

TITRE 2 – LES DÉJUDICIARISATIONS EN MATIÈRE PÉNALE

Dans la matière pénale où la question des libertés individuelles se pose avec une particulière acuité, l'ambition d'une déjudiciarisation doit, plus encore que dans d'autres champs, être examinée avec la plus grande prudence. À travers les auditions et débats menés sur cette question, la commission a suivi une double démarche. D'un côté, elle s'est interrogée sur les contentieux dans lesquels des mesures de déjudiciarisation seraient les plus opportunes ; de l'autre, elle a tenté de déterminer comment cette déjudiciarisation pourrait se traduire dans la procédure pénale.

Des réponses très diverses ont été apportées par les personnes entendues sur les différentes mesures de déjudiciarisation possibles. Il est cependant apparu un axe sur lequel la commission s'est appuyée dans l'élaboration de ses propositions, le principe d'un « pénal de recours », selon l'expression de M. Marin, procureur de la République du TGI de Paris. La commission a en effet considéré que, lorsque cela était possible, il était préférable de favoriser la sanction de certains comportements sans intervention, *a priori*, de l'autorité judiciaire, mais en réservant toujours un droit à un recours, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui autorise ce schéma.

- *La première branche des propositions de la commission en matière de déjudiciarisation pénale s'articule donc autour d'un développement de la transaction en matière pénale (Chapitre 1).* En confiant à l'administration ou aux collectivités territoriales la première phase de procédures transactionnelles pour certains contentieux, la commission réserve l'intervention de l'autorité judiciaire en cas d'échec de ces procédures.

- *Dans le prolongement de cette réflexion, la commission a travaillé sur les procédures simplifiées de poursuite qui se fondent non plus sur le principe d'un « pénal de recours » mais en quelque sorte sur celui d'une « audience pénale de recours ».* Ces procédures, que ce soient celles de l'amende forfaitaire, de l'ordonnance pénale ou de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, constituent en effet des alternatives à l'audience pénale au sens classique du terme. Fondées d'une manière ou d'une autre sur l'acceptation de la peine par le mis en cause, elles permettent de traiter des contentieux importants en nombre, tout en protégeant efficacement les droits des justiciables, et préservent en toute hypothèse l'accès à un juge.

- *La seconde branche des propositions de la commission repose ainsi sur le développement des procédures pénales simplifiées dans le respect du droit à un juge (Chapitre 2).*

- *Enfin, citée dans la lettre de mission par Madame le Garde des Sceaux, la question d'une déjudiciarisation du contentieux routier a fait l'objet d'une étude particulière, sous l'angle de son opportunité notamment (Chapitre 3).*

Observations préalables sur l'exécution des peines d'amende forfaitaire.

Au cours de ses travaux, la commission avait également retenu une proposition de nature à améliorer l'exécution des peines d'amende et à diminuer les réclamations devant l'officier du ministère public dans la procédure d'amende forfaitaire.

En effet, dans le déroulement de cette procédure, en cas de non-paiement de l'amende forfaitaire, le contrevenant est redevable d'une amende forfaitaire majorée dont le recouvrement est assuré par le Trésor public. Cependant, si les services du Trésor public disposent de la faculté d'accorder des délais pour le paiement de ces amendes, ils ne peuvent pas accorder de remises gracieuses, que celles-ci soient totales ou partielles. En effet, il appartient normalement à l'officier du ministère public, destinataire des réclamations, de se prononcer sur l'opportunité des poursuites dans de telles situations. Or, en pratique, de nombreux contribuables s'adressent au Trésor public afin d'obtenir des remises et, lorsqu'ils ne sont pas en mesure de payer, le Trésor public n'a d'autre choix que de renoncer au paiement en inscrivant en non-valeur le montant des amendes forfaitaires majorées.

Afin de permettre un recouvrement, fût-il partiel, la commission entendait proposer de permettre au comptable public d'accorder des remises totales ou partielles sur les amendes forfaitaires majorées, comme il peut le faire en matière d'amendes fiscales ou d'impositions.

Cependant cette proposition ne sera pas reprise dans ce rapport puisqu'elle figure dans la loi créant de nouveaux droits pour les victimes et améliorant l'exécution des peines adoptée définitivement par le Parlement le 19 juin 2008. Les représentants des avocats dans la commission ont par ailleurs émis des réserves sur le développement de l'amende forfaitaire et, dans l'hypothèse où cette recommandation serait adoptée, souhaitent une amélioration des modalités de recours. Le Syndicat de la Magistrature partage ce point de vue.

CHAPITRE 1 – LE DÉVELOPPEMENT DE LA TRANSACTION

De nature essentiellement civile, le droit de transiger est fondamentalement étranger à l'exercice de l'action publique. En effet, si l'action publique est confiée par la loi au ministère public ou à certains fonctionnaires, ceux-ci n'en disposent pas. De ce fait, le ministère public ne peut transiger avec un prévenu ni arrêter les poursuites en imposant à ce dernier le versement d'une somme d'argent dans les caisses du Trésor public ou entre les mains de la victime.

Exceptionnellement, aux termes de l'article 6 alinéa 3 du Code de procédure pénale, l'action publique peut cependant « *s'éteindre par la transaction lorsque la loi en dispose expressément* ». Il en est ainsi dans des cas où l'exercice de l'action publique appartient à une administration, notamment en matière de contributions indirectes, d'infractions douanières ou forestières.

Procédure intermédiaire entre la poursuite et le classement, la transaction offre à l'auteur d'une infraction la possibilité d'éviter une action en justice et les inconvénients qui en résultent. Elle représente dans le même temps, pour l'institution judiciaire, un mode de gestion efficace de l'action publique en raison de l'économie de temps et de moyens qu'elle permet. Supposant le consentement de l'auteur de l'infraction, elle peut également favoriser une justice apaisée.

Partant de ce constat, la commission a estimé opportun le développement de la transaction en matière pénale. Dans ce cadre, les avocats ont du reste souligné l'importance du respect du contradictoire dans ce type de procédure. Au cours des travaux, quatre domaines ont paru particulièrement propices à la mise en place de procédures transactionnelles : les contraventions de stationnement (section 1), la police des transports (section 2), le droit pénal de l'urbanisme (section 3) et la coordination des transports (section 4).

SECTION 1 – En matière de stationnement

Le contentieux du stationnement payant, mineur sur le plan strictement pénal, constitue un enjeu majeur en terme quantitatif. Actuellement l'auteur d'une infraction aux règles de stationnement payant commet une contravention de première classe (R. 417-6 du Code de la route) pour laquelle la procédure d'amende forfaitaire est applicable. Le contrevenant doit payer cette amende et, à défaut et sauf contestation de l'infraction, il devient redevable d'une amende forfaitaire majorée que le Trésor public pourra recouvrer de force. L'importance de ce contentieux se résume à quelques chiffres : en 2007, 14,2 millions d'amendes forfaitaires de stationnement ont été émises et 8,3 millions ont fait l'objet d'une majoration. Le montant des recettes lié au recouvrement de ces amendes est de 112 millions d'euros pour les amendes forfaitaires et de 437 millions pour les amendes forfaitaires majorées.

Des projets de dépenalisation ont existé pour ce contentieux (§ 1), mais la commission a estimé plus adapté une dépenalisation partielle avec la mise en place d'un système transactionnel (§ 2).

§ 1 - L'inopportunité d'une dépenalisation totale

Dans un rapport sur le financement des déplacements urbains remis au Premier Ministre le 9 décembre 2003, M. Christian Philip, député, a proposé la dépenalisation des infractions en matière de stationnement payant. Le rapport propose de substituer à l'amende une redevance de stationnement. En cas de non-paiement, cette redevance serait majorée et son recouvrement serait confié au comptable de la collectivité locale. Il s'agirait alors en réalité non d'une redevance mais d'une sanction administrative. Selon cette solution, les réclamations seraient recevables après paiement d'une consignation.

Ainsi que l'a indiqué M. Etienne Effa, sous-directeur à la direction générale des finances publiques, lors de son audition par la commission, cette solution présente cependant plusieurs inconvénients.

Les collectivités territoriales devront en effet mettre en place un mode de gestion particulier pour assurer le contrôle du stationnement payant, la constatation du non-paiement et le recouvrement des redevances. Or si le choix est fait d'une externalisation de cette activité, la collectivité devra supporter une charge nouvelle avec la rémunération du délégataire et mettre à la disposition de celui-ci un accès au fichier des immatriculations. Par ailleurs le délégataire disposera uniquement des moyens de recouvrement privés pour obtenir le paiement des redevances. Si la gestion en est assurée par le comptable public trésorier de la commune, la trésorerie municipale sera destinataire de tous les paiements de la redevance, mais aussi des consignations en cas de contestation, des demandes de délais et de la poursuite des contrevenants récalcitrants. Le recouvrement forcé sera assuré par le comptable local dans les conditions prévues par les articles L. 1617-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales. Ainsi une dépenalisation complète présenterait-elle deux risques :

- une dégradation de l'efficacité des poursuites, en ne permettant plus l'utilisation dans ce contentieux des moyens de recouvrement privilégiés du Trésor public ;
- une régression au regard des économies d'échelle liées au transfert de charges de l'État vers les collectivités locales et les trésoreries municipales.

Un rapport sur l'évolution du stationnement payant réalisé par une mission composée de membres de l'inspection générale des finances, de l'inspection générale de l'administration, du conseil général des ponts et chaussées et de l'inspection des services judiciaires et déposé en juin 2005, avait d'ailleurs noté qu'une telle solution avait pour inconvénient « *de ne pas être souhaitée par nombre d'élus locaux, voire d'être refusée* »¹.

§ 2 - L'opportunité d'une dépenalisation partielle avec la mise en place d'une première phase transactionnelle

Plusieurs autres solutions ont été explorées dans le rapport de la mission d'inspection précité, notamment une dépenalisation partielle avec la mise en place d'une première phase transactionnelle confiée aux collectivités territoriales.

¹ Rapport de synthèse sur l'évolution du stationnement payant, p. 14.

Cette solution est en grande partie similaire à celle qui existe actuellement pour les contraventions en matière de transport collectif public, notamment pour les infractions relevées par la SNCF ou la RATP. Le Code de procédure pénale prévoit en effet en ses articles 529-3 et suivants que, pour ces infractions, la phase de l'amende forfaitaire est remplacée par une indemnité transactionnelle due à l'organisme victime de la contravention. À défaut d'un paiement ou d'une protestation dans les deux mois, le contrevenant est redevable de l'amende forfaitaire majorée recouvrée par le Trésor public. Ce mécanisme permet d'éviter dans de nombreux cas le recours à l'institution judiciaire. L'organisme à qui cette indemnité est due, motivé pour obtenir le versement de celle-ci, peut ainsi effectuer plusieurs relances ou négocier avec le contrevenant afin d'obtenir un accord sur un paiement partiel.

Un mécanisme similaire pourrait être mis en place pour les contraventions de stationnement. Le propriétaire du véhicule serait redevable d'une redevance forfaitaire dont le montant serait fixé par arrêté du maire et dont la recette serait affectée au budget des collectivités locales (actuellement le produit de l'amende est affecté au budget de l'État et une partie du produit est redistribuée aux collectivités locales après péréquation). Cette redevance serait recouvrée par la mairie dont les agents assureraient seuls la verbalisation du non-respect des règles du stationnement payant. Le montant de la redevance forfaitaire pourrait être modulé en fonction du taux de la redevance de stationnement exigée dans la commune où l'infraction a été commise.

Cette redevance ne pourrait cependant excéder un montant fixé par décret afin de garantir la proportionnalité de la sanction à la faute commise par le contrevenant et de conserver un attrait financier à la proposition de transaction au regard du montant de l'amende forfaitaire majorée prévu pour les contraventions de première classe. En cas de non-paiement, et à défaut de protestation, le contrevenant serait redevable d'une amende forfaitaire majorée recouvrée par le Trésor public.

Cette dépenalisation partielle permettrait donc la mise en place d'un processus transactionnel de nature à améliorer le recouvrement de ces amendes, mais aussi un désengorgement des officiers du ministère public qui ne seraient plus destinataires des requêtes en exonération adressées par les contrevenants en matière de stationnement payant².

C'est pourquoi la commission recommande l'adoption d'un tel système en matière de stationnement payant, proposition qui a notamment été accueillie favorablement, lors des auditions, par M. Jean-Claude Marin, procureur de la République du TGI de Paris.

SECTION 2 – En matière de police des transports

Dans le domaine de la police des services publics des transports terrestres, la transaction a déjà une place importante. Comme on l'a rappelé, l'article 529-3 du Code de procédure pénale prévoit que pour les contraventions des quatre premières classes constatées par les agents assermentés de l'exploitant, l'action publique est éteinte par une transaction entre l'exploitant et le contrevenant.

² Les officiers du ministère public resteraient cependant destinataires des réclamations en cas d'amende forfaitaire majorée.

La transaction est réalisée par le versement à l'exploitant d'une indemnité forfaitaire et, le cas échéant de la somme due au titre du transport. À défaut de paiement ou de protestation auprès du service de l'exploitant dans un délai de deux mois, le procès-verbal d'infraction est adressé par l'exploitant au ministère public et le contrevenant devient redevable de l'amende forfaitaire majorée. En cas d'échec de la phase transactionnelle, la procédure devient donc judiciaire. La phase transactionnelle n'est cependant pas obligatoire, l'exploitant pouvant laisser au ministère public le soin d'exercer l'action publique dans les conditions du droit commun³.

L'étude par la commission des taux de recouvrement des amendes pénales prononcées pour les infractions en matière de transport collectif démontre toutefois la faible efficacité de la phase judiciaire dans ce contentieux. En effet, seules 8 % des amendes prononcées sont recouvrées alors que le taux de recouvrement moyen est de 35 %.

En réalité la phase décisive dans le traitement de ce contentieux est la phase transactionnelle.

La commission souhaite donc étendre l'existence de cette phase transactionnelle aux contraventions de cinquième classe et, éventuellement, aux délits en matière de police des services publics des transports terrestres. La même mesure est recommandée pour les contraventions en matière de péage autoroutier.

SECTION 3 – En matière de droit pénal de l'urbanisme et de la construction

Lors de sa réflexion sur la déjudiciarisation des contentieux pénaux spécialisés, la commission a estimé opportun de développer la procédure forfaitaire pour les contraventions dans divers contentieux tels que le droit pénal de l'environnement, le droit de la consommation ou le droit de la santé publique (cf *infra*). Cependant, dans certains domaines, tels que le droit pénal de l'urbanisme et de la construction, il est apparu préférable de privilégier d'autres voies de déjudiciarisation.

Les infractions en matière d'urbanisme et de construction figurent dans le Code de l'urbanisme, mais également dans ceux de la construction et de l'environnement. Toutefois la protection pénale des règles d'urbanisme figure pour l'essentiel aux articles L. 480-1 et L. 480-13 du Code de l'urbanisme. Renforcée une première fois par la loi du 31 décembre 1976, elle a pourtant fait l'objet de critiques parfois sévères, tant de la part de la doctrine que du Conseil d'État, touchant à son manque d'efficacité⁴. De fait, hormis quelques incriminations telles que la violation du plan d'occupation des sols, le défaut de permis de construire ou le défaut de déclaration préalable de travaux, la plupart des infractions en matière d'urbanisme ne font que rarement l'objet de condamnations pénales. Par ailleurs des membres de la commission ont fait observer que lorsque certaines affaires de ce type arrivaient à l'audience, la situation était souvent déjà régularisée.

Si l'idée d'une dépénalisation du droit de l'urbanisme est parfois émise, elle ne paraît pas adaptée dans la mesure où il semble nécessaire de conserver la possibilité d'une intervention pénale.

³ Crim., 14 avril 1999, pourvoi n° 98-83.277.

⁴ Rapport du Conseil d'Etat, *L'urbanisme, pour un droit plus efficace*, 1992.

La commission estime en revanche opportun de permettre à l'administration de *transiger* en ce domaine.

Ainsi que cela existe pour d'autres administrations – telles que l'administration des eaux et forêts, l'administration chargée de la pêche en eaux douces ou de la lutte contre la pollution des eaux – ce pouvoir de transaction s'exercerait avec l'accord et sous le contrôle du parquet. Les conditions de cet accord pourraient être prévues par des conventions passées entre l'administration en question et le parquet afin d'harmoniser l'usage de ces transactions dans le cadre d'une politique pénale cohérente.

SECTION 4 – En matière de coordination des transports

Le terme de coordination des transports ne recouvre pas un domaine juridique précis. Il est habituellement utilisé pour désigner le corpus légal encadrant le transport routier.

En cette matière il existe de nombreuses incriminations pénales réprimant le non-respect des dispositions légales et réglementaires :

- liées à l'activité de transporteur (défaut d'inscription au registre des transporteurs, défaut de licence...);
- relatives au contrôle des conditions de travail (falsification, de détérioration de l'appareil de contrôle appelé chronotachygraphe ou falsification des documents destinés au contrôle des conditions de travail);
- en matière de temps de conduite et de repos des transporteurs routiers;
- relatives à la vitesse, au poids ou aux dimensions des véhicules;
- relatives au transport des matières dangereuses.

Le contentieux dans ce domaine est très important. Le transport routier de marchandises représente en France six cent mille salariés et cinq cent mille poids-lourds.

Les services spécialisés procédant à des contrôles en matière de coordination des transports sont les contrôleurs des transports terrestres (qui procèdent à des contrôles sur route et entreprise) et l'inspection du travail des transports (qui procède uniquement à des contrôles en entreprise). Toutefois, les services de police, de gendarmerie, ou des douanes peuvent également effectuer ces contrôles, habituellement sur les routes. Près d'un million de camions sont ainsi contrôlés annuellement et environ cent mille infractions sont relevées. Environ cinquante pour cent des infractions relevées correspondent à des contraventions de quatrième classe forfaitisées, quarante pour cent sont des contraventions de cinquième classe et dix pour cent constituent des délits.

Cependant, ainsi que l'a rappelé M. Loïc Charbonnier, sous-directeur en charge des transports routiers (D.G.M.T.), lors de son audition, ce contentieux est souvent jugé non prioritaire par les tribunaux et fait l'objet d'un taux de classement sans suite important.

La commission a considéré que les caractéristiques de ce contentieux – quantitativement important, comportant des infractions simples, peu sujettes à interprétation mais peu poursuivies par les parquets – justifiaient une forte déjudiciarisation. Des mesures en ce sens permettraient en effet d’assurer une meilleure effectivité de la sanction et une meilleure pédagogie sur des comportements « accidentogènes ».

Un développement de la procédure d’amende forfaitaire dans ce contentieux a ainsi été proposé (cf *infra*). Cependant cette procédure ne peut être utilisée pour l’ensemble des contraventions en cette matière, ni pour les faits délictuels. ***La commission recommande donc de permettre également la sanction d’infractions en matière de coordination des transports par le biais de mesures de transaction.***

La procédure de transaction pourrait être assurée par des agents des Directions départementales de l’Équipement (DDE). La diversité des services effectuant les contrôles nécessiterait cependant de prévoir une procédure d’envoi centralisé des procès-verbaux aux DDE. On notera que M. Charbonnier a estimé cette proposition intéressante mais a jugé primordial le maintien dans ce cadre de l’intervention des forces de l’ordre, notamment de la gendarmerie.

CHAPITRE 2 – LE DÉVELOPPEMENT DES PROCÉDURES PÉNALES SIMPLIFIÉES DANS LE RESPECT DU DROIT À UN JUGE

L’évolution contemporaine de la procédure pénale a vu le développement de modes de poursuite simplifiés mis en place pour traiter certains contentieux simples et importants en nombre. Le législateur a ainsi d’abord introduit la procédure d’amende forfaitaire, applicable uniquement en matière contraventionnelle, puis l’ordonnance pénale contraventionnelle et finalement l’ordonnance pénale délictuelle. Plus récemment la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est venue compléter l’éventail des modes de poursuite simplifiés.

Malgré leurs différences apparentes, toutes ces procédures présentent de fortes similitudes. Elles ne peuvent en effet prospérer que si la personne poursuivie accepte la sanction qui lui est proposée. Dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), cette acceptation doit intervenir préalablement. Pour la procédure de l’amende forfaitaire et l’ordonnance pénale, ce consentement intervient ultérieurement, avec l’absence de réclamation ou d’opposition. Le droit à l’accès au juge est ainsi protégé par ces procédures qui sont par ailleurs entourées d’autres garanties pour le justiciable.

Ces procédures dérogatoires connaissent un encadrement plus ou moins strict de leur domaine d’application. Hormis pour la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, procédure encore récente, on constate cependant que le législateur a élargi à plusieurs reprises leur domaine.

Si la prudence est bien évidemment de mise lors de la mise en place de procédures dérogatoires, il est légitime de faciliter leur mise en œuvre lorsqu’elles ont

démontré leur efficacité tout en garantissant les droits de la défense et de l'accès à un juge. La commission a donc estimé nécessaire de mener une réflexion globale sur le domaine d'application de ces procédures et elle propose divers élargissements afin de permettre une utilisation accrue de ces dernières.

SECTION 1 – Le développement de la procédure d'amende forfaitaire

Introduite dans le Code de procédure pénale par une loi du 6 juillet 1966, la procédure d'amende forfaitaire a été sensiblement transformée par la loi du 30 décembre 1985. Encadrée par les articles 529 et suivants du Code de procédure pénale, cette procédure prévoit que pour certaines contraventions l'action publique est éteinte par le paiement d'une amende forfaitaire. L'amende est payée directement à l'agent verbalisateur ou par l'envoi d'un timbre-amende au service compétent. À défaut de paiement l'amende forfaitaire est majorée de plein droit et elle est recouvrée par le Trésor public en vertu d'un titre exécutoire rendu par le ministère public.

Cette procédure, simple et efficace, est particulièrement adaptée à des contentieux de masse sans grande complexité. Elle garantit dans le même temps les droits du justiciable puisqu'elle réserve le droit à l'intervention d'un membre de l'autorité judiciaire : s'il refuse cette procédure, le contrevenant peut en effet adresser soit une requête en exonération au stade de l'amende forfaitaire, soit une réclamation motivée au stade de l'amende forfaitaire majorée. Si le ministère public persiste dans sa volonté de poursuite, il est alors contraint de recourir à une autre procédure (citation devant le tribunal, ordonnance pénale).

La Cour de cassation a d'ailleurs jugé que cette voie de poursuite respectait l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme et notamment le droit d'accès à un tribunal⁵. Par ailleurs, ainsi que le rappelle régulièrement la jurisprudence, la procédure forfaitaire constitue une simple option et n'interdit en rien au ministère public d'exercer l'action publique dans les conditions de droit commun⁶.

La commission a donc réfléchi à une utilisation élargie de cette procédure (§ 1) et à un renforcement de son efficacité avec le principe d'une consignation préalable en cas de contestation (§ 2).

§ 1 - L'extension du domaine de la forfaitisation

A) Les principes retenus

La procédure d'amende forfaitaire était initialement limitée à des contraventions des quatre premières classes énumérées à l'article 529 du Code de procédure pénale. La loi du 23 juin 1999 a permis un élargissement du domaine de cette procédure en renvoyant à un décret en Conseil d'État le soin de fixer la liste des contraventions des quatre premières classes susceptibles d'amende forfaitaire. Cette liste, fixée désormais par l'article R. 48-1 du Code de procédure pénale a ainsi été complétée à de nombreuses

⁵ Civ. 2^e, 16 mai 2002, *Bull. Civ. II*, n° 98.

⁶ Amiens, 20 mai 2005, *Jurispr. Auto*, 2005, 645.

reprises depuis 1999⁷. Actuellement, elle inclut des contraventions réprimées par le Code de la route, des contraventions en matière de transport et de circulation, de protection de l'environnement, de protection ou de contrôle des animaux domestiques et des animaux sauvages et des contraventions réprimées par le Code des postes et des télécommunications et par le Code de la santé publique.

Plutôt que de proposer des ajouts ponctuels, la commission a estimé opportun d'engager une réflexion de fond portant sur l'application de la procédure forfaitaire à l'ensemble des contraventions des quatre premières classes pour lesquelles cette procédure est adaptée. Par ailleurs la commission a considéré que l'exclusion des contraventions de la cinquième classe de cette procédure ne se justifiait plus. En effet cette procédure a été limitée historiquement aux contraventions des quatre premières classes car les cinquièmes classes étaient punies de peine d'emprisonnement, ce qui n'est plus le cas depuis la réforme du Code pénal.

La commission a donc cherché à dégager les principes susceptibles de régir la répartition entre les contraventions pouvant être forfaitisées et les autres. Trois idées directrices sont apparues.

- Premièrement, la procédure d'amende forfaitaire n'est pas adaptée aux contraventions pouvant comporter des victimes puisque celles-ci sont exclues par principe de cette procédure.

- Deuxièmement, les contraventions comportant des éléments constitutifs difficiles à caractériser ne doivent pas non plus être forfaitisées. Ces contraventions nécessitent la rédaction de procès-verbaux précis, et non d'un simple timbre-amende, permettant de mettre en évidence la matérialité de l'infraction en cas de poursuite devant le tribunal.

La forfaitisation suppose également des incriminations simples afin d'encadrer les pouvoirs des agents de constatation, qui pourront eux-mêmes sanctionner les contrevenants, et afin de réduire au maximum le nombre de recours.

- Troisièmement, la commission a considéré que la procédure forfaitaire n'était pas opportune pour certaines infractions symboliques telles que l'intrusion dans un établissement scolaire ou l'atteinte volontaire à la vie d'un animal. Il n'est pas possible de prévoir un « forfait » pour ces infractions pour lesquelles la tenue d'une audience paraît plus appropriée.

Enfin il est apparu nécessaire de tenir compte de la particularité des contraventions de cinquième classe devenant délictuelles en cas de récidive. En effet, la forfaitisation ne permet pas de prendre en compte la récidive. Si cette procédure demeure bien évidemment une simple possibilité et peut être écartée par le ministère public en cas de récidive, la commission a préféré exclure la forfaitisation lorsque la récidive entraîne un changement de nature de l'infraction.

⁷ Décrets n° 2002-801 du 3 mai 2002, n° 2003-752 du 1^{er} août 2003, n° 2003-839 du 29 août 2003, n° 2004-1186 du 8 novembre 2004, n° 2005-491 du 18 mai 2005, n° 2006-871 du 12 juillet 2006, n° 2006-1386 du 15 novembre 2006, n° 2007-533 du 6 avril 2007, n° 2007-598 du 24 avril 2007, 2007-794 du 10 mai 2007.

B) L'extension de la forfaitisation dans les différents domaines du droit pénal

Sans prétendre à l'exhaustivité, la commission a identifié un certain nombre de contentieux dans lesquels l'application de ces principes permettrait de forfaitiser un certain nombre de contraventions. La liste des contraventions pour lesquelles la commission recommande l'application de la procédure d'amende forfaitaire figure en annexe du présent rapport. Seuls les principaux contentieux envisagés seront brièvement exposés ici, assortis de quelques exemples illustratifs.

1° En droit pénal général

Seules deux contraventions prévues par le Code pénal sont actuellement susceptibles de forfaitisation : le dépôt d'ordures (art. R 632-1) et la divagation d'animal (art. R 622-2).

Un grand nombre de contraventions pourrait être forfaitisé, comme le tapage nocturne (art. R 632-2) ou l'abandon d'épave de véhicule.

En revanche, a été écartée l'idée de forfaitiser des infractions complexes, telles que l'atteinte à l'état civil des personnes (art. R 645-3), des infractions comportant des victimes, telles que les violences ayant entraîné une incapacité inférieure à huit jours (art. R 625-1) ou les atteintes involontaires à l'intégrité de la personne (art. R 622-1), ou des infractions à caractère symbolique, telles que le manquement à l'obligation d'assiduité scolaire (art. R 624-7) ou l'atteinte volontaire à la vie d'un animal (art. R 655-1).

2° En matière routière

Toutes les contraventions des quatre premières classes prévues par le Code de la route sont déjà susceptibles de forfaitisation. Quant aux contraventions routières de cinquième classe, elles répriment des comportements divers mais simples à caractériser et n'induisant pas de victime.

La commission a donc proposé la forfaitisation d'une large partie de ces contraventions, à l'exception notable **de l'excès de vitesse d'au moins 50 km/h** (art. R 413-14-1 du Code de la route), qui constitue un délit en cas de récidive, et des incitations par l'employeur ou le donneur d'ordre à la commission d'infractions au Code de la route ou au non-respect des dispositions réglementaires sur les temps de conduite

3° En matière de coordination des transports

Les contraventions de quatrième classe aux obligations en matière de temps de conduite et de repos des transporteurs routiers fixées par le règlement CEE n°3820-85

du 20 décembre 1985 abrogé et remplacé par le règlement CEE n°561-2006 du 15 mars 2006, sont déjà susceptibles d'une forfaitisation.

La commission recommande d'étendre la procédure forfaitaire aux contraventions de cinquième classe en matière de temps de conduite et de repos des transporteurs routiers, en matière d'activité de transporteur (défaut de licence, transport sans lettre de voiture...) et en matière de transport de matières dangereuses.

4° En droit de la santé publique

Dans la continuité de la lutte contre l'insécurité routière, la commission recommande notamment de forfaitiser les contraventions de la première à la quatrième classe, prévues par les articles R. 3351-1, R. 3351-2, R. 3351-3 nouveau, R. 3352-1, R. 3353-1, R. 3353-2, R. 3353-3, R. 3353-4, R. 3353-5, R. 3353-7 et R. 3353-8 du Code de la santé publique en matière de vente de boissons alcoolisées.

5° En droit de l'environnement

La forfaitisation est déjà prévue pour un certain nombre de contraventions relatives au dépôt ou à l'abandon de déchets dans les bois, à la réglementation des parcs nationaux et des réserves naturelles, à la protection contre l'incendie, aux prélèvements de produits de la forêt, à l'introduction en forêts de véhicules, bestiaux, animaux de charge, aux mesures de protection de l'environnement contre les émissions polluantes des moteurs des engins mobiles non routiers, à la conservation du littoral et des rivages lacustres, à la chasse, au droit de l'eau et des milieux aquatiques, de la pêche en eau douce et de la gestion des ressources piscicoles.

Cette procédure pourrait être étendue, notamment dans des domaines susceptibles d'être aisément couverts par l'action des services de police et de gendarmerie à l'occasion de missions plus générales, et ce pour les infractions dites « formelles », édictées en vue de réprimer une atteinte éventuelle alors que le préjudice n'est pas effectivement constitué.

Par ailleurs, si de nombreuses contraventions de cinquième classe peuvent déjà en cette matière faire l'objet de transactions pénales, l'extension de la procédure du timbre amende à ces contraventions demeure opportune dans la mesure où cette procédure n'exclut pas la possibilité de recourir à la transaction ou à toute autre procédure de droit commun.

Ainsi, toutes les contraventions de cinquième classe contenues dans les livres II, III et IV du Code de l'environnement pourraient être forfaitisées : il s'agit des infractions relatives à l'eau, la protection des espaces naturels (parcs nationaux et réserves naturelles), la protection de la faune et de la flore sauvages et la pêche en eau douce. De la même manière, en matière maritime, de nombreuses contraventions pourraient utilement être forfaitisées, notamment dans le domaine de la navigation intérieure, de la police en mer et de la pêche.

En revanche l'extension de la forfaitisation ne paraît pas opportune pour les infractions de chasse compte tenu du contexte particulier qui entoure les opérations de

police en cette matière. Dans ce domaine, la voie de la transaction pour les contraventions de cinquième classe pourrait être développée en prévoyant la possibilité de prononcer des peines complémentaires notamment le retrait du permis de chasser ou la saisie du matériel ayant servi à commettre l'infraction, le tout sous le contrôle du procureur de la République.

6° En droit du travail

La forfaitisation de certaines des contraventions des quatre premières classes est proposée dans le respect des principes précédemment édictés : on peut citer par exemple le non-affichage des dispositions sur l'égalité des salaires entre hommes et femmes (art. R 154-0 II et III du Code du travail) ou la non remise au salarié du certificat de travail à la fin de son contrat de travail (art. R 152-1 du Code du travail).

7° En droit de la consommation

Il existe de multiples contraventions résultant de textes épars non codifiés et n'ayant fait l'objet d'aucun référencement.

La forfaitisation pourrait à titre expérimental être appliquée aux contraventions en matière d'étiquetage des produits créées en application des dispositions du chapitre II du titre Ier du livre Ier de la partie réglementaire du Code de la consommation (« modes de présentation et inscriptions », soit les articles R. 112-1 à R. 112-31) et réprimées par l'article L. 214-2 alinéa 1 du même code.

§ 2 - La consignation préalable pour contester les amendes forfaitaires

La nécessité de verser une consignation préalable afin de pouvoir contester devant un juge une contravention est actuellement prévue dans des cas restreints par le Code de procédure pénale.

Ce principe pourrait faire l'objet d'une extension (A), avec cependant de nécessaires contreparties : des possibilités de dispense et une amélioration générale de la procédure d'amende forfaitaire (B).

A) L'extension du principe du versement d'une consignation préalable dans la procédure d'amende forfaitaire

Ainsi que cela a été énoncé précédemment, lorsque la procédure d'amende forfaitaire est appliquée, l'agent verbalisateur fait savoir au contrevenant que celui-ci peut échapper aux poursuites judiciaires en versant le montant de l'amende forfaitaire. Si le contrevenant conteste la matérialité de l'infraction ou ne souhaite pas payer la somme due, il peut adresser une requête ou une réclamation au ministère public. Si

celui-ci souhaite poursuivre, il devra utiliser une autre procédure nécessitant la saisine d'un juge. Le principe actuel, en cas de constatation d'une contravention susceptible de faire l'objet d'une amende forfaitaire, est donc celui d'un accès au juge sans versement préalable d'une consignation.

Cependant, pour dissuader les contrevenants de mauvaise foi et pour assurer l'efficacité du dispositif de contrôle sanction automatisé, la loi du 12 juin 2003 a introduit une exception à ce principe pour certaines contraventions routières. Ainsi, lorsque l'avis d'amende forfaitaire concerne une infraction pour laquelle la responsabilité du propriétaire du véhicule est prévue, la contestation est recevable s'il est versé préalablement à titre de consignation le montant de l'amende due (art. 529-10 du Code de procédure pénale). Compte tenu des dispositions du Code de la route, la consignation est donc obligatoire pour les contraventions « en mouvement » (car réprimant les infractions aux règles sur les vitesses maximales, les signalisations imposant l'arrêt du véhicule, le respect des distances de sécurité, l'usage des voies et chaussées réservées à certaines catégories de véhicules) constatées par un radar sans interception du conducteur. En pratique, cette obligation de consignation ne concerne pour l'instant que les infractions portant sur la vitesse, seules à être constatées par les radars.

La majorité des membres de la commission estime que ce principe de consignation pourrait être étendu à toutes les contraventions prévues par le Code de la route lorsqu'elles font l'objet de poursuites par la procédure d'amende forfaitaire, voire à l'ensemble des contraventions poursuivies par cette voie. Les limites posées par l'article 529-10 sont en effet contestables et induisent une situation paradoxale. Actuellement, en cas de constatation d'une contravention d'excès de vitesse par un radar, sans interception du contrevenant et donc sans certitude sur son identité, il est nécessaire de consigner. En revanche, si la même infraction est constatée et que son auteur est intercepté par l'agent verbalisateur, la consignation n'est pas nécessaire, alors que l'identité du contrevenant aura été relevée par l'agent. De la même manière, pourquoi limiter ce principe aux infractions en mouvement alors que les infractions « statiques », relatives au stationnement ou à l'état du véhicule, sont simples à caractériser ?

Il est apparu à la commission que cette obligation de consignation pourrait effectivement être étendue à l'ensemble des contraventions du Code de la route, mais également à l'ensemble des contraventions « forfaitisables ». Cette réforme permettrait de dégager un régime unique applicable à ces contraventions et renforcerait l'efficacité de cette procédure.

Une telle extension ne contreviendrait pas au principe du droit d'accès à un juge découlant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La Cour a en effet considéré dans sa jurisprudence que le droit d'accès à un tribunal n'est pas absolu et qu'il se prête à des limitations implicites, notamment en ce qui concerne les conditions de recevabilité d'un recours⁸. Elle a également admis qu'« eu égard au grand nombre des infractions légères, notamment dans le domaine de la circulation routière, un État contractant peut avoir de bons motifs de décharger les juridictions du soin de les poursuivre et de les réprimer »⁹.

⁸ CEDH, 28 mai 1985, *Ashingdane c/ Royaume-Uni*, n° 8225/78.

⁹ CEDH, 21 févr. 1984, *Oztürk c/ Allemagne*, n° 8544/79. Dans un cadre différent, le Conseil d'État a jugé compatible avec l'article 6 de la CEDH l'obligation de consignation préalable à la saisine du juge référé fiscal en cas de refus du « sursis de paiement » lors d'une contestation de l'impôt (art L. 229 LPF), *RFDA* 2002, p 991.

Les représentants des avocats et la représentante du Syndicat de la Magistrature ont toutefois considéré que le principe de la consignation limite trop restrictivement l'accès au juge et s'opposent à son extension et l'ANJI a exprimé ses réserves sur cette proposition.

En tout état de cause, une telle mesure supposerait d'élargir les cas de dérogation à l'obligation de consignation et d'améliorer la procédure d'amende forfaitaire.

B) Des contreparties nécessaires : une amélioration de la procédure d'amende forfaitaire et des possibilités de dispense de consignation

Si la loi du 12 juin 2003 a introduit cette obligation de consignation, elle a également prévu des exceptions à cette obligation. Ainsi, l'article 529-10 du CPP dispense le contrevenant de consignation en cas de requête accompagnée du récépissé d'un dépôt de plainte pour vol, destruction du véhicule ou usurpation de plaque d'immatriculation, ou encore, d'une copie de la déclaration de destruction du véhicule ou, enfin, d'une lettre précisant l'identité, l'adresse et la référence du permis de conduire de la personne présumée conduire le véhicule lorsque l'infraction a été constatée.

Ces exceptions s'expliquent par le risque de verbalisation injustifiée en cas d'usage frauduleux d'un numéro d'immatriculation. Elles se justifient cependant uniquement en cas de verbalisation automatique sans interception du contrevenant. Dans le cas contraire, l'identité de celui-ci est relevée par les forces de l'ordre et il n'y a pas lieu de le faire bénéficier de ces exceptions. De la même manière, la constatation des contraventions extérieures au Code de la route suppose que soit relevée l'identité du contrevenant. Dans toutes ces hypothèses, le mis en cause pourrait être dispensé de consignation s'il fournit le récépissé d'un dépôt de plainte pour usurpation d'identité.

La commission propose donc que la loi énumère la liste des pièces dont l'envoi serait susceptible de dispenser le contrevenant de consigner pour exercer un recours. En revanche, il serait déterminé par décret, pour chaque contravention, en fonction de sa nature et de la façon dont elle a été constatée, laquelle de ces pièces devrait être fournie pour être dispensé de consignation.

Par ailleurs M. Jean-Paul Delevoye, Médiateur de la République, a indiqué à la commission qu'il lui semblait nécessaire d'améliorer la procédure de traitement des amendes forfaitaires afin de mieux garantir les droits des justiciables. De fait, la commission considère en effet que si la procédure d'amende forfaitaire doit être efficace, elle doit également être protectrice.

C'est pourquoi la commission recommande :

- de faciliter le remboursement des consignations lorsque le réclamant bénéficie d'un classement sans suite ou d'une relaxe en améliorant son information et notamment en lui adressant un formulaire de demande de remboursement ;

- de développer les procédures de télépaiement (auprès des buralistes ou des bureaux de poste par exemple) ou par timbre dématérialisé, avec des délais de paiement augmentés de 15 jours ;

- d'appliquer aux amendes forfaitaires majorées la diminution de 20% de l'amende en cas de paiement volontaire dans le délai d'un mois, conformément aux dispositions de l'article 707-2 du Code de procédure pénale.

SECTION 2 – L'ordonnance pénale

La procédure simplifiée dite de l'ordonnance pénale s'inspire d'une procédure de droit allemand, le *Strafbefehl*. Introduite en Alsace-Moselle après l'annexion de celle-ci à l'Empire allemand, cette procédure fut maintenue en vigueur dans les départements du Rhin et de la Moselle après la première guerre mondiale. Compte tenu de son succès dans ces départements, le législateur l'a finalement étendue, avec certaines adaptations, à l'ensemble du territoire, par une loi du 3 janvier 1972.

L'ordonnance pénale est une procédure de jugement écrite et non contradictoire. Si le parquet décide d'y recourir, il communique le dossier de la poursuite et ses réquisitions à un magistrat du siège qui statue sans débat préalable par une ordonnance portant relaxe ou condamnation. Si ce magistrat estime un débat contradictoire nécessaire, il renvoie le dossier au ministère public. Lorsque l'ordonnance est rendue, le ministère public et le mis en cause peuvent faire opposition s'ils sont en désaccord avec la décision.

Cette procédure a longtemps été cantonnée aux contraventions. La loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice a introduit une procédure simplifiée similaire pour les délits routiers. Le domaine de cette procédure a ensuite été élargi par la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Ces extensions successives du domaine de l'ordonnance pénale démontrent le succès de cette procédure « simple, rapide et peu coûteuse »¹⁰ particulièrement adaptée aux contentieux de masse.

Par ailleurs il a été noté que cette procédure concilie l'efficacité et la protection des intérêts des parties¹¹. Le prévenu peut en effet accepter la peine proposée ou faire opposition et être jugé selon la procédure ordinaire. Les droits de la victime sont préservés à travers diverses dispositions, notamment par la possibilité de citer le prévenu devant le tribunal de police ou correctionnel afin qu'il soit statué sur les intérêts civils¹².

Compte tenu de ces éléments, la commission a réfléchi à différentes extensions du domaine de l'ordonnance pénale délictuelle tout en préservant, voire en améliorant, les dispositions protectrices existantes.

§ 1 - Une extension possible quant aux infractions susceptibles d'être poursuivies par cette voie

¹⁰ J. Lorentz, J. Volff, « L'ordonnance pénale, une procédure simple, rapide et peu coûteuse », *JCP G* 1968, I, 2192.

¹¹ S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, Litec, 4^{ème} éd., 2008, n° 2286 et 2300.

¹² Articles 495-6 et 528-1, CPP.

L'ordonnance pénale délictuelle est applicable aux délits prévus par le Code de la route et aux contraventions connexes de ce Code, aux délits en matière de réglementations relatives aux transports terrestres, aux délits non punis d'emprisonnement prévus par le titre IV du livre IV du Code de commerce, au délit d'usage de produits stupéfiants, au délit d'entrave à la circulation dans les espaces communs ou les toits des immeubles collectifs d'habitation. Cette procédure est exclue si le prévenu est mineur, si la victime a formulé une demande de dommage et intérêt ou de restitution et si le délit prévu par le Code de la route a été commis en même temps qu'une contravention ou un délit d'homicide involontaire ou d'atteinte involontaire à l'intégrité de la personne.

Il a été envisagé, dans un premier temps, une extension limitée du domaine de l'ordonnance pénale délictuelle avec un alignement sur les règles de compétence du juge unique en matière correctionnelle (art. 398-1 du Code de procédure pénale), ce qui permettrait notamment de juger par cette voie, si l'affaire s'y prête, un port d'arme de 6^{ème} catégorie (couteau, bombe lacrymogène...), un vol simple ou avec une circonstance aggravante (un vol à l'étalage, éventuellement en réunion...), une filouterie, un détournement de gage, un recel (portant sur un téléphone portable par exemple).

Cependant, il est apparu à la commission qu'une extension plus complète était préférable et que celle-ci ne remettait pas en cause les intérêts des parties. En effet, la procédure d'ordonnance pénale est adaptée pour des infractions simples, ce qui peut être le cas d'infractions pour lesquelles la peine encourue est importante. Par ailleurs, les peines pouvant être prononcées par cette voie étant limitées, il sera recouru à cette procédure par le ministère public uniquement s'il peut être proposé une peine en adéquation avec les faits commis. Une telle extension permettrait de juger par cette voie, en plus des délits visés par 398-1 du Code de procédure pénale, certains délits plus techniques (fraude, mauvais étiquetage commis par des commerçants) comme cela a pu être suggéré par certains chefs de juridiction¹³, mais également une détention de stupéfiants de faible quantité ou l'infraction de falsification de chèque.

La commission propose donc d'étendre le domaine de l'ordonnance pénale délictuelle à l'ensemble des délits, quelle que soit la peine encourue.

Toutefois, il a été considéré comme nécessaire d'exclure certains délits peu compatibles, de par leur nature, avec une procédure simplifiée. Il est donc recommandé d'écarter les délits pour lesquels la loi ne permet pas la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et la composition pénale : les délits de presse, les délits d'homicides involontaires, les délits politiques ou les délits dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale.

De la même manière, il ne paraît pas souhaitable d'étendre aux délits du droit du travail le traitement judiciaire par ordonnance pénale. Ces délits (notamment les dispositions relatives au travail dissimulé) justifient une audience et des débats publics qui ont une vertu pédagogique et un rôle préventif auprès des employeurs. Les manquements aux règles d'hygiène et de sécurité entraînant des blessures involontaires ou des homicides involontaires doivent également faire l'objet de débats publics.

¹³ Rapport du Sénat sur les procédures accélérées de jugement en matière pénale : « Juger vite, juger mieux ? », 2005.

§ 2 - Une extension possible aux procédures comportant une demande de dommages et intérêts

L'ordonnance pénale délictuelle est actuellement impossible lorsque la victime a formulé une demande de dommages et intérêts au cours de l'enquête. La commission propose de supprimer cette exclusion, selon le dispositif suivant, qui préserve les droits des victimes.

A. En cas de procédure d'ordonnance pénale avec une demande de dommages et intérêts, le juge saisi devrait nécessairement, en cas d'acceptation de la procédure simplifiée, statuer sur cette demande. L'ordonnance pénale serait dès lors notifiée à la victime, tout comme elle l'est au prévenu.

B. En cas de désaccord sur le montant des dommages et intérêts accordés, la victime pourrait faire opposition et le procureur serait tenu de citer l'auteur des faits devant le tribunal correctionnel qui statuerait sur les seuls intérêts civils, sans que la présence du ministère public ne soit obligatoire à cette audience. Une telle modification permettrait par exemple de poursuivre par voie d'ordonnance pénale des vols de faible importance pour lequel le calcul des dommages et intérêts est simple. En revanche, il n'est pas opportun de poursuivre par cette voie des infractions ayant causé des dommages corporels, ce qui pourrait être précisé par circulaire. La mise en œuvre de cette procédure par le parquet supposerait également le recueil, lors de l'enquête, d'éléments suffisants permettant de chiffrer le préjudice ainsi qu'une audition du mis en cause sur les dommages et intérêts demandés.

C. Par ailleurs, l'ordonnance pénale serait toujours exclue en cas de citation du prévenu par la victime (article 495 al2 CPP), permettant ainsi à celle-ci de s'opposer à une procédure simplifiée.

D. De plus la situation de la victime pourrait être améliorée lorsque celle-ci n'a pu faire valoir ses demandes au cours d'une procédure pénale. À l'image de ce qui existe pour la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, la victime pourrait demander au procureur de citer l'auteur des faits à une audience du tribunal correctionnel où il serait statué sur ses intérêts civils (actuellement la victime doit elle-même procéder à cette citation).

§ 3 - Une extension possible quant aux peines susceptibles d'être prononcées

Les peines pouvant être prononcées par ordonnance pénale sont limitées à l'amende ou aux peines complémentaires encourues.

Afin de pouvoir véritablement utiliser de manière accrue cette procédure, il pourrait être opportun de permettre le prononcé d'une peine d'emprisonnement obligatoirement assortie du sursis avec un quantum maximum de trois mois, en s'inspirant notamment de la procédure simplifiée allemande qui prévoit, depuis 1993, le prononcé avec sursis d'une peine d'emprisonnement d'un quantum inférieur ou égale à un an¹⁴. Cette extension permettrait en effet de traiter des contentieux de masse, tels que les conduites en état alcoolique, qui font parfois l'objet de poursuite devant le tribunal afin d'obtenir des peines d'emprisonnement assortis du sursis (la circulaire du 28 juillet

¹⁴ Code de procédure pénale allemand, § 407 et s.

2004 relative au renforcement de la lutte contre la délinquance routière recommande le renvoi devant le tribunal correctionnel de toutes les conduites en état alcoolique, avec un taux compris entre 0,8 et 1,6 mg/l d'air expiré pour les primo-délinquants).

Cette aggravation des peines susceptibles d'être prononcées serait cependant contrebalancée par deux mesures importantes protectrices des droits du mis en cause :

- *D'une part*, compte tenu du caractère symbolique du prononcé d'une peine d'emprisonnement avec sursis, et en cohérence avec l'article 132-31 du Code pénal qui prévoit l'obligation pour le président d'une juridiction d'avertir un condamné à une peine d'emprisonnement avec sursis des conséquences qu'entraînerait une nouvelle condamnation, *l'ordonnance pénale portant condamnation à une peine d'emprisonnement avec sursis devrait obligatoirement être notifiée par délégué du procureur*. En effet, ce mode de notification, plus solennel et plus pédagogique que l'envoi d'un courrier, est déjà prévu par la loi, mais avec un caractère facultatif. Il présente de plus l'avantage d'alléger la charge de travail des personnels des greffes et d'améliorer le taux d'exécution des décisions.

En cas de carence du prévenu lors de cette notification, l'ordonnance deviendrait définitive en l'absence d'opposition dans un délai de trente jours à compter de la date où le condamné en aura eu connaissance.

- *D'autre part, afin de renforcer l'accès à un avocat dans le cadre de cette procédure, le mis en cause condamné par ordonnance pénale à une peine d'emprisonnement assortie du sursis pourrait bénéficier de l'aide juridictionnelle*. Il s'agirait, dès lors qu'il est convoqué pour la notification de son ordonnance pénale, de lui permettre de consulter un avocat, cette consultation étant financée par l'aide juridictionnelle quand les conditions en sont remplies. Cette mesure vise à permettre au mis en cause de choisir de manière éclairée de faire ou non opposition dans une procédure qui demeure cependant simplifiée et purement écrite. Lors de la discussion en commission sur ce point, la représentante du syndicat de la magistrature a exprimé son opposition à tout élargissement de cette procédure, considérant que l'audience pénale devait être privilégiée, et, bien qu'un élargissement des droits de la défense ait été prévu, ainsi qu'une garantie de l'accès à l'aide juridictionnelle, les représentants des avocats ont maintenu leurs réserves quant à l'extension du champ d'application de l'ordonnance pénale.

SECTION 3 – La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité

Accroissant le champ des procédures « consensuelles », la loi du 9 mars 2004 a mis en place la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC). Lorsqu'une personne poursuivie pour un délit puni d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans reconnaît les faits qui lui sont reprochés, le procureur peut lui proposer l'exécution d'une ou plusieurs des peines principales ou complémentaires encourues. S'il s'agit d'une peine d'emprisonnement, elle ne peut être supérieure à un an ou à la moitié de la peine encourue. En cas d'acceptation, la personne comparaît devant le président du tribunal qui peut homologuer la peine proposée par une ordonnance motivée. En cas de refus d'homologation, le procureur devra saisir le tribunal selon une autre voie.

Cette procédure, garante d'une justice mieux comprise, fait également une large place aux droits de la défense en prévoyant l'assistance obligatoire du prévenu par un avocat. Il est apparu au cours des travaux de la commission que cette procédure était très appréciée par l'ensemble des intervenants judiciaires, aussi bien les magistrats que les avocats. La commission s'est donc interrogée sur les possibles extensions de cette procédure et notamment un élargissement de son champ d'application matériel à l'ensemble des délits, quelle que soit la peine encourue.

Sur un plan constitutionnel, cette extension ne poserait, *a priori*, pas de difficulté. Dans sa décision du 2 mars 2004 sur la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, le Conseil constitutionnel n'avait pas conditionné la constitutionnalité de la CRPC à sa limitation aux délits punis d'une peine maximum de cinq ans.

Sur un plan pratique, l'exclusion des délits punis de plus de cinq ans d'emprisonnement de cette procédure prive le ministère public d'une voie de poursuite qui pourrait s'avérer appropriée pour certaines infractions. La CRPC ne peut, par exemple, être utilisée pour les infractions de trafic de stupéfiants. Ainsi, en cas de détention ou de transport d'une petite quantité de stupéfiant, aucune qualification adaptée ne permet de recourir à cette procédure alors même que le prévenu reconnaît sa culpabilité et que la peine envisagée tiendra évidemment compte de la quantité modérée de stupéfiants transportés. En ce qui concerne la poursuite de délits aggravés par plusieurs circonstances tels que le vol ou l'abus de confiance, les parquets sont contraints de disqualifier les faits en cas de poursuite par voie de CRPC. Enfin certains délits tels que la falsification ou la contrefaçon de chèque sont également exclus de ce mode de poursuite compte tenu de la peine encourue, sept ans, ce qui est fortement regrettable.

Or, à partir du moment où les peines pouvant être prononcées sont strictement prévues par la loi et ne peuvent excéder un an d'emprisonnement, il n'apparaît pas pertinent à la commission d'interdire le recours à la procédure de CRPC pour des délits punis de plus de cinq ans d'emprisonnement. En effet, soit les faits justifient une peine importante et en tout état de cause le ministère public devra choisir un autre mode de poursuite, soit les faits permettent une peine pouvant être prononcée dans le cadre de la CRPC et, compte tenu des garanties présentées par cette procédure, il n'y a pas lieu d'en écarter l'application.

La commission propose donc que le champ d'application de la CRPC soit étendu à l'ensemble des délits avec le maintien des exceptions existantes : les délits de presse, d'homicides involontaires, politiques ou dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale. La représentante du syndicat de la magistrature a rappelé son opposition de principe à la procédure même de CRPC (et en conséquence son désaccord sur toute proposition visant à en étendre le domaine). En revanche, les représentants des avocats ont fait part de leur entier soutien à cette proposition, sous réserve d'une harmonisation des politiques des parquets dans le sens d'un dialogue entre le ministère public et la défense.

La commission a observé que la situation décrite pour le CRPC était en grande partie similaire à celle qui existe pour la composition pénale. Cette procédure est en effet applicable aux contraventions et aux délits punis à titre principal d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans et la loi encadre strictement les mesures de composition possibles (l'article 41-2 du Code de procédure pénale énumère dix-sept mesures parmi lesquelles le versement d'une amende, la remise de la chose ayant servi à commettre l'infraction, l'accomplissement d'un travail non rémunéré...).

Les observations précédemment émises pour la CRPC étant également valables pour la composition pénale, la commission propose d'étendre le domaine de la composition pénale à l'ensemble des délits quelle que soit la peine encourue, à l'exception des délits déjà exclus par la loi : délits de presse, d'homicide involontaire, délits politiques.

Les mesures proposées permettront de dégager en matière délictuelle des règles de compétence identiques pour l'ordonnance pénale, la CRPC et la composition pénale.

CHAPITRE 3 – LA DÉJUDICIARISATION DU CONTENTIEUX ROUTIER

Le contentieux routier a connu au cours des dernières années un très fort développement et constitue aujourd'hui le premier contentieux pénal en terme quantitatif. Cette prépondérance a influencé profondément le quotidien du monde judiciaire et a contribué à la mise en place de procédures pénales simplifiées adaptées à ce contentieux. Ainsi, en 2006, les condamnations pour des infractions routières ont représenté 43 % du contentieux pénal, soit 281 267 condamnations dont 273 542 pour des délits et 7 725 pour des contraventions de cinquième classe.

Or, la question de la déjudiciarisation se pose particulièrement pour ce contentieux. En effet, les infractions routières sont, pour la plupart, simples d'un point de vue juridique et peu susceptibles de contestation. Par ailleurs leur sanction présente un caractère judiciaire, mais aussi administratif avec le retrait de point ou la suspension provisoire de permis de conduire.

Toutefois, ainsi que l'a rappelé Mme Petit, déléguée interministérielle à la sécurité routière, lors de son audition par la commission, la sécurité routière constitue un enjeu majeur de politique publique. Depuis 2002, date à laquelle la sécurité routière a été décrétée grande cause nationale, le nombre de personnes tuées a chuté de 43 %, passant de 8000 à 4560.

Il est donc apparu à la commission que la question d'une déjudiciarisation de ce contentieux devait prendre en compte cette réalité et que les mesures proposées ne devaient en aucun cas pouvoir être interprétées comme un signal négatif dans la lutte contre l'insécurité routière. La commission s'est donc interrogée sur l'opportunité de mesures de déjudiciarisation spécifique au contentieux routier (Section 1) ainsi que sur les moyens de mettre fin à la superposition des décisions administratives et judiciaires pour les suspensions de permis de conduire (Section 2).

SECTION 1 – Une déjudiciarisation spécifique pour le contentieux routier ?

§ 1 - Le refus, par la commission, de préconiser la création d'une autorité administrative indépendante pour le contentieux routier

Plusieurs intervenants ont proposé une forte déjudiciarisation avec le transfert du contentieux routier à une autorité administrative indépendante. La création d'une telle autorité permettrait d'harmoniser la poursuite et la sanction des infractions au Code de la route et apporterait une grande lisibilité à la politique répressive en cette matière. La compétence de cette autorité serait limitée aux seules infractions sans victime.

Les membres de la commission ont toutefois considéré qu'une telle solution n'était pas opportune. En effet, la capacité de sanction d'une telle autorité serait fortement limitée, celle-ci ne pouvant décider de peines privatives de liberté. Par ailleurs le contentieux routier ne présente pas un caractère technique, critère pouvant justifier la création d'une autorité administrative indépendante composée en partie d'experts. Enfin et surtout, la commission a estimé qu'une telle création équivaldrait à transférer un contentieux de l'ordre judiciaire vers l'ordre administratif sans véritable gain pour l'intérêt général.

§ 2 - Le refus, par la commission, de préconiser l'institution d'un Procureur national à la sécurité routière

Dans le prolongement de la réflexion sur une uniformisation des modes de poursuite et des sanctions prononcées pour les infractions routières, la commission a également réfléchi à la proposition d'un procureur national pour la sécurité routière.

Il existe déjà dans notre droit une centralisation du traitement des contraventions au Code de la route constatées par un appareil de contrôle automatisé. En effet, un centre national de traitement de ces contraventions a été créé à Rennes et l'article L 130-9 du Code de la route dispose que le lieu du traitement des informations nominatives concernant ces contraventions est considéré comme le lieu de constatation de l'infraction. En pratique, l'officier du ministère public de Rennes instruit donc l'ensemble des contestations portant sur ces contraventions. En revanche, en cas de poursuite, la circulaire du 28 juillet 2004 recommande l'envoi de la procédure à la juridiction du domicile du contrevenant. Cette centralisation est donc extrêmement limitée quant à son domaine d'application et au rôle joué par l'officier du ministère public de Rennes.

La proposition d'un procureur national s'inspire en réalité de l'organisation judiciaire espagnole, où cette fonction existe. Ce procureur est chargé de coordonner l'action des parquets en matière de sécurité routière. Il doit unifier les pratiques et assurer une application homogène de la répression judiciaire de la délinquance routière. Cette fonction est actuellement assurée dans l'organisation judiciaire française par le Garde des sceaux et de nombreuses circulaires relatives au contentieux routier ont été rédigées par la Chancellerie ces dernières années. Instituer un procureur national romprait avec la logique institutionnelle actuelle sans que cela signifie un meilleur traitement de cette question.

L'idée de confier à ce procureur un véritable pouvoir de poursuite paraît également difficile à défendre. Il paraît en effet difficilement concevable d'attribuer à un parquet unique, même très nombreux, l'examen de l'ensemble des procédures ayant trait à la circulation routière, *a fortiori* dans le cadre d'une permanence téléphonique. Le retour à un traitement des procédures « par courrier » ne saurait s'analyser comme un progrès. Par ailleurs, un parquet à compétence nationale ne pourrait assurer le suivi des affaires les plus complexes (homicides et blessures involontaires) qui font l'objet d'une ouverture d'information. D'une manière plus générale, l'unification de l'autorité de poursuite n'aurait qu'un impact limité sur le quantum ou la nature des peines prononcées, le juge restant libre dans son appréciation de la sanction.

§ 3 - Le refus, par la commission, d'une contraventionnalisation du défaut de permis et du défaut d'assurance

Dans le cadre de la démarche tendant à redessiner le champ contraventionnel avec une extension de la procédure d'amende forfaitaire et des pouvoirs de l'officier du ministère public, il a été envisagé de contraventionnaliser les défauts de permis de conduire et les défauts d'assurance. En revanche le caractère délictuel de ces infractions aurait été maintenu en cas de récidive avec l'application des règles particulières de délai

déjà prévues pour le grand excès de vitesse (art. 132-11 alinéa 2 du Code de la route). Une telle mesure aurait signifié une minoration relative de la répression en ce domaine puisqu'en 2006 plus de 70 % des condamnations prononcées pour le délit de défaut de permis hors récidive ont été sanctionnées de peines d'amendes d'un quantum moyen de 445 euros et plus de 87 % des condamnations pour défaut d'assurance de peines d'amende d'un montant moyen de 335 euros.

Cependant, la commission a estimé qu'une telle mesure pourrait être incomprise au regard de la politique nationale de sécurité routière et que le maintien de la peine d'emprisonnement pour les défauts de permis de conduire permettait le placement en garde à vue. Par ailleurs l'étude des condamnations prononcées en 2006 pour des défauts de permis hors récidive fait tout de même apparaître le prononcé de peines d'emprisonnement ferme dans 6 % des cas. En outre, une telle mesure a semblé inopportune pour des raisons de cohérence puisque le défaut de permis et le défaut d'assurance ont été élevés au rang de délit par la loi 2004-204 du 9 mars 2004.

Si la commission n'a pas dégagé de propositions spécifiques de déjudiciarisation routière permettant de concilier les impératifs de sécurité routière, de gestion d'un contentieux de masse et la protection des droits des justiciables, elle tient à souligner que les recommandations précédemment exposées qu'elle a pu émettre en matière de déjudiciarisation auront un fort impact sur le contentieux routier.

L'ordonnance pénale délictuelle constitue déjà un mode de poursuite privilégié pour le contentieux routier. En 2006, 38,7 % des condamnations prononcées dans ce domaine l'ont été par ordonnance pénale. L'élargissement des peines pouvant être prononcées par cette voie permettra d'augmenter cette proportion. De la même manière, la dépénalisation partielle des contraventions de stationnement payant et l'extension de la forfaitisation aux contraventions de cinquième classe prévues par le Code de la route permettra une déjudiciarisation de ce contentieux.

SECTION 2 – La question de la mise en place d'une autorité unique en matière de suspension du permis de conduire

La décision de suspension du permis de conduire peut être prise tant par l'autorité administrative que par l'autorité judiciaire. Cette compétence concurrente constitue pour les justiciables une source d'incompréhension et peut aboutir à des superpositions de suspension incohérentes. La commission a donc réfléchi à une éventuelle déjudiciarisation en ce domaine.

§ 1 - La dualité actuelle en matière de suspension de permis de conduire

La décision de suspension du permis de conduire prise par le préfet est une mesure de sûreté destinée à éviter que l'intéressé commette pendant un temps fixé une nouvelle infraction sur la route. Lorsqu'elle est décidée par le juge, elle a le double caractère d'une mesure de sûreté et d'une peine.

D'une manière générale, lorsqu'il est saisi d'un procès verbal constatant une infraction punie, par le Code de la route, de la peine complémentaire de suspension de

permis de conduire, le préfet du département où l'infraction a été commise peut prononcer à titre provisoire soit un avertissement, soit la suspension du permis de conduire ou l'interdiction de sa délivrance lorsque le conducteur n'en est pas titulaire (L. 224-7 du Code de la route). La suspension ne peut excéder six mois ou un an en cas d'atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité de la personne, de conduite sous l'empire d'un état alcoolique ou de délit de fuite. Lorsqu'une mesure de rétention du permis de conduire est prise, soit en cas de conduite sous l'empire d'un état alcoolique, sous influence de stupéfiants ou en cas d'excès de vitesse égal ou supérieur à 40km/h, le préfet peut dans les 72 heures de la rétention prononcer une suspension du permis pour une durée maximum de six mois (L. 224-2 du Code de la route). En 2006, plus de 98 % des décisions de suspension provisoires ont été prises à la suite d'une mesure de rétention. L'arrêté de suspension doit être motivé. Comme toute décision administrative faisant grief, cet arrêté peut faire l'objet d'un recours devant le tribunal administratif. Celui-ci doit être saisi dans les deux mois de la notification de la décision. Un référé administratif peut également être intenté, mais le juge des référés ne peut suspendre l'exécution de l'arrêté de suspension qu'en cas d'urgence, lorsque l'exécution porte atteinte de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre. Quelle que soit sa durée, la suspension du permis de conduire ou l'interdiction de sa délivrance cesse de recevoir effet lorsqu'est exécutoire une décision judiciaire prononçant une mesure restrictive du droit de conduire. La mesure administrative est considérée comme non avenue en cas de non-lieu, de relaxe ou de décision ne prononçant pas de mesure restrictive du droit de conduire. Sa durée s'impute, le cas échéant, sur celle des mesures du même ordre, prononcées par le tribunal.

§ 2 - Les difficultés liées à un transfert de compétence d'une autorité à une autre

A) Dans le cadre de son travail sur la déjudiciarisation, la commission a d'abord envisagé de transférer à l'autorité administrative l'ensemble des pouvoirs de suspension du permis de conduire.

Un tel transfert supposerait que la suspension prononcée par l'autorité administrative n'aurait plus uniquement le caractère d'une mesure de sûreté mais également celle d'une sanction administrative.

Cependant, la commission a estimé impossible de priver le juge d'une peine complémentaire prévue pour un nombre extrêmement important de contraventions et de délits, y compris hors du contentieux routier. La suspension du permis de conduire constitue de plus une peine particulièrement adaptée pour les infractions routières.

B) Devant cette impossibilité, il a été envisagé un transfert à l'autorité judiciaire du pouvoir de suspension à titre provisoire du permis de conduire.

Le procureur, magistrat garant des libertés, serait ainsi récipiendaire des pouvoirs actuellement détenus par le préfet. Dans les cas de figure où la rétention du permis de conduire est possible, les services de police ou de gendarmerie contacteraient dans les 72 heures le procureur afin d'obtenir une mesure de suspension judiciaire

provisoire. Celui-ci pourrait prononcer une suspension du permis dans les mêmes cas de figure et pour les mêmes durées que ceux qui sont actuellement prévus pour le préfet.

Cependant une telle solution est apparue comme difficile à mettre en œuvre et entraînant, contrairement à la mission de la commission, une forte judiciarisation.

En effet, dans une telle hypothèse, un recours judiciaire devrait nécessairement être instauré contre ces décisions de suspension provisoire. Un nouveau contentieux d'importance serait ainsi imposé à la justice puisque 169 510 suspensions administratives ont été prononcées en 2006 et que le contentieux relatif aux permis de conduire est en constante expansion, en raison notamment de la spécialisation de certains avocats en la matière. Le rapport d'activité du Conseil d'État pour l'année 2007 souligne en effet à ce propos que « Les tribunaux administratifs connaissent à nouveau en 2006 *un accroissement des recours de 6,2 % en données nettes*, contre 5,1 % en 2005, 14 et 16 % respectivement en 2003 et 2004. Cette croissance s'explique *notamment par une explosion du contentieux des permis de conduire (+ 37,4 %)* ». De plus, on peut penser que le taux de recours serait plus important devant le juge judiciaire que devant le juge administratif. Par ailleurs, le prononcé d'une suspension judiciaire provisoire du permis de conduire impliquerait une charge supplémentaire pour les greffes avec la conservation des permis de conduire et l'éventuelle inscription de ces décisions dans le fichier des permis de conduire.

Il a été envisagé que, dans un tel cas de figure, l'ensemble de la gestion du permis de conduire soit conservé par l'autorité administrative compte tenu de la nature administrative de ce titre. *Cependant la commission considère un tel transfert vers le judiciaire comme susceptible d'entraîner un accroissement de charges trop important pour la justice.*

§ 3 - Les moyens d'une meilleure coordination entre les décisions judiciaires et administratives

Il convient d'abord de rappeler que l'existence d'une dualité d'intervention présente une certaine logique en cette matière dans la mesure où une autorité intervient à titre préventif et la seconde à titre répressif.

La véritable difficulté pour le justiciable est l'apparente incohérence pouvant résulter des deux décisions : une personne interpellée pour conduite en état alcoolique voit son permis suspendu immédiatement par l'autorité préfectorale pour une durée de quatre mois ; elle comparaît devant le tribunal correctionnel cinq mois plus tard et se voit contrainte de restituer à nouveau son permis, parce qu'est prononcée une suspension du permis de six mois à titre de peine.

La commission a considéré que, si la dualité d'autorités ne pouvait être écartée, il était néanmoins possible d'empêcher des contradictions de décision.

- Il est premièrement recommandé une meilleure coordination à l'échelle nationale entre les procureurs et les préfets afin d'harmoniser les décisions de suspensions administratives et les décisions judiciaires.

- Par ailleurs il est proposé une solution spécifique applicable dans un premier temps à titre expérimental aux infractions de conduite en état alcoolique qui représentent 81 % des cas de suspension administrative du permis de conduire. Par la suite, et compte tenu des résultats constatés, cette mesure pourrait être étendue à l'ensemble des infractions pour lesquelles la suspension provisoire du permis de conduire est possible en application des dispositions de l'article L 224-2 du Code de la route.

L'économie de cette proposition repose sur deux recommandations qui sont liées :

- **D'une part il serait institué un barème légal pour les suspensions administratives** : l'autorité préfectorale serait ainsi tenue de prononcer une suspension administrative lors de la constatation d'une conduite sous l'empire d'un état alcoolique dont la durée serait fixée par la loi en fonction d'un barème.

Les juridictions administratives seraient compétentes pour les recours contre ces décisions.

- **D'autre part, une décision judiciaire devrait nécessairement intervenir dans le délai de la suspension provisoire.** À défaut, il ne pourrait être prononcé lors du jugement une peine de suspension de permis de conduire excédant la durée de la suspension administrative. En revanche, le juge serait libre de prononcer toute autre peine, et notamment une annulation du permis de conduire.

Les représentants des avocats et le Syndicat de la Magistrature ont déclaré être hostiles, non pas au mécanisme envisagé, mais à l'instauration d'un barème et ont manifesté le souhait que le mécanisme s'accompagne d'un recours effectif.

TITRE 3 – UN JUGE DÉCIDEUR, AU CŒUR D’UNE ÉQUIPE

Nombre des personnes auditionnées ont fait observer que le juge ne doit pas être un juge isolé, même s’il siège à juge unique¹⁵. Il a besoin d’une équipe autour de lui, qu’il anime et dirige, propre à le conseiller et à l’aider en amont du procès, dans ses travaux de recherche, voire pour développer les relations avec les parties, afin d’essayer de trouver une solution amiable issue de la conciliation ou de la médiation, ou encore de la procédure participative que la commission propose de mettre en place (*Chapitre 1*).

Nombreuses ont été les personnes auditionnées qui ont recommandé la création de nouvelles fonctions, destinées à aider les magistrats. Sans avoir pu expertiser l’ensemble des pistes suggérées à la commission, qui débordait le cadre de sa mission, celle-ci propose la création d’une nouvelle fonction, celle de greffier juridictionnel, qu’elle appelle de ses vœux, par évolution de son statut et de ses missions, à l’instar des *Rechtspfleger* allemand et autrichien (*Chapitre 2*).

Sous ce même regard, la commission préconise aussi de permettre le recrutement, comme magistrats associés et au niveau des cours d’appel, des professeurs et maîtres de conférences en droit, selon un statut à définir, mais dans des conditions symétriques et dans l’esprit du recrutement des magistrats comme professeurs ou maîtres de conférences associés dans les Facultés de droit.

CHAPITRE 1 – LE DÉVELOPPEMENT DES MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES CONFLITS

Selon une opinion, la distinction entre la médiation et la conciliation repose sur le rôle distinct des acteurs de ces deux procédés alternatifs de règlement des conflits :

- la mission du médiateur serait d’entendre les parties en conflit et de confronter leurs points de vue au cours d’entretiens, afin de les aider à rétablir une communication et à trouver elles-mêmes une solution à leur litige ;
- la mission du conciliateur serait plus empreinte d’autorité, voire exercée par le juge lui-même, conformément à l’article 21 du Code de procédure civile, selon lequel il entre dans la mission du juge de concilier les parties.

À l’inverse, une autre opinion considère, au contraire, que le médiateur a « un rôle *plus actif* » que le conciliateur, « qui s’exprime par la recherche des éléments d’une entente qu’il propose aux parties, sans d’ailleurs pouvoir la leur imposer »¹⁶. Jean Carbonnier relevait ainsi : « *la médiation est plus dynamique ; elle ne se contente pas de suggérer aux parties des concessions sur leurs prétentions réciproques : elle négocie avec elles un projet qui transcende les prétentions* »¹⁷.

¹⁵ Par exemple, le Professeur Loïc Cadiet.

¹⁶ S. Guinchard, G. Montagrier et A. Varinard, *Institutions juridictionnelles*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2007, n° 47, p. 55-56.

¹⁷ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996, p. 81. V. aussi sur un essai de clarification, Ch. Jarrosson, *Gaz. Pal.* 22 août 1996, Doctr.

Quoi qu'il en soit de cette différence d'approche sur le rôle plus ou moins actif du conciliateur ou du médiateur, force est de constater que « *la médiation est en rapport étroit avec la conciliation qu'elle a pour but de faciliter : la médiation est le moyen qui doit conduire à un règlement du conflit entre les parties, c'est-à-dire une conciliation* »¹⁸.

D'ailleurs, pour conforter cette opinion, on remarquera que la terminologie employée dans les différents dispositifs d'alternative au jugement ne traduit pas exactement la distinction conciliation-médiation, et reflète plutôt la montée en puissance de l'expression « médiation », comme embrassant, dans une acception large, l'ensemble des modes alternatifs de règlement des litiges¹⁹.

D'autre part, le décret n° 96-652 du 22 juillet 1996 pris en application de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, opère une distinction entre la conciliation gratuite et conduite par le juge lui-même ou par le conciliateur de justice d'une part, et la médiation payante, menée par un tiers désigné par le juge, d'autre part. Cette approche par le coût a été relevée par certains membres de la commission ; elle fournit un critère objectif de la distinction entre les deux institutions.

La commission s'étant principalement attachée à l'activité des conciliateurs de justice et des médiateurs privés, il a surtout été retenu que les premiers sont attachés à la cour d'appel²⁰ et interviennent de façon bénévole sur des droits dont les parties ont la libre disposition, tandis que les seconds interviennent dans tout domaine, moyennant une rémunération, sans toutefois constituer une fonction réglementée.

Les conciliateurs de justice ont été institués en 1978. 93 % des 121 909 affaires qui leur ont été soumises en 2005 sont le fruit d'une saisine directe par une partie, en l'absence de tout procès. Dans ces hypothèses, les conciliateurs de justice, bien qu'ils ne disposent d'autre autorité que celle tirée de leur pouvoir de conviction, parviennent à des conciliations dans 56 % des cas²¹. Ces derniers chiffres démontrent la vitalité de l'activité des conciliateurs de justice. La consolidation de cette institution au sein de l'organisation judiciaire est dès lors essentielle (section 1).

La médiation est une institution plus récente, dont les potentialités apparaissent encore sous-exploitées, tant cette alternative séduisante à une judiciarisation excessive peut concerner de vastes domaines, notamment lorsque les parties doivent garder des liens dans l'avenir ; il en est ainsi en cas de contrat de travail, dans les relations commerciales ou en matière d'autorité parentale. La commission s'est spécialement attachée au domaine familial, faute pour sa mission d'embrasser les justices commerciale et prud'homale (section 2).

Enfin, la commission préconise l'instauration d'un nouveau mode alternatif de règlement des conflits, la négociation assistée par avocat, suivant une procédure structurée, dite participative (section 3).

¹⁸ S. Guinchard, G. Montagnier et A. Varinard, *op. cit.*, n° 47, p. 55-56.

¹⁹ C'est ainsi que l'on parle de médiation pénale, qui est pourtant ordonnée par la justice dans le cadre autoritaire de la poursuite pénale, conduisant Monsieur le Premier Président Jean-Claude MAGENGIE à proposer de débaptiser la « médiation pénale » en « conciliation pénale ».

²⁰ Le Premier président de la cour d'appel nomme les conciliateurs de justice par ordonnance, renouvelable tous les deux ans, dans un ou plusieurs cantons du ressort de la cour d'appel concernée.

²¹ Mme Béatrice Blohorn-Brenneur, Présidente du GEMME, relève d'ailleurs que la définition de la médiation pourrait englober l'activité des conciliateurs de justice.

À titre liminaire, la commission relève que le développement des modes alternatifs de règlement des litiges ne passe pas simplement par des préconisations en lien avec l'institution judiciaire, mais par le développement d'une « culture de la médiation », qui doit irriguer la société civile elle-même. Cette culture est en germe dans les nombreuses initiatives, tel le service de résolution en ligne des litiges liés à l'Internet (« *Online dispute resolution* ») qu'a mis en place le Forum des droits sur l'internet²², depuis septembre 2004, qui a reçu depuis son lancement plus de 16 000 demandes et traité près de 6 800 cas, avec un taux de règlement des différends de 88 %.

SECTION 1 – Le développement et la consolidation de l'institution des conciliateurs de justice

La conciliation par un conciliateur de justice permet un traitement rapide, gratuit et efficace des litiges en dehors du juge et évite bien souvent les contentieux postérieurs au jugement (appel, exécution forcée...). Cette conciliation menée à bien peut être homologuée par le juge qui lui confère, ce faisant, la force exécutoire.

Pour développer ce mode simple, gratuit et amiable de règlement des litiges, la commission préconise de consolider la place de cette institution au sein de la justice civile (§ 1) et d'accroître et de renforcer les missions des conciliateurs de justice (§ 2).

§ 1 - La consécration de la place des conciliateurs de justice dans le procès civil et l'organisation judiciaire

A) La place du conciliateur de justice dans le procès civil

À ce jour, il n'existe aucun cadre procédural qui définisse les modalités de renvoi d'une affaire par un juge devant un conciliateur de justice ou les conditions de déroulement de la conciliation ainsi ordonnée. Il apparaît cependant que certaines dispositions de la procédure de tentative préalable de conciliation, prévue aux articles 830 à 835 du Code de procédure civile, devraient avoir une portée générale, en particulier la confidentialité des échanges devant le conciliateur et la possibilité pour ce dernier de se déplacer sur les lieux. Par ailleurs, seuls le tribunal d'instance et la juridiction de proximité peuvent déléguer leur pouvoir de conciliation à un conciliateur de justice. Pourtant, le conciliateur de justice pourrait avoir un rôle utile devant d'autres juridictions, tels le tribunal paritaire des baux ruraux et le tribunal de commerce.

Pour y remédier et donner une place symbolique forte au conciliateur de justice, **la commission préconise de consacrer la délégation de la conciliation au conciliateur de justice dans les dispositions communes du Code de procédure civile**, en refondant le titre VI du livre premier, aujourd'hui consacré au seul régime juridique de la conciliation (articles 127 à 131) et en précisant, dans ce titre VI ainsi refondu, le régime général de cette délégation, qui serait ainsi généralisée à toutes les juridictions. Ce déplacement permettrait de clarifier les conditions dans lesquelles la conciliation se déroule devant toutes les juridictions, ainsi que de créer le cadre nécessaire pour étendre

²² Sur le site www.mediateurdunet.fr.

le dispositif de renvoi des parties devant un conciliateur de justice, à d'autres juridictions que le tribunal d'instance.

Le remaniement textuel permettrait en outre, d'apporter quelques améliorations incidentes :

- D'une part, pour ce qui concerne les conciliations menées par le juge, il serait possible de clarifier les modalités selon lesquelles celui-ci peut mener sa mission de conciliation, en prévoyant que celle-ci peut se dérouler en chambre du conseil, hors la présence du greffier.

- D'autre part, pour ce qui concerne les conciliations extrajudiciaires, il serait envisageable d'organiser les conditions selon lesquelles une conciliation peut résulter d'un échange de courriers, sans signature par les parties d'un acte commun, comme c'est en pratique le cas pour nombre de conciliations menées en matière de litiges de consommation, pour lesquelles la comparution de l'entreprise est rare. Il suffirait dans ces hypothèses de prévoir que la conciliation peut résulter d'un procès-verbal dans lequel le conciliateur de justice constate que l'échange de courrier annexé au procès-verbal caractérise une conciliation ; l'ensemble constitué par le procès-verbal et l'échange de courriers pourrait faire l'objet d'une homologation, dans les conditions du droit commun.

B) La place du conciliateur de justice dans l'organisation judiciaire

La place du conciliateur de justice est actuellement organisée essentiellement par la circulaire JUSB0610524C du 27 juillet 2006 sur les conciliateurs de justice.

Il serait désormais opportun que, dans la partie réglementaire du Code de l'organisation judiciaire, le premier président de la cour d'appel désigne, après avis de l'assemblée générale de sa cour, un magistrat coordonnateur. Ce magistrat établirait un rapport annuel adressé à la Chancellerie faisant le point statistique mais aussi faisant état des actions menées par la cour d'appel en faveur de la conciliation. Son domaine d'intervention s'étendrait au champ de la médiation (cf. *infra*, § 2).

Par ailleurs, le décret n°78-381 du 20 mars 1978 pourrait préciser que tout conciliateur peut demander à un autre conciliateur de la cour d'être présent au cours d'une réunion de conciliation, les deux étant liés par le même secret. Cela serait très utile pour le traitement des dossiers les plus lourds ou « à cheval » sur deux cantons différents. En outre, la formation des conciliateurs en serait facilitée.

Sur ce dernier point, la commission adhère totalement aux orientations définies par l'Ecole nationale de la magistrature en lien avec l'Association nationale des conciliateurs. Elle appuie notamment le projet de formation de formateurs, à raison de 15 conciliateurs par an sur 3 ans, chargés d'assurer les formations par cour d'appel.

§ 2 - L'amélioration et le renforcement du rôle joué par le conciliateur de justice

La commission préconise l'amélioration et le renforcement du rôle joué par le conciliateur de justice pour chacun de ses trois modes d'intervention : en dehors de toute procédure ; dans le cadre d'une procédure de tentative préalable de conciliation ; dans le cadre d'une procédure contentieuse ordinaire.

A) La conciliation extrajudiciaire

La conciliation extrajudiciaire, lorsqu'elle ne débouche pas sur un accord, ne présente pas d'intérêt pour les parties. Jusqu'à la promulgation de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, la tentative de conciliation extrajudiciaire était même de nature à nuire aux parties, faute d'arrêter le cours de la prescription. Désormais la conciliation extrajudiciaire suspend le cours de la prescription.

Pour inciter plus encore les parties à recourir à la conciliation extrajudiciaire, il serait opportun de permettre au conciliateur de justice, en cas d'échec de la conciliation, de transmettre au tribunal la requête conjointe des parties aux fins de jugement de leur différend. Il s'agirait d'une simple facilité pour les parties qui devraient formellement établir leur requête conjointe dans les conditions de droit commun. Cela permettrait toutefois de mieux lier la phase pré-judiciaire avec l'instance et d'inciter *de facto* les parties à se concilier sur le principe de la saisine de la juridiction et des demandes qui lui sont soumises.

B) La procédure de tentative préalable de conciliation

La procédure de tentative préalable de conciliation devant le tribunal d'instance ne connaît pas un franc succès, ce qui apparaît notamment dû à son manque d'attractivité pour les parties et le juge : du côté des parties, la procédure n'est interruptive de prescription que dans des conditions très restrictives – qui seront toutefois assouplies en conséquence de la loi du 17 juin 2008 précitée – et, en cas d'échec de la conciliation, le demandeur doit intenter une nouvelle procédure aux fins de jugement ; du côté du juge, le renvoi devant le conciliateur de justice est très complexe à mettre en œuvre, ce qui explique que les greffes informent rarement sur cette procédure et renvoient plutôt directement devant le conciliateur de justice.

Propositions :

- *Il convient de simplifier le renvoi devant le conciliateur de justice en allégeant le formalisme requis pour recueillir l'accord des parties à la délégation du conciliateur.*

- *Il y a lieu également de renforcer les effets de cette procédure lorsqu'elle ne débouche pas sur un accord, en créant une « passerelle » entre la tentative préalable de conciliation et la procédure aux fins de jugement par déclaration au greffe. Ainsi, les parties qui cherchent à régler leur litige de façon amiable se trouveront incitées à recourir à la conciliation.*

C) L'instance judiciaire non précédée d'une tentative de conciliation

En cas d'instance judiciaire n'ayant pas été précédée par un préalable de conciliation, il est opportun de consolider dans le Code de procédure civile la pratique dite de la « double convocation », présentée dans la circulaire JUSB0610524C du 27 juillet 2006 sur les conciliateurs de justice, qui permet de renvoyer les parties devant un conciliateur, dès saisine de la juridiction, tout en donnant également une date d'audience aux parties, soit aux fins d'homologation d'un accord, soit aux fins de jugement.

À cette fin, *la commission préconise une faculté générale pour le juge d'inviter sans formalisme les parties à rencontrer le conciliateur de justice qu'il désigne, sans qu'il soit nécessaire de recueillir formellement leur accord, celles-ci restant libres de ne pas participer à la conciliation, sans que le juge puisse en tirer de conséquence.* Pour éviter que le juge ne renvoie devant le conciliateur des parties ayant déjà vainement tenté une conciliation, le demandeur devrait en informer la juridiction à l'occasion de sa saisine. Cette proposition est également faite par la commission en matière de médiation.

SECTION 2 – La montée en puissance de l'institution de la médiation

Consacrée par la loi du 8 février 1995 et le décret du 22 juillet 1996, lorsqu'elle intervient dans le cadre judiciaire, la médiation est réglementée par les articles 131-1 et suivants du Code de procédure civile et se déroule sous le contrôle du juge. Ainsi, tout juge saisi d'un litige peut, avec l'accord des parties, recourir à la médiation : il désigne à cette fin un médiateur, tiers qualifié, impartial et indépendant. La médiation ne peut excéder trois mois et sa confidentialité est assurée. La rémunération du médiateur est fixée par le juge et est à la charge des parties qui doivent verser une provision au début de la mesure, à l'exception des parties impécunieuses qui peuvent bénéficier de l'aide juridictionnelle. Les parties qui sont parvenues à un accord peuvent en demander l'homologation au juge. Dès lors, l'accord acquiert la même force exécutoire qu'un jugement. Ce cadre structuré de recours à la médiation se trouve complété par la récente loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, qui prévoit la suspension de la prescription en cas de médiation extrajudiciaire.

Les parties qui souhaitent recourir à la médiation bénéficient donc d'un dispositif complet et largement opérationnel.

Pourtant, il faut bien reconnaître, ainsi que l'ont relevé les personnes auditionnées par la commission, que la médiation bénéficie d'un succès mitigé. Peu d'éléments statistiques sont disponibles sur la médiation en matière civile. Elle n'est ordonnée par un juge que dans 1,5 % des affaires traitées par les cours d'appel et 1,1 %

des affaires traitées par les juridictions du premier degré. Elle est surtout utilisée en matière familiale où elle a concerné, en 2006, 5 095 tentatives extrajudiciaires et 3 710 renvois en médiation par le juge ; ces chiffres, mis en regard des quelques 360 000 affaires soumises aux juges aux affaires familiales, démontrent que la médiation, même dans ce domaine, peine à prendre une place à la hauteur des apports de cette institution.

On peut voir dans ce relatif échec, avec le GEMME, le fait que « la médiation va à contre-courant des mentalités et de la nature humaine ». Dès lors sa montée en puissance ne pourra résulter que d'une démarche volontariste, passant notamment par la mise en place de mécanismes incitatifs (§1). En matière familiale, il serait envisageable, en s'inspirant d'expériences menées dans d'autres pays, de développer le champ de la médiation obligatoire (§2).

§ 1 - L'incitation à recourir à la médiation

A) Le développement de la « culture de médiation »

Il a été relevé combien la diffusion de la culture de la médiation était nécessaire au développement des voies amiables de résolution des conflits. Cette culture doit être partagée par l'ensemble des acteurs du monde judiciaire, magistrats, avocats et personnels de greffe.

Nombreuses ont été les personnes auditionnées qui ont souligné le besoin d'intégrer la présentation de la médiation dans les programmes de formation. Elle permettrait ainsi aux personnels d'accueil des juridictions d'orienter éventuellement les personnes vers un médiateur, un conciliateur de justice, voire un autre service, tel celui mis en place par le Forum des droits sur l'Internet, en fonction de leurs besoins²³. Il a également été recommandé, pour donner corps au principe directeur du procès au terme duquel « il entre dans la mission du juge de concilier les parties », que les magistrats soient spécialement sensibilisés voire formés aux « techniques de la communication », de façon à ce que la culture du juge ne soit pas uniquement celle de trancher les litiges. La commission ne peut que souscrire à ces propositions.

Il convient également de relever que les avocats déplorent d'être souvent tenus en dehors du processus de médiation. Pourtant, ainsi que le GEMME le relevait, la présence de l'avocat constitue un atout pour la médiation. La commission considère que la participation de l'avocat est un facteur essentiel de réussite de la médiation.

Au niveau local, le développement d'une culture de la médiation passera nécessairement par le magistrat coordonnateur évoqué à propos de la conciliation. Un référent au sein du tribunal de grande instance serait également souhaitable, ainsi que le propose M. Magendie. Il est en effet nécessaire d'intégrer au mieux les organes de médiation. Un magistrat référent, qui constituerait un pont entre la juridiction et les services de médiation, apparaît la condition indispensable au développement de relations de confiance mutuelle qui s'imposent entre un déléguant et son déléguataire. En ce sens, la commission adhère pleinement à l'idée d'établir une liste de médiateurs par

²³ On observera, avec M. Jean-Claude Magendie, que « si le public doit être sensibilisé à la médiation, au travers d'actions d'information et de sensibilisation, l'accueil du justiciable par un personnel qualifié est une des conditions de la réussite du projet. »

tribunal de grande instance ; il serait indispensable que, pour ce qui concerne les médiateurs familiaux, cette liste soit établie en lien avec le réseau judiciaire en matière familiale, que la commission préconise d'instituer.

En revanche, la commission considère que la création d'une chambre dédiée à la conciliation et à la médiation au sein du tribunal de grande instance serait en contradiction avec la mission de conciliation qui fait partie intégrante de l'office du juge. Elle serait également de nature à faire échapper les affaires affectées à cette chambre à leur juge naturel, qui répond pourtant à une exigence de capacité, que le Conseil constitutionnel ne manque pas de mettre en avant dans sa jurisprudence. Il est dès lors préférable que l'ensemble des membres des juridictions s'approprient la conciliation et la médiation, moyennant la mise en œuvre des préconisations que la commission relaye.

B) Le développement des mécanismes de renvoi vers le médiateur

1° La généralisation de l'injonction de rencontrer un médiateur

Plusieurs personnes auditionnées ont préconisé que soit généralisé le pouvoir conféré au juge dans certaines matières d'enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur qui les informe de l'objet et du déroulement d'une mesure de médiation. La réunion d'information sur la médiation est gratuite. Elle ne concerne à ce jour que la matière familiale (articles 255, 2° et 373-2-10, al. 3 du Code civil).

Au fond, il est évident que, plus le différend en cause concerne des matières dans lesquelles les parties ont la libre disposition de leurs droits, moins la volonté des parties ne saurait être ignorée dans l'orientation vers une réunion d'information sur la médiation. Toutefois, le développement modéré de la médiation démontre que les juges sauront faire un usage raisonnable d'un pouvoir d'injonction qui leur serait conféré. Par ailleurs, il entre parfaitement dans l'office du juge de diriger le procès et d'emprunter à cet effet les voies procédurales qui lui apparaissent pertinentes.

C'est pourquoi, la commission préconise la généralisation de cette faculté donnée au juge. L'assistance à la réunion d'information doit nécessairement être gratuite, sauf à constituer une entrave à l'accès à la justice. Par ailleurs, le développement d'un tel mécanisme n'apparaît envisageable qu'en association avec les services de médiation, de façon à pouvoir assurer un véritable service de permanence au sein de la juridiction.

En revanche, même en présence d'une injonction, la commission reste réservée sur le développement de sanctions spécifiques contre une partie qui se serait refusée à se rendre à la réunion d'information ; la prise en compte de l'équité dans les dépens et la fixation des frais irrépétibles apparaît à cet égard suffisante.

2° L'obligation de renseigner un formulaire sur la médiation

Pour inciter les parties à recourir à la médiation, plusieurs organismes, dont l'Académie de la Médiation et la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, ont

préconisé la mise en place de questionnaires relatifs à la médiation devant accompagner, sous peine d'irrecevabilité, tout acte introductif d'instance. Le demandeur devrait renseigner ce questionnaire et le défendeur serait invité à faire de même, à peine d'irrecevabilité de sa constitution d'avocat, en cas de procédure avec représentation obligatoire. Ces propositions, quoique de portée générale, apparaissent surtout en lien avec la matière commerciale, ainsi qu'en porte témoignage la rédaction du formulaire incitatif proposé par la CCIP.

La commission, dont la mission est notamment d'alléger le formalisme judiciaire, ne peut qu'être opposée à un mécanisme qui aurait pour effet d'ajouter à la complexité de l'acte introductif d'instance. La sévérité de la sanction envisagée, à savoir l'irrecevabilité qui prive le justiciable du droit de voir sa cause entendue, est en complet décalage avec la nature amiable et facultative de la médiation en général. Enfin, il n'apparaît pas concevable, à tout le moins dans le champ civil qui relève de la compétence de la commission, d'imposer, dans le premier acte de la procédure, un questionnaire visant à réorienter les justiciables vers un mode onéreux et privé de règlement des conflits, sans envoyer un signal en contradiction avec les principes régissant le système judiciaire français, et notamment la gratuité. Cette suggestion de la CCIP pourrait être envisagée dans le cadre des affaires commerciales devant les juridictions consulaires, matières qui n'entrent pas dans le cadre de la mission de la commission.

La commission a préféré expertiser le développement normatif de la médiation dans le domaine familial.

§ 2 - Vers un développement normatif de la médiation familiale ?

Le champ familial constitue le terrain de prédilection de la médiation en matière civile. Des mesures structurelles ont pu dès lors être prises et notamment un diplôme de médiateur familial a été instauré. L'intérêt supérieur de l'enfant commande la démarche amiable, tant l'autorité parentale doit être envisagée – comme la terminologie retenue par le droit communautaire nous y invite – sous l'angle de la « responsabilité parentale ». Une telle responsabilité et le dialogue parental qu'elle impose justifient que l'on s'interroge sur la possibilité d'un « développement normatif » de la médiation, ainsi que M. Jacques Degrandi, Président du Tribunal de grande instance de Paris l'appelait de ses vœux au cours de son audition. La commission a souhaité expertiser l'expérience menée au Québec pour, éventuellement, s'en inspirer (1), à l'effet de proposer un dispositif public de médiation familiale extrajudiciaire, partiellement normatif (2).

A) L'expertise de la médiation familiale au Québec

La loi instituant la médiation préalable en matière familiale au Québec est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1997. Son objectif est de permettre aux membres d'un couple, mariés ou non, de recourir aux services d'un médiateur accrédité destiné à les aider à trouver une solution à leurs différends et à parvenir à un accord écrit. Ledit accord a vocation à entériner les décisions relatives à leur demande de séparation, de divorce, de garde des enfants, de pension alimentaire ou de révision de jugement.

Le dispositif québécois repose en substance sur trois règles essentielles : la prise en charge par l'Etat du coût de la médiation (a) ; la constitution d'un maillage complet de médiateurs compétents (b) ; l'interdiction de statuer sur une demande en justice sans qu'au préalable les parties aient au moins assisté à une réunion d'information (c).

1° La prise en charge financière de la médiation familiale par l'État

Tout couple ou tout parent dont le différend entre dans le champ de la médiation familiale peut recourir aux services d'un médiateur accrédité, moyennant une prise en charge financière assurée par l'État dans les conditions suivantes :

- Les parties sont libres de choisir parmi les médiateurs accrédités, qui sont répertoriés sur le site internet du ministère de la justice québécois, par localité et profession. Toutefois, les honoraires d'un médiateur accrédité ne sont pris en charge par l'Etat que pour autant qu'ils n'excèdent par un montant par séance (d'une heure et quart), fixé à ce jour à 95 \$. La réalité de la séance de médiation est garantie par l'établissement d'une facture signée des parties, combiné au rôle disciplinaire imparté aux ordres accréditeurs.

- Si le couple a des enfants, le service de médiation familiale prend à sa charge les frais de médiation à concurrence de six séances. Lorsqu'il s'agit d'une demande en révision d'un jugement, le plafond est abaissé à 3 séances. Le volant des séances prises en charge par le service de la médiation familiale comprend, le cas échéant, la séance d'information. Les séances supplémentaires sont à la charge du couple.

2° La constitution d'un maillage complet de médiateurs compétents

Le préliminaire à toute exigence de médiation obligatoire est l'existence d'un réseau suffisant de médiateurs répartis sur l'ensemble du territoire national et présentant des garanties de capacité.

À cet effet, le Québec a confié à cinq ordres professionnels (barreau, notariat, conseillers d'orientation et psychoéducateurs, psychologues) le soin d'accréditer parmi leurs membres des médiateurs, devant répondre à des conditions d'aptitude et devant suivre une formation fixées par un règlement. Aux termes de ce règlement, l'accréditeur est tenu à des obligations, tenant notamment au contrôle disciplinaire des médiateurs accrédités.

Le Québec a subordonné l'entrée en vigueur de son nouveau dispositif au recrutement d'un nombre de médiateurs accrédités suffisant et réparti sur l'ensemble du territoire. Il a pu entrer en vigueur en 1997, lorsque ces conditions préalables ont été réunies. A ce jour, les 900 médiateurs sont pour l'essentiel des professionnels issus du monde du droit (72 %) ou du secteur psychosocial (28%).

3° La réunion d'information préalable obligatoire à toute action en justice

En cas de demande en justice en matière familiale (« lorsqu'il existe entre les parties un différend relativement à la garde des enfants, aux aliments dus à une partie ou aux enfants ou au patrimoine familial et aux autres droits patrimoniaux résultant du mariage ou de l'union civile »), les parties doivent, pour voir leur demande jugée, assister préalablement à l'audience à une séance d'information sur la médiation (814.3 du Code de procédure civile québécois) dont le type est choisi par les parties et à défaut, par la loi (814.6 dudit code). Cette séance peut avoir lieu avant ou après le dépôt de la demande en justice. Le tribunal peut toutefois, sur requête, prendre toute ordonnance utile à la sauvegarde des droits de l'une des parties ou de ceux des enfants²⁴.

A l'issue de cette information, les parties peuvent opter en faveur de la médiation, ou maintenir leur action contentieuse. Le défaut de participation à la séance peut être sanctionné par la condamnation au paiement de tous les dépens relatifs à la demande, sous réserve d'une déclaration expresse, reprise par le rapport dressé par le médiateur, attestant que l'absence repose sur des motifs sérieux. A l'issue de la séance d'information, le médiateur dépose un rapport de présence au service de la médiation familiale.

En cas de recours à la médiation, le médiateur produit, à l'issue de la médiation, son rapport au service de médiation familiale et remet son projet d'accord aux membres du couple. Selon le cas, l'accord est entériné par le tribunal ou homologué par le greffier spécial. A cette occasion, il est procédé à un contrôle de légalité et à une vérification du calcul de la pension alimentaire qui doit être conforme au barème impératif que le Québec a instauré concomitamment à la médiation préalable obligatoire, sous réserve d'une dérogation justifiée et raisonnable. Un contrôle est également opéré sur l'équilibre des concessions et la préservation de l'intérêt des enfants.

Conclusion. Depuis septembre 1997, environ 115 000 couples ont fait appel à la médiation familiale gratuite, les deux tiers en dehors de toute procédure judiciaire. Le nombre d'affaires familiales soumises à la Cour supérieure du Québec dans le champ couvert par ce dispositif a subi une baisse constante depuis sa mise en place, passant de 38 758 à 30 254 en 2007. Le taux de satisfaction des personnes qui y ont recours atteint 82 %.

B) La création d'un dispositif public de médiation familiale extrajudiciaire

Dans le cadre de l'instance judiciaire, un développement systématique de la médiation familiale n'apparaît pas envisageable. Sur le plan pratique, cette systématisation de la médiation judiciaire – débouchant sur un accord homologué ou une décision tranchant le différend – n'entraînerait pas une diminution substantielle de la tâche des juridictions, voire accroîtrait la tâche des personnels de greffe, tenus de multiplier les avis et notifications adressées aux parties.

²⁴ Les dispositions pertinentes du Code de procédure civile québécois sont reproduites en annexe.

En revanche, sur le plan des principes, la médiation gagne à se développer en dehors de l'institution judiciaire. En effet, si, comme certains l'ont écrit avec pertinence, la médiation constitue un « *nouveau mode de régulation sociale* » ne s'analysant pas uniquement « *comme une simple réponse à des dysfonctionnements de l'institution judiciaire* »²⁵, elle ne remplira pleinement cette nouvelle fonction qu'en se détachant de la régulation judiciaire, assurée par les juridictions.

L'exemple québécois démontre d'ailleurs que, moyennant une organisation structurée, la médiation peut exister de façon performante en dehors du cadre judiciaire. ***La commission préconise de s'en inspirer pour développer en France, de façon progressive, la médiation préalable en matière familiale.***

L'expérience québécoise révèle que le développement de la médiation familiale ne peut se concevoir sans une prise en charge financière par l'Etat totale ou partielle si l'on considère que les parties doivent toujours assumer une partie, même symbolique, du coût de la médiation. M. Jacques Degrandi, insistait sur une telle gratuité en matière familiale.

S'il convient de s'appuyer sur le diplôme de médiateur familial et sur les centres et services de médiation, ***une organisation publique semble indispensable dans le contexte national***, tant pour garantir la présence de services de médiation familiale sur l'ensemble du territoire, que pour assurer la qualification et le contrôle des médiateurs, ainsi que la prise en charge financière de la médiation. A cet égard, il importe de s'appuyer sur l'expertise acquise dans ce domaine par la Caisse nationale des allocations familiales et la Caisse de mutualité sociale agricole et d'associer les différents ministères intéressés, à l'effet de mettre en place le « véritable plan d'action de l'État » que M. Jean-Claude Magendie appelle de ses vœux et qui ne peut voir le jour sans une volonté politique forte et un budget en conséquence.

Pour le surplus, s'agissant notamment du nombre de séances prises en charges par l'Etat, de la fixation de la rémunération, du contrôle de l'effectivité des séances, il pourrait être décidé de s'inspirer très largement de l'exemple québécois.

C) Caractère obligatoire de la médiation familiale

La question se pose du caractère obligatoire ou non de la médiation. Il est évident que combinée à une information pertinente, la gratuité constituerait une incitation susceptible de permettre un accroissement du nombre de médiations familiales. Toutefois, il est des cas où les relations conflictuelles sont telles que la seule incitation ne suffira pas à orienter spontanément les parties vers la médiation.

Plusieurs personnes auditionnées, tel M. Jean-Paul Delevoye, Médiateur de la République, ont préconisé que la médiation soit obligatoire pour toutes les actions récurrentes, tendant à modifier une décision du juge aux affaires familiales, mais seulement pour ce type d'actions.

²⁵ Laboratoire GLYSI (CNRS – ISH- Université Lumière Lyon II), J.-P. Bonafe-Scmitt, Ph. Charrier et J.-Cl. Robert, *Evaluation des effets des processus de médiation familiale sur les médiateurs*, in *Le Médiateur Familial*, févr. 2007, p. 3.

La commission s'inscrit dans cette démarche, en recommandant que la médiation préalable devienne obligatoire pour les actions tendant à modifier les modalités de l'exercice de l'autorité parentale (ci-après « actions modificatives »), précédemment fixées par une décision de justice, ce qui concerne plus de 70 000 affaires par an (modification des modalités de visite et d'hébergement ou de la contribution à l'éducation et à l'entretien de l'enfant). En effet, pour ces procédures, la commission considère que les parties devraient parvenir à un dialogue leur permettant d'ajuster elles-mêmes les modalités d'exercice de leur autorité parentale, le cas échéant avec l'assistance d'un médiateur, dans l'intérêt de l'enfant concerné. D'autant que les parents et le médiateur seraient aidés dans cette tâche par l'institution d'un barème indicatif de pensions alimentaires (cf. infra). *Sur le modèle québécois, le caractère impératif de la médiation pour les actions modificatives pourrait se traduire dans les textes de la façon suivante.* L'introduction de la demande devrait être précédée d'une tentative de médiation ou, à tout le moins, d'une réunion d'information menée par un médiateur familial, à moins que le demandeur justifie d'un motif interdisant le recours à la médiation (contexte de violences, urgence, défaut de présentation d'une partie devant le médiateur, etc.) ou que les parties aient engagé une procédure participative de négociation assistée par avocat (cf. infra, Section 3). Pour la rendre efficace, cette exigence serait prescrite à peine d'irrecevabilité, relevée d'office par le juge et non régularisable en cours d'instance. En cas d'accord, l'homologation relèverait de la matière gracieuse. S'il est évident que le développement de la médiation gagnerait également à concerner les actions aux fins de fixation initiale des modalités d'exercice de l'autorité parentale, ces demandes concernent des problématiques plus complexes, n'intéressant pas seulement l'enfant et justifiant bien souvent, dans un contexte conflictuel, qu'une décision intervienne rapidement pour régler les modalités de la séparation des parents. La commission estime dès lors que ces considérations justifient qu'en dehors des actions modificatives, les parties soient simplement incitées à recourir à la médiation.

D) Le développement de la double convocation

Pour les actions ne relevant pas du champ de la médiation préalable obligatoire et à l'exclusion du divorce, la commission préconise de consolider les pratiques existantes de « double convocation », en concordance avec les propositions qu'elle formule dans le cadre du renvoi devant le conciliateur de justice (cf. supra Section 1^e). En pratique, le juge aux affaires familiales pourrait, pour toute affaire, inviter les parties à rencontrer un médiateur avant même l'audience, voire dès l'enrôlement de l'acte introductif d'instance. Cette expérimentation a pu être menée avec profit au tribunal de grande instance de Bobigny, en matière familiale, où, pour les affaires sélectionnées par les magistrats, il a abouti dans la moitié des cas à un accord, total ou partiel. Le succès de la « double convocation » passe toutefois par un lien étroit entre la juridiction et les services de médiation concernés, à l'effet d'assurer une permanence de médiateur.

Les modalités selon lesquelles une médiation pourrait être proposée se trouveraient ainsi assouplies, permettant que le développement de la médiation judiciaire n'induisse pas un allongement de la durée des procédures. La souplesse autorisée par ce mécanisme permettrait d'apporter une réponse adaptée à chaque affaire soumise au juge.

SECTION 3 – La procédure participative de négociation assistée par avocat

La commission a souhaité s'inspirer de la pratique nord-américaine dite du « droit collaboratif » (§ 1), pour proposer l'émergence en France d'un nouveau mode de règlement des conflits, la « procédure participative » de négociation assistée par avocat (§ 2).

§ 1 - Le droit collaboratif nord-américain

Le droit collaboratif a connu un fort développement depuis une quinzaine d'années aux États-Unis, où il est né, et où il est largement pratiqué dans plus de quarante États. Il s'est également rapidement développé au Canada, en Australie et en Nouvelle-Zélande et a fait une percée remarquable en Europe. Face à l'ampleur du phénomène, des avocats français ont pris l'initiative, depuis quelques années, de recourir à des processus collaboratifs dans le cadre de contentieux familiaux. Très utilisé dans ce domaine, ce mode singulier de règlement consensuel des différends peut néanmoins appréhender des litiges de toute nature. Dans les pays qui le pratiquent déjà à grande échelle, le droit collaboratif est utilisé en droit de la responsabilité, droit du travail, droit des assurances ou encore pour le règlement des successions, des litiges commerciaux notamment.

Comme tout mode alternatif de règlement des conflits, il interdit provisoirement aux parties de recourir au juge. Il va néanmoins beaucoup plus loin. Sa particularité tient à ce qu'il repose sur une « charte collaborative » qui oblige non seulement les parties au litige, mais également leurs avocats, à tout mettre en œuvre pour aboutir à une solution consensuelle. Plus précisément, les obligations découlant de cette charte s'articulent de manière à ce qu'aucun des signataires ne puisse envisager le recours au juge comme une alternative préférable. À cette fin, les avocats sont tenus de se désengager de la procédure dès lors que l'une des parties rompt le pacte en saisissant le juge, mais également s'ils ont le moindre doute quant à la volonté réelle de leur client ou de l'autre partie d'avancer efficacement dans la négociation. Mieux encore, la signature de la charte leur interdit, en cas d'échec de la procédure, de représenter ultérieurement l'une quelconque des parties dans le cadre d'une procédure contentieuse. Enfin, il est convenu que les éléments d'information échangés au cours de la procédure collaborative ne peuvent être utilisés dans une éventuelle procédure contentieuse ultérieure.

Ces traits caractéristiques font la force du droit collaboratif, mais ils en montrent également les limites. Ayant tout à perdre dans l'échec de la procédure collaborative, les parties sont effectivement incitées à participer activement et utilement à la recherche d'une solution négociée. Au Canada, le ministère de la justice a mené une étude qualitative concernant le droit collaboratif, dont les conclusions, rendues publiques en 2005, ont mis en évidence l'impact très positif du développement de ces procédures et le niveau élevé de satisfaction des parties, notamment en matière familiale.

Pour autant, on ne peut ignorer que ce qui favorise le succès du processus collaboratif est en même temps ce qui rend son échec particulièrement dramatique. Ceux qui n'auront pu aboutir à une solution négociée n'auront plus les moyens,

financiers et probatoires, de se lancer dans une procédure judiciaire qui demeure alors pourtant leur seule issue. Lorsque l'accès à la justice est en jeu, il paraît difficilement acceptable de raisonner en termes de « tout ou rien » et de placer en situation d'échec insurmontable tous ceux qui ne seront pas parvenus à un accord total.

§ 2 - L'introduction en France d'une procédure participative

Le droit collaboratif constitue une forme de recherche transactionnelle contractualisée, faisant intervenir, en sus des parties, leurs avocats. À cet égard, il apparaît particulièrement intéressant de s'en inspirer, pour inciter les parties à la résolution négociée de leur différend, tout en préservant davantage leur accès effectif à la justice. ***Tel est l'objet de la proposition de la commission, tendant à créer en France une procédure participative de négociation assistée par avocat.***

Le schéma retenu par la commission est fondé sur le rôle central d'impulsion et d'assistance des avocats. Il se décline de la façon suivante.

Les parties à la procédure participative, assistées de leurs avocats, s'y engagent volontairement avant toute procédure contentieuse. Leur volonté de prendre en charge la résolution de leur différend prend la forme d'une convention de participation qui les engage à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution négociée du différend. La capacité de la procédure à répondre aux besoins particuliers des parties est assurée par le fait que l'objet, les modalités et les éléments déterminant la solution sont inscrits dans la convention de participation. Les parties y déterminent nécessairement les questions qu'impliquent la résolution du litige, les éléments d'information nécessaires à l'élaboration des solutions et les modalités de leur échange. Elles prévoient également les règles qui encadreront l'éventuelle intervention d'un technicien et sa rémunération. La procédure participative est ainsi apte à prolonger utilement les clauses de conciliation qui sont d'usage courant mais qui risquent souvent, par leur imprécision, de nourrir indirectement le contentieux judiciaire autour de leur mise en œuvre.

Il est naturellement prévu que les parties s'engagent mutuellement à ne pas saisir le juge pendant le cours du contrat participatif. Pour qu'il soit complet, l'engagement de ne pas saisir le juge doit produire les mêmes conséquences procédurales que celles qui sont attachées par la Cour de cassation aux clauses de conciliation préalable. Il s'agira donc d'une fin de non-recevoir. Le contrat participatif pourra prévoir, conformément à la loi du 17 juin 2008 réformant la prescription civile, la suspension du délai de prescription pendant le cours de la procédure participative, sauf dans les matières où de tels accords sont exclus par ladite loi.

Pour la rendre attractive et en sécuriser l'issue, la commission propose d'articuler de manière complète la procédure participative avec le système judiciaire. D'abord, en prévoyant que l'accord constatant le règlement consensuel du litige peut être homologué par le juge compétent dans le cadre d'une procédure gracieuse de sorte qu'il sera doté de la force exécutoire lorsque cela sera nécessaire. Ensuite, parce qu'en cas de désaccord ou d'accord partiel, les parties ne sont pas contraintes de tout remettre en cause dans le cadre d'une longue procédure contentieuse : un procès-verbal est prévu pour constater l'accord partiel ainsi que les points sur lesquels le litige persiste ; l'avantage pour les parties consiste alors à pouvoir saisir la juridiction compétente par la seule remise au greffe de ce document, accompagné des pièces utiles, pour, d'une part,

homologuer les points d'accord et, d'autre part, statuer sur les points de désaccord sans que l'affaire soit renvoyée à la mise en l'état, compte tenu de l'avancement des échanges entre les parties pendant le cours de la procédure participative. Le temps consacré à la négociation en amont de la procédure judiciaire permet ainsi d'accélérer le déroulement d'une procédure judiciaire ultérieure, en cas d'échec total ou partiel de la négociation.

La nécessité d'assister et de conseiller les parties tout au long de la négociation, ainsi que le dénouement judiciaire de la procédure participative, justifient que les parties soient chacune assistées de leur avocat pour conduire la procédure participative. L'assistance par un avocat place les parties en mesure de défendre leurs intérêts de la manière la plus pertinente. C'est pourquoi il est prévu que l'ensemble des formalités doit être accompli par les parties avec l'assistance de leurs avocats : la convention de participation est signée et, le cas échéant, modifiée par les parties, toujours assistées de leurs avocats ; la constatation de la solution négociée, des points restant litigieux ou de la volonté des parties de se tourner désormais vers le juge et les accords qui mettent un terme à la procédure sont également signés en présence des avocats.

La commission s'est particulièrement attachée à ce que le droit d'accès à un juge soit préservé. D'une part, l'obligation qui est faite à l'avocat, en droit collaboratif, de se déporter en cas d'échec de la négociation, n'est pas reprise. D'autre part, en cas d'urgence, il demeure possible de saisir le juge aux fins d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires. Enfin, en cas d'inexécution de ses obligations par l'une des parties, le dispositif délie l'autre partie de son obligation de ne pas saisir la justice.

La commission a, en outre, pour les matières dans lesquelles les droits sont indisponibles, prévu un régime spécifique, garantissant le respect des droits en cause et s'articulant autour des grands principes suivants.

D'une part, dans ces matières, et sous réserve des précisions qui suivent, les parties assistées de leurs avocats sollicitent du juge, qui statue par ordonnance sur requête, l'autorisation d'engager une procédure participative. Pour les procédures de divorce et de séparation de corps, en ce compris les liquidations subséquentes, l'autorisation préalable du juge n'est pas nécessaire pour engager une procédure participative ; en revanche, la saisine du juge et la procédure suivie devant lui demeurent soumises aux dispositions spéciales en vigueur.

D'autre part, un accord ne pourra produire d'effet qu'après son homologation par le juge compétent pour connaître de la matière, c'est-à-dire le juge naturel, dont l'intervention permet de s'assurer que l'accord respecte l'ordre public et préserve les droits et intérêts de chacun.

Enfin, à la demande du représentant du Conseil supérieur du notariat, il est précisé que la procédure participative ne préjudicie pas aux règles de la publicité foncière, de façon à ce que le rôle du notaire soit préservé, dans le respect des exigences du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 et du décret n° 55-1350 du 14 octobre 1955.

La commission considère que la procédure participative ainsi conçue constitue, en raison de la convention formalisée et de son articulation avec le système judiciaire, un cadre juridique prévisible et sécurisant pour les parties, incitant celles-ci à résoudre leur litige à l'amiable, avec l'assistance de leurs avocats.

CHAPITRE 2 – L'ÉMERGENCE D'UN GREFFIER JURIDICTIONNEL

Afin de recentrer le juge sur son office et de renforcer sa position de « décideur judiciaire », le juge devra s'appuyer sur un certain nombre d'auxiliaires.

Pour étoffer et renforcer cette équipe destinée à aider le magistrat, les membres de la commission ont travaillé à la définition d'un nouvel acteur judiciaire qui serait de nature à épauler le juge, voire à s'y substituer dans certains cas clairement définis, à savoir le greffier judiciaire. Il s'agirait en effet, conformément au modèle développé avec profit depuis plusieurs dizaines d'années déjà en Allemagne et en Autriche, de prendre acte de la formation *de facto* de plus en plus longue et approfondie suivie par de nombreux greffiers en chef en France aujourd'hui, pour donner accès aux plus compétents d'entre eux à un nouveau statut, qui s'accompagnerait de fonctions revalorisées, de nature juridictionnelle notamment. Des fonctions de même nature pourraient, du reste, être développées au sein des parquets.

La commission s'est ainsi intéressée à la fois à la création d'un statut de greffier judiciaire (section 1) et aux missions qui seront les siennes (section 2).

SECTION 1 - Le statut revalorisé de greffier judiciaire

Afin d'affiner ses réflexions sur la création d'un éventuel greffier judiciaire, la commission s'est tournée vers le droit comparé, en particulier les droits allemand et autrichien, qui connaissent des fonctions de greffier revalorisé (§ 1). C'est en s'inspirant de ces modèles qu'elle a pu proposer un modèle français du greffier judiciaire (§ 2).

§1 - *Le Rechtspfleger en droit comparé*

Mme le Professeur Frédérique Ferrand, membre de la commission, a attiré l'attention des autres membres sur la spécificité des droits allemand et autrichien, qui ont créé une profession particulière, celle de *Rechtspfleger*, dans le but de décharger le magistrat d'un certain nombre d'attributions non juridictionnelles mais parfois aussi juridictionnelles. Si la profession de *Rechtspfleger* est née de la pénurie de magistrats à l'issue de la première guerre mondiale (dans les années 1920), elle n'a pas été supprimée par la suite car elle a donné, satisfaction en permettant au juge de se concentrer sur ses missions essentielles. Ce fonctionnaire peut être considéré comme un « super-greffier » ou comme un auxiliaire du juge, celui qui l'aide dans ses missions juridictionnelles. Il se définit à la fois par son statut et sa formation (A), et par les missions qui lui sont attribuées (B).

A) Le statut et la formation du *Rechtspfleger*

En droit allemand, la loi du 5 novembre 1969 relative au *Rechtspfleger* énonce qu'il assume les tâches de la justice qui lui sont attribuées par la loi (§ 1 RPfLG)). Il dispose d'une indépendance matérielle et n'est tenu que par la loi et le droit (§ 9). Cette formule n'est pas sans rappeler celle que la loi énonce à l'égard des magistrats du siège (*Richter*). D'ailleurs, le *Rechtspfleger* peut être récusé dans les mêmes conditions que le juge (le juge du siège statue alors sur la demande de récusation, § 10). Les Conditions d'accès à la profession sont précisément définies par la loi. Trois conditions sont requises : il faut être fonctionnaire du service de la justice²⁶, avoir suivi une formation préparatoire de 3 ans²⁷, et avoir obtenu l'examen de *Rechtspfleger*.

En Autriche, où l'institution du *Rechtspfleger* est ancrée dans la Constitution autrichienne depuis 1962 et où une loi spécifique concerne ces fonctionnaires de la justice, les conditions d'accès à la profession sont assez semblables à celles du droit allemand. En vertu de la nouvelle loi de 1985 relative au *Rechtspfleger*, le statut juridique de cet important organe de la justice a été étendu, ainsi que ses compétences. Peuvent être autorisés à suivre le cycle de formation pour devenir *Rechtspfleger* les fonctionnaires du tribunal qui remplissent les conditions pour être nommés à un poste dit de catégorie B (fonction publique supérieure)²⁸, qui sont de nationalité autrichienne et qui ont réussi tant l'examen professionnel pour le service du greffe que l'examen professionnel spécialisé. Le président de la cour d'appel décide quels candidats remplissant ces conditions peuvent suivre le cycle de formation de *Rechtspfleger*²⁹. Le certificat de *Rechtspfleger* n'est délivré qu'à la fin des trois ans de formation professionnelle et atteste l'aptitude à exercer la profession de *Rechtspfleger*. Ce certificat habilite le fonctionnaire de justice concerné à régler les affaires juridictionnelles appartenant à son champ d'action. Le président du tribunal régional supérieur (qui équivaut à une cour d'appel) détermine alors auprès de quel tribunal le fonctionnaire concerné sera employé en tant que *Rechtspfleger*. Le président du tribunal

²⁶ Est admis à suivre les études pour devenir *Rechtspfleger* quiconque remplit les conditions pour accéder à l'enseignement supérieur ou peut démontrer un niveau de formation équivalent. Des fonctionnaires du *mittlerer Justizdienst* (de catégorie intermédiaire) peuvent être admis à suivre la formation pour devenir *Rechtspfleger* s'ils ont travaillé au moins 3 ans au service de la justice et si, au vu de leur personnalité et de leurs états de services antérieurs, ils semblent aptes à exercer cette fonction. Dans une telle hypothèse, les *Länder* peuvent décider qu'une partie de l'expérience acquise comme fonctionnaire de niveau intermédiaire au service de la justice peut être décomptée sur la période de stage obligatoire dans la formation. La loi prévoit également que quiconque remplit les conditions pour être magistrat (avoir obtenu les deux examens d'État de droit) peut également postuler aux fonctions de *Rechtspfleger* (§ 2 III). Dans ce cas, les études de droit achevées par l'examen d'État peuvent être prises en compte pour la période de formation du candidat (dans une limite de 12 mois pour la formation théorique et de 6 mois pour les stages pratiques).

²⁷ La formation préparatoire se déroule dans une école spécifique ou dans une université technique (*Fachhochschule*) et permet au candidat d'acquérir les connaissances et méthodes scientifiques ainsi que les compétences de pratique professionnelle nécessaires pour l'exercice des fonctions de *Rechtspfleger*. Cette formation se divise en périodes d'études spécialisées (au moins 18 mois) et en périodes de stages pratiques (au moins 12 mois).

²⁸ Il faut en principe être titulaire d'un diplôme de fin d'études secondaires ("*Matura*"). Ce diplôme peut être remplacé par un certificat de réussite à l'examen dit "*Beamtenaufstiegsprüfung*" (examen de promotion pour fonctionnaires) si le citoyen autrichien en question a, après avoir atteint l'âge de 18 ans révolus, occupé pendant huit ans une fonction au service de l'État.

²⁹ La formation pour devenir *Rechtspfleger* dure trois ans (comme en Allemagne) et comprend des cours de base généralistes, ainsi que des cours spécialisés pour le domaine spécifique d'activité que vise le candidat; en outre, le fonctionnaire de justice qui veut devenir *Rechtspfleger* doit faire un stage pratique auprès d'une ou de plusieurs juridictions et, dans ce cadre, préparer des actes relevant de la compétence du *Rechtspfleger*. Le candidat doit ensuite réussir l'examen qui porte tant sur les cours de base que sur la spécialité choisie au sein des différentes tâches qu'accomplit le *Rechtspfleger*.

auprès duquel le *Rechtspfleger* exercera ses fonctions affecte celui-ci à un service placé sous la direction d'un juge (ou le cas échéant à plusieurs services). À l'intérieur du service où le *Rechtspfleger* a été affecté, c'est au juge qu'il appartient de procéder à la répartition des affaires.

B) Les missions du *Rechtspfleger*

En Allemagne comme en Autriche, le *Rechtspfleger* se voit attribuer des missions nombreuses, juridictionnelles comme non juridictionnelles.

En Allemagne, la loi de 1969 définit les grands domaines de compétence du *Rechtspfleger*, puis précise, au sein de ces domaines, quelles sont les missions de ce fonctionnaire.

De façon générale, on retiendra que le *Rechtspfleger*, pleinement compétent dans plusieurs matières, peut effectuer, dans d'autres domaines, de très nombreux actes, limitativement énumérés et correspondant aux décisions les moins graves ou les moins complexes. Il dispose ainsi d'attributions en matière de procédure de faillite, de droit de la tutelle, d'ordonnances de payer, ou encore de saisie-arrêt. Le juge peut en outre lui déléguer d'autres actes, ou s'en réserver la connaissance, en fonction de la complexité individuelle de chaque cas.

De façon plus précise, le § 3 de la loi de 1969 contient une liste de deux pages énumérant les tâches relevant de la mission de ce fonctionnaire de justice : affaires du droit associatif³⁰, procédures de déclaration sur l'honneur, tenue du registre des régimes matrimoniaux, réception de certaines déclarations, affaires d'absence, tenue du livre foncier, du registre des navires, de celui des droits de gage et de celui des aéronefs, une partie de la saisie immobilière et de l'administration forcée des immeubles, ou encore procédures de répartition à réaliser en dehors de l'exécution forcée. Relèvent également de la compétence du *Rechtspfleger* allemand un certain nombre de mesures en matière de tutelle et de *Betreuung* (régime allégé de protection des majeurs incapables), certaines questions en matière de successions et de partage ainsi que la conservation des testaments et des contrats successoraux, certaines affaires de partenariat, des procédures dans le cadre de la loi sur l'insolvabilité ainsi que les procédures conduites en vertu du règlement CE du 29 mai 2000 en matière d'insolvabilité³¹, etc.

Toutefois, un certain nombre de décisions dans ces domaines sont expressément réservées au juge³². On notera que le *Rechtspfleger* est également compétent en matière

³⁰ Par exemple, en cas de convocation d'une assemblée générale sur demande d'au moins un dixième des membres de l'association.

³¹ Mais le juge conserve certaines compétences, telles que celle de fermer la procédure en Allemagne au profit du tribunal d'un autre État membre, ou encore celle d'ordonner des mesures conservatoires au sens de l'article 38 du règlement communautaire (§ 19a de la loi).

³² §§ 14 à 19 b de la loi du 5 novembre 1969. : par ex. le § 14 à propos des affaires de tutelles et de famille (Ce paragraphe mentionne notamment les décisions en matière de compensation des droits à pension de retraite après divorce, la constatation judiciaire ou la contestation de paternité après le décès de l'homme ou de l'enfant, le remplacement du consentement à une adoption par une décision judiciaire, la décision en cas de conflit entre titulaires de l'autorité parentale, la décision de transférer certains aspects de l'autorité parentale à des parents nourriciers, les décisions en vue de protéger un enfant en danger et impliquant un éloignement de l'enfant de son foyer parental, les décisions en matière de contact de l'enfant avec un parent ou un tiers...). Le § 16 donne toute une liste de mesures en matière de successions que seul le juge peut prendre : désignation d'un exécuteur testamentaire, règlement des conflits entre exécuteurs testamentaires, délivrance de certificats d'héritier dans un certain nombre de cas.

d'injonction de payer, durant la phase non contradictoire, ainsi que pour fixer le délai d'opposition, de même que pour transmettre la procédure contentieuse à la juridiction compétente. La phase contentieuse de la procédure demeure l'apanage du juge, mais une loi de 2003 a permis aux États fédérés de déléguer cette compétence au greffier de la juridiction. Plusieurs États fédérés ont fait usage de cette possibilité.

Les §§ 20 à 24 de la loi de 1969 recensent également les actes spécifiques confiés au *Rechtspfleger* en matière de procédure civile, de protection locative, d'aide juridictionnelle³³, de fixation des frais et dépens, de contrôle de l'exécution de certaines condamnations pénales (amendes...), de consignation. Le *Rechtspfleger* délivre en outre un certain nombre de copies exécutoires (§§ 726 et s. ZPO). La procédure devant lui est dispensée de représentation obligatoire par avocat (§ 13, loi de 1969). Dans les domaines où compétence lui est attribuée, le *Rechtspfleger* prend toutes les mesures nécessaires à l'accomplissement de sa mission (§ 4 de la loi)³⁴.

En principe, les décisions du *Rechtspfleger* et les actes qu'il prend peuvent faire l'objet du recours prévu par les règles générales de procédure. Si celles-ci ne prévoient aucun recours, la décision ou l'acte du *Rechtspfleger* peut néanmoins donner lieu à un recours spécifique dénommé *Erinnerung*. Ce recours est d'abord porté devant le *Rechtspfleger* lui-même (sorte de recours en rétractation), mais s'il n'y fait pas droit, il doit le soumettre au magistrat du siège (§ 11). Le délai de recours est en général de quinze jours.

Dans diverses situations, la loi du 5 novembre 1969 prévoit que le *Rechtspfleger* doit en référer au juge. Ainsi, s'il juge utile d'ordonner une mesure qu'il n'est pas habilité à prendre, le *Rechtspfleger* en réfère au juge qui décidera alors de la mesure (§ 4 III). De même, le *Rechtspfleger* doit soumettre ses actes au magistrat du siège (§ 5 de la loi) lorsqu'il apparaît lors du traitement de l'affaire qu'il convient de solliciter une décision de la Cour constitutionnelle fédérale ou de la Cour constitutionnelle du *Land* en vertu de l'art. 100 de la Loi fondamentale (contrôle concret de constitutionnalité des lois), ou encore lorsque le lien entre un acte à prendre par le juge et celui que doit prendre le *Rechtspfleger* est tellement étroit qu'un traitement séparé des deux questions n'est pas souhaitable. De même, le *Rechtspfleger* peut transmettre au juge une affaire nécessitant l'application d'un droit étranger. Dans toutes ces hypothèses, le juge peut refuser le renvoi et retourner l'affaire au *Rechtspfleger* s'il estime que celui-ci peut agir seul. Et s'il existe une incertitude pour savoir qui, du juge ou du *Rechtspfleger*, est compétent pour un acte spécifique, le juge décide de la compétence par décision insusceptible de recours (§ 7 de la loi du 5 nov. 1969)³⁵.

Certains aspects des procédures d'insolvabilité sont également réservés au juge (v. § 18, qui dispose même que le juge peut se réserver tout ou partie de la procédure d'insolvabilité s'il le juge adéquat. Dans le cas contraire, il peut transmettre la procédure au *Rechtspfleger*, tout en conservant le droit d'attirer à nouveau à lui la procédure si cela lui semble nécessaire. Cette règle témoigne de la souplesse requise pour distinguer les affaires simples de celles qui sont plus complexes).

³³ Par exemple, il ordonne la présentation de certains documents, l'éventuelle audition de témoins ; il révoque l'aide en cas de déclarations erronées du bénéficiaire, de non-respect des conditions personnelles ou économiques, v. § 120 ZPO). Il attribue l'aide juridictionnelle dans les cas où, après ou en dehors d'une procédure juridictionnelle, elle n'est demandée que pour l'exécution forcée. Mais dans certains cas le juge conserve le pouvoir d'accorder ou non l'exécution forcée, notamment lorsque l'exécution relève du tribunal.

³⁴ En revanche, il n'est pas habilité à ordonner un serment ou à le recevoir, ni à menacer de peine d'emprisonnement ou à prononcer de telles peines.

³⁵ Si, par mégarde, le juge avait lui-même procédé à un acte qui relevait de la compétence du *Rechtspfleger*, cet acte demeure valable (§ 8 I de la loi de 1969). Les actes faits par le *Rechtspfleger* sans acte exprès de délégation du juge (alors qu'il s'agissait d'un acte que le juge pouvait déléguer au

Les missions confiées au *Rechtspfleger* autrichien sont, comme en Allemagne, relativement étendues. De fait, il existe environ 700 *Rechtspfleger* en Autriche, qui rendent plus des trois quarts des décisions judiciaires. Comme son homologue allemand, le *Rechtspfleger* autrichien est un fonctionnaire de la justice auquel est transféré, en sa qualité d'organe de la Fédération, un certain nombre d'actes (art. 87a BVG – loi constitutionnelle fédérale – et loi autrichienne sur le *Rechtspfleger*). Il prend des mesures et décisions et remplit ses fonctions sous sa propre responsabilité. Dans l'exercice de ses fonctions, il n'est tenu que par les instructions que lui délivre le magistrat compétent au sein du tribunal d'après la répartition interne des compétences (*Geschäftsverteilung*). En théorie, donc, le *Rechtspfleger* autrichien semble avoir un lien fort avec le juge. Toutefois, ce droit de donner des instructions (*Weisungsrecht*), que la loi sur le *Rechtspfleger* reconnaît au juge, ne joue guère de rôle en pratique ; le *Rechtspfleger* accomplit ses tâches essentiellement de façon autonome. Le *Rechtspfleger* est compétent dans les domaines suivants³⁶ : affaires de procédure civile, exécution forcée³⁷, insolvabilité, juridiction gracieuse³⁸ (notamment affaires de tutelle), affaires relatives au droit du livre foncier³⁹ et au registre des navires, et affaires relatives au registre des entreprises. Chacun de ces domaines d'activité requiert une formation spéciale et une nomination spéciale à la charge de *Rechtspfleger* pour la spécialité correspondante. Toutefois, tous les *Rechtspfleger* autrichiens sont compétents de façon générale en matière d'injonction de payer⁴⁰.

§ 2 - La proposition d'un greffier juridictionnel à la française

L'institution du *Rechtspfleger* pourra servir de source d'inspiration pour repenser, en droit français, dans un premier temps, un statut de greffier en chef revalorisé dans la fonction de greffier juridictionnel, qui progressivement pourrait être ouverte aux greffiers.

Une loi sera nécessaire en ce sens, afin de conférer aux nouveaux greffiers juridictionnels les conditions de l'indépendance nécessaire à l'exercice des fonctions juridictionnelles nouvelles qui leur incomberont.

Rechtspfleger) ne sont pas nuls de ce seul fait (§ 8 II). Il en irait bien entendu autrement si la délégation n'était pas possible (§ 8 IV) car alors serait violé le principe constitutionnel du droit à un juge naturel.

³⁶ 41% des *Rechtspfleger* autrichiens interviennent en matière de tenue du livre foncier, 35% dans le domaine de l'exécution forcée, 26% dans le cadre de la juridiction gracieuse et 5% en matière de registre des sociétés. Le total dépasse 100% car certains *Rechtspfleger* remplissent des fonctions dans plusieurs de ces domaines, v. Bundesministerium der Justiz, *Die Organisation, Die Rechtsberufe in Österreich*, sept. 2002, sur le site internet www.bmj.gv.at/_cms_upload/_docs/rechtsberufe_09_2002.pdf.

³⁷ La plupart des exécutions forcées sont traitées par des *Rechtspfleger* ; seules les affaires particulièrement complexes sont réservées au juge.

³⁸ Dans les affaires de successions qui s'inscrivent dans le cadre d'une procédure gracieuse, ainsi que dans le cadre des injonctions de payer et des affaires relatives au registre des entreprises, le champ d'action du *Rechtspfleger* est également très large. C'est ainsi que les successions dont le montant ne dépasse pas 100 000 euros sont traitées par des *Rechtspfleger*, tout comme les affaires de tutelle lorsque la fortune de la personne assistée ne dépasse pas 100 000 euros.

³⁹ Dans le domaine des affaires relatives au droit du livre foncier, il n'est pratiquement pas réservé de tâches au juge, si bien que ce domaine d'activité est du ressort quasiment exclusif du *Rechtspfleger*.

⁴⁰ Cela vaut dès lors que le *Rechtspfleger* a terminé sa formation professionnelle après le 31 décembre 1985. Les *Rechtspfleger* qui ont passé leur examen de fin d'études professionnelles suivant le règlement en vigueur avant cette date peuvent, après avoir suivi une formation supplémentaire de trois mois, demander une extension de leur champ d'action aux procédures d'injonction de payer.

Cette revalorisation statutaire se justifie dès lors que de nombreux greffiers en chef ont, en pratique, une formation de plus en plus longue et approfondie et que les compétences juridiques des greffiers en chef sont unanimement reconnues comme étant de haut niveau. Il est suggéré, dans cette perspective, de mettre en œuvre un statut d'emploi, qui permettrait aux greffiers en chef l'accès à des emplois de catégorie « A+ » comportant un échelonnement indiciaire allant jusqu'à l'échelle B.

SECTION 2 - Les missions du greffier juridictionnel : l'exemple de l'injonction de payer

Les missions du greffier juridictionnel ainsi créé pourraient englober le champ d'activité actuel du greffier en chef, et le dépasser.

De fait, depuis 1985, certaines attributions non juridictionnelles jusqu'alors exercées par les magistrats ont été dévolues aux greffiers en chef, à l'image de la délivrance des procurations de vote⁴¹ ou de la certification de certains frais de justice (décret du 6 mai 1988)⁴². Les greffiers en chef n'ont donc plus seulement vocation à exercer des fonctions de direction, d'administration et de gestion, sous l'autorité des chefs de cours ou des chefs de juridictions, mais également des fonctions juridiques spécifiques. Ce mouvement s'est amplifié à la faveur d'autres transferts de compétence, issus de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, puisque les greffiers en chef connaissent notamment, aujourd'hui, de la procédure de changement de nom et de déclaration conjointe de l'autorité parentale, et qu'ils assurent la vice-présidence des bureaux d'aide juridictionnelle⁴³. Encore récemment, la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs a encore renforcé leur mission.

Le greffier en chef du tribunal d'instance est également compétent pour la délivrance des certificats de nationalité française. A cet égard, et même sans évolution du statut vers un greffier juridictionnel, *la commission préconise que la compétence du greffier en chef en matière de certificat de nationalité soit étendue à la réception et l'enregistrement des déclarations de nationalité, qui restent attribués au juge d'instance, alors que la compétence des greffiers en chef dans la délivrance des certificats de nationalité française les qualifie de toute évidence pour connaître des déclarations, pour lesquels ils sont déjà en charge de la constitution du dossier.* Cette

⁴¹ Décret n°85-1235 du 22 novembre 1985 modifiant le Code électoral et relatif à l'élection des députés.

⁴² Décret n° 88-600 du 6 mai 1988 modifiant le Code de procédure pénale et le Code de l'organisation judiciaire et relatif aux frais de justice. Les greffiers en chef sont également compétents, aujourd'hui, en matière d'apposition de scellés (décret n° 86-951 du 30 juillet 1986 complétant le nouveau Code de procédure civile et relatif aux mesures conservatoires prises après l'ouverture d'une succession) et de répartition des saisies des rémunérations (décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution).

⁴³En vertu de cette loi, ils sont également compétents aujourd'hui en matière de vérification annuelle des comptes de gestion des mineurs et majeurs protégés et de procédure de consentement à l'adoption.

évolution des missions du greffier en chef conduirait à modifier les articles 26, 26-1 26-3, 33-1 et 33-2 du Code civil et les articles 10 et 13 et 29 du décret n°93-1362 du 30 décembre 1993.

Le greffier juridictionnel pourrait en outre se voir confier de nouvelles missions. Sans aller jusqu'à dresser une liste exhaustive de ces fonctions, qui resterait à établir au regard du nouveau statut ainsi créé, la commission s'est attachée à développer plus particulièrement l'une d'entre elles, le traitement de la procédure d'injonction de payer. L'interrogation qui a guidé la commission dans ce domaine pourrait être résumée en ces termes : le caractère allégé de l'intervention du juge dans la première phase de la procédure pourrait justifier de confier cette mission à un autre acteur de la vie judiciaire. Une telle évolution serait en effet de nature à permettre au juge de recentrer son office sur les contentieux les plus complexes, dans lesquels la fonction juridictionnelle est sollicitée dans sa plénitude. Au préalable, la commission a toutefois voulu étendre sa réflexion à l'ensemble des améliorations susceptibles d'être apportées à cette procédure, telle qu'elle existe aujourd'hui.

La proposition de la commission, qui s'inscrit dans ce cadre d'une amélioration globale de la procédure d'injonction de payer, a dès lors été présentée dans le chapitre relatif aux déjudiciarisations civiles proposées (*cf. supra*, chapitre 1^{er}, Section 2).