crim.* n° 207 ; *AJ Pénal* 2009, p. 185, obs. L. ASCENSI ; *RSC* 2009, p. 411, obs. R. FILNIEZ.

Cass. crim., 17 fév. 2010, n° 09-82.476.

Cass. crim., 24 fév. 2010, n° 09-88.024.

Cass. crim., 21 juil. 2010, n° 10-83.057.

Cass. crim., 2 mars 2011, n° 10-88.524.

Cass. crim., 2 mars 2011, n° 10-88.525.

Cass. crim. 11 oct. 2011 : *Bull. crim.* n° 197 ; *RSC* 2012, p. 197, note J. DANET ; *D.* 2011, p. 2732, obs. M. LENA.

Cass. crim., 15 fév. 2012, n° 11-88.289.

Cass. crim., 11 juin 2013, n° 13-82.061.

Section 2 : L'action contraignante de la norme de présence

Cour européenne des droits de l'Homme :

CEDH, 23 mai 2000, *Van Pelt c. France*, req. n° 31070/96.

CEDH, 25 juil. 2013, *Rivière c. France*, req. n° 46460/10.

Conseil constitutionnel :

Cons. const., 22 juillet 2005, n° 2005-520 DC.

Cour de cassation – Chambres civiles :

Cass. civ. 2^e, 16 oct. 2014, n° 13-17.999.

Cass. civ. 1^e, 2 déc. 2015, n° 14-26.835.

Cass. civ. 1^e, 24 févr. 2016, n° 15-11.427.

Cour de cassation – Chambre criminelle :

Cass. crim., 27 nov. 2013, n° 12-86.424.

Cass. crim., 12 avr. 2016, n° 16-90.003.

Cour de cassation – Chambre sociale :

Cass. soc., 24 janv. 1990, n° 87-40.953.

Cass. soc., 14 avr. 2016, n° 15-10.174.

Cour de cassation – avis :

Cass., 18 avr. 2005, avis n° 005-0004P : *D.* 2005, p. 1200, note J. PRADEL.

Conseil d'Etat :

CE, ord. réf., 11 mai 2005, n° 279834 : *D.* 2005, p. 1379, note A. ASTAIX.

CE, 1^e et 6^e sous-sections réunies, 26 avr. 2006, n° 279832 : *D.* 2006, p. 1333.

Chapitre 2 : La qualification de la norme de présence : un principe directeur doctrinal

Section 1 : La conformité de la norme de présence aux critères matériels des principes directeurs du procès

Conseil constitutionnel :

Cons. const., 29 déc. 1989, n° 89-268 DC : *Rec.* p. 110 ; *RFDA* 1990, p. 143, note B. GENEVOIS ; *RFDC* 1990, p. 122, note L. PHILIP.

Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC.

Conseil d'Etat :

CE, 6 mars 1959, *Syndicat des grande pharmacies de la région de Paris* : *Rec.* 165.

Cour de cassation – Assemblée plénière :

Cass. ass. pl., 30 juin 1995, n° 94-20.302 : *JCP* 1995 II 22748, note A. PERDRIAU.

Cour de cassation – Chambres civiles :

Cass. civ. 2^e, 8 déc. 1976 : *D.* 1977, p. 543, note A. BENABENT ; *RTD Civ.* 1978, p. 184, obs. J. NORMAND.

Section 2 : La reconnaissance formelle imparfaite d'un principe de présence

Cour européenne des droits de l'Homme :

Comm. EDH, avis du 20 juin 1959, *Szabowicz c. Suède*, req. n° 434/58.

CEDH, 17 janv. 1970, *Delcourt c. Belgique*, req. n° 2689/65.

CEDH, 21 fév. 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70.

CEDH, 12 fév. 1985, *Colozza c. Italie*, req. n° 9024/80.

CEDH, 23 fév. 1994, *Stanford c. Royaume-Uni*, req. n° 16757/90.

CEDH, 9 déc. 1994, *Hiro Balani c. Espagne*, req. n° 18064/91 : *D.* 1996, p. 202, obs. N. FRICERO ; *Justices* 1996, p. 235, obs. G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS ; *JCP* 1995 I 3825, obs. F. SUDRE.

CEDH, 24 fév. 1995, *McMichaël c. Royaume-Uni*, req. n° 16424/90 : *D.* 1995, p. 449.

CEDH, 14 juin 2001, *Medenica c. Suisse*, req. n° 20491/92.

CEDH, 18 mai 2004, *Somogyi c. Italie*, req. n° 67972/01.

CEDH, 24 mars 2005, *Stoichkov c. Bulgarie*, req. n° 9808/02.

CEDH, 1er mars 2006, *Sejdovic c. Italie*, req. n° 56581/00.

Plan de jurisprudence

CEDH, 5 oct. 2006, *Marcello Viola c. Italie*, req. n° 45106/04 : JCP G 2007, I, 106, n° 10, obs. F. SUDRE ; RTDH 2008, p. 223, note M. CHIAVARO.

CEDH, 9 nov. 2006, *Golubev c. Russie*, req. n° 26260/02.

CEDH, 25 mars 2008, *Gaga c. Roumanie*, req. n° 1562/02.

CEDH, 24 avr. 2012, *Haralampiev c. Bulgarie*, req. n° 29648/03.

Cour de cassation – Chambres civiles :

Cass. civ. 1^{er}, 9 juin 1982 : Bull. civ. I, n° 219 ; RTD Civ. 1983, 194, obs. R. PERROT.

Cass. civ 1^{er}, 7 mars 2000, n° 97-20.017 : Bull. civ. I, n° 79.

Cass. civ. 3^e, 25 sept. 2007, n° 06-17.907.

Cour de cassation – Chambre criminelle :

Cass. crim., 3 mai 1988, n° 86-90.372 : Bull. crim. n° 190.

Cass. crim., 23 mars 2010, n° 08-83.688 : Bull. crim. n° 53.

Cass. crim. 11 oct. 2011 : Bull. crim. n° 197 ; RSC 2012, p. 197, note J. DANET ; D. 2011, p. 2732, obs. M. LENA.

Cour de cassation – Chambre sociale :

Cass. soc., 24 nov. 1988 : Bull. civ. V, n° 626.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

-A-

Absence : 1.
- droit à l'- : 426.
Accès à la justice : 110 et s.
Accusatoire : 421.
Accusé : (v. *Cour d'assises*).
Acte :
- de procédure : 60.
- du procès : 62.
- judiciaire : 59.
- processuel : 61.
Action : 116 et s.
Administration : (v. Bonne administration de la justice)
Aide :
- à l'accès au droit : 261.
- juridictionnelle : 237.
- juridique : 261.
Alternatives aux poursuites : 176.
Amende : 345 et s.
- civile : 346.
- pénale : 346.
Amende forfaitaire : 369, 457.
Analyse économique du droit : 13, 230 et s.
Ancien Régime : 19, 141.
Anonymat : (v. *Témoin*)
Apparences : 1.
- théorie des – : 219.
Appel :
- conditions : 464 et s.
- chambre de l'application des peines : 419.
Application des peines : 366, 419, 582.
Arbitrage : 28, 167.
Assignaton : 425.
Assistance éducative : 223, 391.
Audience :
- définition : 64.
Audition libre : 8.
Avocat : 8, 169, 177, 273. (V. aussi *Représentation*).

-B-

Bonne administration de la justice : 250, 473.

-C-

Carte judiciaire : 31.
Célérité : (V. principe de célérité).
Citation à comparaître : 338, 376.
Common Law : 184.
Comparution :
- notion : 89 et s.
- obligatoire : 314 et s., 356,
- personnelle : 89-90, 398.
- sur reconnaissance préalable de culpabilité : 176, 268, 400, 442, 512, 528.
- volontaire : 105 (v. également *Présentation volontaire*).
Compétence territoriale : 515.
Composition pénale : 176.
Conciliation : 163 et s., 387 et s.
Conseil de prud'hommes : 83, 104, 145, 173, 248.
Consentement :
- à l'utilisation de la visioconférence : 136, 428 et s.
Contentieux « chaud » : 283, 284, 286.
Contentieux des étrangers : 76, 424, 428, 480.
Contentieux « froid » : 283, 284, 285.
Contradictoire : 130 et s., 196 et s.
- droit à l'information : 197 et s.
- droit à la discussion : 203 et s.
Contumace : 393382.
Convocation :
- du témoin : 332, 336.
- forme de la – : 337 et s.
Coopération judiciaire :
- visioconférence : 34-35, 253.
- mandat d'arrêt européen : 426.
Coprésence : 53 et s.
Cour d'assises : 110, 126, 141, 187, 320, 335, 340, 374, 377.

Cour pénale internationale : 27.

Cross examination : 187, 190.

-D-

Défaut : 209 (v. *également Procédures par défaut*).

Défaut de comparution (*infraction*) : 324.

Défense : (v. Droits de la défense et Principe de défense).

Délai :

- d'appel : 464.

- de comparution : 243.

Délai raisonnable : 240, 524, 554.

Demande en justice :

- forme de la – : 108.

Déni de justice : 240.

Déontologie : 335.

Dépens : 235 et s.

Désistement d'action : 269.

Détention provisoire : 378.

- contentieux de la – : 400, 428, 430, 474, 477, 482, 512 et s., 532, 534.

Devoir :

- des parties : 353 et s.

- des tiers : 312 et s.

- notion : 309.

Dialogue : 189 et s.

Droit à la preuve : 321, 413.

Droit au recours : 111, 477, 511.

Droit au juge : 100 et s.

Droit au témoin : 213, 316 et s., 412 et s., 508.

Droit collaboratif : 169.

Droit d'accès au juge : 100, 101 et s.

Droit médiéval : 16, 30, 140.

Droit naturel : 546.

Droit pénitentiaire : 395.

Droit processuel :

- origine : 9, 505.

- notion : 10.

Droit romain : 15, 30, 139.

Droit subjectif :

- notion : 410.

Droits de la défense : 79, 195 et s., 371, 469.

-E-

Economie : (v. *Analyse économique du droit*).

Ecrit : 146 (v. *également Procédures écrites*).

Efficacité : (v. Principe d'efficacité).

Efficiencia : 230.

Egalité des armes : 213, 415.

Equité : 159, 194, 415, 549, 554, 557.

Evitement du juge : 258.

Exécution forcée :

- du devoir du témoin : 341 et s.

- du devoir du mis en cause : 373 et s.

Excès de pouvoir : (v. Recours pour excès de pouvoir).

Expert : 53, 333, 344.

Expertise : 55, 201 et s., 219, 426, 452, 469.

Extraction de détenu : 76, 253, 430, 474.

-F-

Fonction sociale de la justice : 5.

Fondamentalité

- droits fondamentaux : 9, 551.

- notion : 551.

- principes fondamentaux : 551.

Force publique : 341, 358, 373.

Forclusion : (v. *Relevé de forclusion*)

Frais :

- de justice : 238.

- irrépétibles : 235.

Fuite : (v. *Personne en fuite*).

-G-

Gracieux : 10, 401, 443.

Greffier : 11.

Grief : 468 et s.

-H-

Homologation : 176, 268.

- audience d' – : 176, 528.

Hospitalisation sous contrainte : 429.

-I-

Impartialité : 216 et s., 550.

Incapacités : 440.

Incombance : 357.

- notion : 310.

- en contentieux disciplinaire : 396-397.

Indemnités des témoins : 236.

Infraction (de défaut de comparution) : (v. *Défaut de comparution*).

Inopposabilité : 452.

Inquisitoire : 421.

Instance :

- création : 103 et s.
- extinction : 269.
- théorie de l'— : 129 et s.

Instruction : 197 et s. (v. également *Mesures d'instruction*).

Intérêt à agir : 468.

Intérêts moratoires : 242.

Intime conviction : 141.

Interrogatoire : 360.

-J-

Juge : 11.

- destinataire du droit de présence : 432 et s.

Jugement :

- contradictoire : 131, 132, 135.
- contradictoire à signifier : 132, 134.
- dit contradictoire : 131.
- non avenue : 462.
- par défaut : 131, 132, 134.
- par itératif défaut : 425.
- réputé contradictoire : 131.

Juridicité : 520 et s.

Justice :

- « bien – » : 276 et s.
- notion : 160.
- restaurative : 37.

-L-

Langage du corps : 1, 79, 191.

Légalité procédurale : 424.

Légitimité (de la décision) : 160 et s.

Litige :

- notion : 10.

Litige transfrontalier : 34, 237.

Loyauté : (v. *Principe de loyauté*).

-M-

Majeurs incapables : 440.

Management, managerialisation : 230.

Mandat :

- d'amener : 342, 375, 377.

- d'arrêt : 375, 377.

- d'arrêt européen : 426.

- de comparution : 360, 377.

- de dépôt : 357.

Marché judiciaire : 278.

Médiation : 163 et s.

- en matière civile : 172.

- en matière pénale : 175.

Mesure d'administration judiciaire :

- notion : 476.

- recours : 477.

Mesure d'instruction : 197 et s., 204.

Mineurs : 223, 391, 442.

Ministère public :

- statut : 8.

- devoir : 399 et s.

- pouvoir : 441 et s.

Mis en cause :

- notion : 366.

Modes alternatifs :

- de règlement des conflits en ligne : 34, 167.

- de règlement des litiges : 29, 163 et s.

Motif légitime : 145, 348 et s.

Motivation des décisions : 533-534, 572.

-N-

Normativité :

- notion : 298.

Norme :

- notion : 299.

Notification : 376.

Nouvelles technologies : 6, 31 et s., 72 et s., 516.

Nul ne plaide par procureur : 18.

Nullité : 437, 448 et s.

- textuelle : 450.

- virtuelle : 451.

-O-

Obligation : 449

- de comparution : 123, 306, 315, 356.

- notion : 308.

Obligation positive : 433.

Observations orales : 120-121.

Online dispute resolution : 167.

Opération procédurale :

- d'investigation : 360.

- déterminante sur l'issue du litige : 419.
- notion : 63 et s.

Opposition : 209, 459 et s.

- en matière civile : 460.
- en matière pénale : 461.

Oralité : 137 et s., 210. (v. également *Procédures orales*).

Ordalie : 181.

Ordonnance pénale : 370, 458.

-P-

Parquet : (v. Ministère public)

Parties :

- notion : 364.
- potentielle : 437.
- principales : 443.

Pédagogie : 221.

Perquisition : 8, 419, 437.

Personne en fuite : 380.

Philosophie :

- axiologique : 544.
- utilitariste : 553.

Pourvoi :

- conditions : 110 et s.

Pouvoir :

- dans l'intérêt d'autrui : 440.
- dans l'intérêt général : 441 et s.
- notion : 439.

Prérogative (concept de –) : 409.

Présence de l'absent : 75.

Présence virtuelle : 80.

Présences décalées : 78.

Présentation volontaire : 104. (v. également *comparution volontaire*).

Prétention : 10.

Prévenu : (v. *Tribunal correctionnel*).

Principe :

- d'efficacité : 524, 533, 553 et s.
- de célérité : 506, 524, 554.
- de coopération : 553.
- de défense : 523, 552.
- de loyauté : 506.
- directeurs du procès : 494 et s.
- dispositif : 552, 553, 554.
- du contradictoire : 196 et s., 523, 552, 572.
- fondamentaux : 551.

- généralité du – : 560 et s.
- latent : 569, 580.

Procédure simplifiée : 456.

Procédures écrites : 119, 135 et s., 146, 209 et s., 567.

Procédures in absentia : (v. *Procédures par défaut*).

Procédures orales : 137 et s., 206 et s., 246 et s.

Procédures par défaut : 110 et s., 123 et s., 382 et s.

Procès :

- notion : 10.

Procès équitable : 9, 10, 38, 97, 193 et s., 394, 440, 505, 554, 557.

Proximité de la justice : 17, 549, 556.

Publicité : 218-219.

-Q-

Qualité de la justice : 193 et s., 279.

-R-

Réassignation : 425.

Recours : (v. *Appel, Opposition, Voies de recours*).

Recours pour excès de pouvoir : 477.

Récusation : 219.

Référé-rétractation : 455.

Relevé de forclusion : 466.

Représentation : 81 et s., 145, 250 et s., 371.

- *ad agendum* : 86 et s.

- *ad litem* : 84.

- des personnes morales : 88.

- obligatoire : 119.

Rituel judiciaire : 69, 78, 222.

-S-

Sanctions disciplinaires : 344.

Secret professionnel : 350.

Serment : 16, 24, 181, 350.

Sociologie :

- de la justice : 5.

- des contentieux : 283 et s.

Surendettement (procédures de) : 224.

Suspect : 342, 360, 365, 366, 419.

-T-

Témoïn :

- anonyme : 213, 479.
- assisté : 365, 366, 437.
- droit au – : (v. *Droit au témoin*).
- notion : 329 et s.

Temps : 239.

Théorie des coûts de transaction : 264.

Transaction : 167, 268, 269.

Travail d'intérêt général :

- prononcé : 224.

Tribunal correctionnel : 76, 81, 89, 105, 108, 124, 126, 134, 136, 145, 162, 243, 371, 374, 380, 434, 482, 513.

Tribunal d'instance : 104, 106, 108, 145, 146, 170, 251, 269, 387.

Tribunal de commerce : 22, 104, 106, 108, 146.

Tribunal de grande instance : 81, 120, 126, 135, 155, 210, 425.

Tribunal paritaire des baux ruraux : 171, 174, 387.

- U -

Utilitarise : 553.

-V-

Vérité :

- judiciaire : 180.
- objective : 181.
- subjective : 183 et s.

Visioconférence : 31 et s., 72 et s., 90, 127, 253 et s., 475 et s., 512, 516.

Voies d'exécution : 12.

Voie de recours : 453 et s.

- particulières : 454 et s.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	5
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS :	7
SOMMAIRE :	9
INTRODUCTION	11
§1 : L'étendue de l'étude consacrée à la présence en droit processuel	14
§2 : L'intérêt de l'étude de la présence en droit processuel	22
A- La présence, mode « naturel » d'organisation des rapports processuels	22
B- La présence, mode d'organisation des rapports processuels remis en cause ..	31
§3 : La résolution du paradoxe de la présence en droit processuel	39
PREMIERE PARTIE : LA LEGITIMITE DE LA PRESENCE EN DROIT PROCESSUEL	43
Titre 1 : La notion de présence en droit processuel	45
Chapitre 1 : La présence, un lien processuel	47
Section 1 : Le référentiel du lien de présence	48
§1 : La nature du référentiel	49
A- L'insuffisance du référentiel personnel.....	49
B- La pertinence du référentiel matériel	52
§2 : La qualification du référentiel matériel.....	54
A- Les qualifications rejetées	54
B- La qualification retenue : l'opération procédurale	59
Section 2 : La nature du lien de présence	62
§1 : Le critère de l'immédiateté ou l'unité spatio-temporelle	63
§2 : Les conséquences du critère de l'immédiateté	65
A- La rupture de l'immédiateté par l'intervention d'un intermédiaire technique : les moyens de télécommunication.....	65
1-Le rejet de l'assimilation des techniques de télécommunication audiovisuelle à une forme de présence	66

Index alphabétique

a- Présentation des arguments favorables à l'assimilation de la visioconférence à la notion de présence	67
b- Inopérance des arguments favorables à l'assimilation entre visioconférence et présence	68
2- La pertinence de la différenciation entre techniques de télécommunication et forme de présence	71
B- La rupture de l'immédiateté par l'intervention d'un intermédiaire humain : la représentation	75
1- La distinction entre présence et représentation	76
a- Application de la distinction à la représentation à l'instance	77
b- Application de la distinction à la représentation à l'action	78
2- Précisions sur la notion de comparution	83
Conclusion du chapitre 1	86
 Chapitre 2 : La présence, une notion autonome	89
 Section 1 : Présence et droit au juge	91
§1 : L'autonomie de la notion de présence à l'égard de l'accès au juge	92
A- Le rejet de la présence comme mode autonome d'accès au juge	92
1- La présence, modalité apparente d'accès au juge	93
2- La présence, modalité insuffisante d'accès au juge	95
B- Le rejet de la présence comme condition d'accès au juge	98
1- La présence, condition ancienne d'accès au juge	99
2- La disparition de la présence comme condition d'accès au juge	101
a) La disparition de la présence comme condition du pourvoi en cassation	102
b) La disparition de la présence comme condition de l'opposition	103
§2 : L'autonomie de la notion de présence à l'égard de l'action en justice	104
A- Le droit d'être entendu non conditionné par la présence des parties	105
1- L'exclusion classique de la présence des conditions du droit d'être entendu dans les procédures ne reposant pas sur la comparution personnelle des parties	106

2- La disparition de la présence comme condition du droit d’être entendu dans les procédures privilégiant la comparution personnelle	107
B- L’organisation de la présence indépendante du droit d’être entendu	109
Section 2 : Présence et théorie de l’instance	112
§1 : L’autonomie de la notion de présence à l’égard du contradictoire	112
A- La classification des jugements fondée sur la défaillance des parties	114
B- L’incidence limitée de la présence sur la qualification des jugements	116
§2 : L’autonomie de la notion de présence à l’égard de l’oralité	119
A- Le lien historique entre oralité et présence	121
B- La distension du lien entre présence et oralité	124
1- La distinction de l’oralité traditionnelle et de la présence	124
2- La distension du lien entre présence et oralité due à la transformation des procédures orales	125
Conclusion du chapitre 2	130
Conclusion du titre 1	132
 Titre 2 : Les enjeux de la présence en droit processuel	 135
 Chapitre 1 : Les finalités de la présence en droit processuel	 137
Section 1 : La contribution de la présence à la qualité de la solution	138
§1 : La fonction conciliatrice de la présence	139
A- La fonction conciliatrice de la présence dans les processus extrajudiciaires de règlement amiable des litiges	141
B- La fonction conciliatrice de la présence dans les processus judiciaires de règlement amiable des litiges	147
1- La fonction conciliatrice de la présence en matière civile	147
2- L’existence de la fonction conciliatrice de la présence dans les autres contentieux	153
§2 : La fonction heuristique de la présence en droit processuel	156
A- Identification de la vérité recherchée	157
1- Le constat de l’impossible recherche de la vérité objective	158
2- La recherche de la vérité subjective la plus vraisemblable	159

Index alphabétique

a- Tradition juridique de Common Law et vérité subjective	159
b- Tradition juridique de Civil Law et vérité subjective	160
B- Efficacité de la présence comme révélateur de vérité	162
Section 2 : La contribution de la présence à la qualité de la procédure	165
§1 : La fonction protectrice de la présence.....	166
A-La présence, outil de mise en œuvre des garanties procédurales	167
1- La présence, outil de mise en œuvre du principe du contradictoire.....	167
a- La présence, vecteur d'information.....	168
b- La présence, vecteur de discussion	172
α- La présence, vecteur de discussion au stade préparatoire.....	173
β- La présence, vecteur de discussion dans la phase décisive.....	175
i. La présence, vecteur de discussion dans les procédures orales	175
ii. La présence, vecteur de discussion dans les procédures écrites	177
2- La présence renforçant les garanties de défense spéciales.....	179
B- La présence, outil de contrôle de garanties institutionnelles.....	181
§2 : La fonction pédagogique de la présence	185
Conclusion du chapitre 1	190
Chapitre 2 : Les enjeux économiques de la présence en droit processuel....	193
Section 1 : Présentation du bilan économique négatif de la présence.....	197
§1 : Les fondements du bilan économique négatif : analyse du coût de la présence	197
A- Le coût financier de la présence.....	198
1- Coût financier de la présence supporté par les parties	198
2- Coût financier de la présence supporté par l'Etat	200
B- Le coût temporel de la présence	202
1- Temps et coûts économiques	203
2- Présence, temps et coûts économiques	207
§2 : L'utilisation actuelle du bilan économique négatif de la présence	208
A- Le recul de la présence.....	209
1- Le recul de la présence dans les procédures orales.....	209

2- Le recul de la présence devant le conseil de prud'hommes	210
B- Les avancées des alternatives à la présence	212
1- Les avancées de la représentation justifiées par l'analyse économique	213
2- Les avancées de la visioconférence justifiées par l'analyse économique ..	215
 Section 2 : La relativisation nécessaire du bilan économique négatif de la présence	218
§1 : Incertitudes sur l'exactitude du bilan économique négatif de la présence	218
A- Présence et minimisation des coûts par l'évitement du juge	219
1- Analyse économique et modes extrajudiciaires de règlement des litiges ..	219
a- Minimisation des coûts pour l'Etat	220
b- Minimisation des coûts pour les parties	222
2- Rôle de la présence dans les stratégies d'évitement du juge.....	224
B- Présence et minimisation des coûts du procès	225
1- Minimisation des coûts judiciaires liés à l'existence antérieure ou concomitante d'un processus de règlement amiable	226
2- Relativisation du bilan économique de la présence par comparaison avec la représentation	229
§2 : Remise en cause de l'utilisation de l'analyse économique de la présence.....	231
A- L'analyse économique insuffisamment adaptée aux spécificités de la justice	232
1- La justice, un bien public complexe	233
2- La justice, un bien idéal	234
B- L'analyse économique inégalement adaptée aux différents contentieux	238
1- Classification sociologique des contentieux	238
2- Pertinence relative de l'analyse économique selon le type de contentieux	240
Conclusion du chapitre 2 :	244
Conclusion du titre 2 :	246
Conclusion de la première partie :	249

SECONDE PARTIE : LA NORMATIVITE DE LA PRESENCE EN DROIT PROCESSUEL 251

Titre 1 : Les situations juridiques de présence 255

Chapitre 1 : Les charges présentielles 257

Section 1 : Les charges de présence pesant sur les collaborateurs de la procédure ... 262

§1 : La qualification de la charge de présence pesant sur les collaborateurs de la procédure 262

A- Hésitations sur la qualification idoine..... 263

B- La qualification retenue d'un devoir de présence pesant sur les tiers 265

1- La disqualification de l'obligation 265

a- Différence irréductible tenant à l'objet 266

b- Impossibilité pour les parties d'exiger directement du tiers sa présence..... 268

2- La qualification de devoir de présence par sa fonction objective 270

§2 : Le régime du devoir de présence imposé aux collaborateurs de la procédure 272

A- La mise en œuvre conditionnée du devoir de présence pesant sur les tiers .. 273

1- Le domaine général du devoir de présence 273

a- Le devoir de présence pesant sur les témoins au sens strict 274

b- L'ambiguïté du devoir de présence pesant sur les techniciens 276

2- L'exigence de convocation de la personne assujettie au devoir de présence 279

B- La mise en œuvre sanctionnée du devoir de présence pesant sur les tiers 281

1- Les sanctions du devoir de présence 282

a- L'exécution forcée du devoir de présence 283

b- Les sanctions de l'inexécution du devoir de présence 285

α- Sanctions professionnelles..... 285

β- Sanctions personnelles..... 286

2- Les dérogations aux sanctions du devoir de présence..... 288

Section 2 : Les charges présentielles pesant sur les acteurs de la procédure 290

§1 : Le déclin de la charge de présence du mis en cause en procédure pénale 291

A- Identification théorique du devoir de présence 291

1- La qualification d'un devoir de présence pesant sur le mis en cause en procédure pénale	291
2- Le contenu du devoir de présence pesant sur le mis en cause en procédure pénale	293
B- Affaiblissement du devoir de présence du mis en cause	298
1- La multiplication des procédures indifférentes à la présence du mis en cause	299
a- Les procédures sans audience de jugement.....	299
b- L'élargissement progressif du recours à la représentation.....	301
2- Le recul progressif des sanctions du devoir de présence	303
a- L'exécution forcée du devoir de présence du mis en cause	303
b- Les sanctions déclinantes de l'inexécution du devoir de présence des mis en cause	308
α- La restriction progressive du champ d'application des sanctions	309
β- La disparition des sanctions de l'absence du mis en cause	310
§2 : La faiblesse des charges de présence pesant sur les parties non mises en cause	313
A- Les charges de présence illusoires	314
1- Les charges de présence illusoires dans les phases de conciliation	314
2- Les charges de présence illusoires au stade du jugement	316
B- La rareté des charges de présence effectives.....	318
1- Les rares charges de présence effectives imposées aux parties privées.....	319
a- Les charges de présence dans les contentieux disciplinaires	319
b- Mesure de comparution personnelle et devoir de présence	322
2- La réduction du domaine du devoir de présence du ministère public.....	323
Conclusion du chapitre 1 :	326
 Chapitre 2 : Les prérogatives présentielles	 329
 Section 1 : L'identification des prérogatives présentielles.....	 330
§1 : Le droit de présence	331
A- Les éléments objectifs de qualification du droit de présence.....	332
1- L'objet du droit de présence	332

Index alphabétique

a- L'absence de droit à la présence d'autrui.....	333
b- L'élément matériel de l'objet du droit de présence.....	337
2- Le contenu du droit de présence	342
a- Droit d'exiger d'être mis en mesure d'être présent.....	342
b- Droit de consentir ou de refuser l'usage de la visioconférence	348
B- Les éléments subjectifs du droit de présence	352
1- Le juge, destinataire du droit de présence.....	352
2- Les parties, titulaires du droit de présence	354
§2 : Les pouvoirs de présence	357
A- Le pouvoir présentiel dans l'intérêt d'autrui.....	358
B- Le pouvoir présentiel dans l'intérêt général	359
Section 2 : La mise en œuvre des prérogatives présentielles	361
§1 : L'effectivité garantie des prérogatives présentielles	362
A- Les différentes modalités de garantie des prérogatives présentielles	362
1- La violation des prérogatives présentielles, cause de contestation des actes de procédure	363
2- La violation des prérogatives présentielles, cause de contestation du jugement.....	365
a- Les voies de recours particulières	366
α- Voies de recours contre les décisions rendues à l'issue de procédures simplifiées sans audience	367
β- Voies de recours contre les jugements rendus par défaut	368
b- L'aménagement des voies de recours normales.....	371
B- La condition commune des sanctions des prérogatives présentielles : le grief	373
§2 : L'effectivité variable des prérogatives présentielles	376
A- Les obstacles à la mise en œuvre des prérogatives présentielles	376
1- Identification des obstacles	376
a- Les obstacles contingents	376
b- Les obstacles nécessaires	381
2- Existence de garanties compensatoires	383
B- Les enjeux nécessitant un renforcement de l'effectivité des prérogatives présentielles.....	384

Conclusion du chapitre 2 :	388
Conclusion du titre 1 :	390
Titre 2 : La reconnaissance possible d'un principe de présence	393
Chapitre 1 : L'action de la norme de présence	397
Section 1 : L'action directive de la norme de présence.....	398
§1 : La fonction explicative de la norme de présence	398
A- Précisions sur la fonction explicative des principes directeurs du procès	399
1- Le rôle général de la doctrine dans l'émergence des principes directeurs .	399
2- L'intérêt particulier du droit processuel pour les principes directeurs explicatifs	400
B- Valeur explicative de la norme de présence	403
§2 : La fonction constructive de la norme de présence	405
A- La norme de présence, guide d'interprétation des normes existantes	406
B- La norme de présence, guide d'inspiration dans la création des normes	409
Section 2 : L'action contraignante de la norme de présence	412
§1 : L'utilité de la recherche de l'action contraignante de la norme de présence ..	413
A- La sanction comme caractère de la juridicité de la norme	414
B- La juridicité des principes directeurs du procès	416
§2 : L'absence d'action contraignante de la norme de présence	419
A- L'action contraignante de la norme de présence limitée en droit positif	419
1- La contrainte relative de la norme de présence au stade de l'élaboration du droit par le législateur	420
2- La contrainte relative de la norme de présence au stade de l'application du droit par le juge	422
B- L'action contraignante souhaitée de la norme générale de présence	423
Conclusion du chapitre 1 :	426

Chapitre 2 : La qualification de la norme de présence : un principe directeur du procès en devenir	429
Section 1 : La conformité de la norme de présence aux critères matériels des principes directeurs du procès.....	430
§1 : Les fondements ontologiques de la norme de présence	431
A- La dimension axiologique des principes de droit processuel.....	432
1- La dimension axiologique des principes juridiques	432
2- La dimension axiologique des principes de droit processuel.....	433
B- La dimension axiologique de la norme de présence	440
§2 : Les caractères phénoménologiques de la norme de présence	443
A- La généralité de la norme de présence	443
1- Justification du critère de généralité de la norme	444
2- Application du critère à la norme de présence	447
B- La flexibilité de la norme de présence	448
Section 2 : La reconnaissance formelle imparfaite d'un principe de présence	449
§1 : L'absence indifférente d'une reconnaissance textuelle d'un principe de présence	450
A- Le rejet d'une conception textuelle des principes de droit processuel.....	450
B- L'extériorité du principe de droit processuel au droit écrit.....	454
§2 : L'utilité d'une reconnaissance jurisprudentielle d'un principe de présence ...	458
A- L'absence de reconnaissance explicite du principe de présence.....	458
B- La reconnaissance implicite d'un principe de présence embryonnaire.....	460
Conclusion du chapitre 2 :.....	464
Conclusion du titre 2 :	466
Conclusion de la seconde partie :	469
CONCLUSION GENERALE :	473
BIBLIOGRAPHIE	481
PLAN DE JURISPRUDENCE (et notes)	529
INDEX ALPHABETIQUE	553
TABLE DES MATIERES	558