

JURISTE

I N T E R N A T I O N A L
U N I O N I N T E R N A T I O N A L E D E S A V O C A T S
I N T E R N A T I O N A L A S S O C I A T I O N O F L A W Y E R S ■ U N I Ó N I N T E R N A C I O N A L D E A B O G A D O S

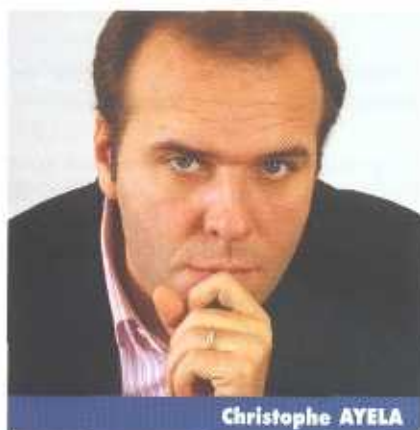


Bringing Together the World's Lawyers

N° 2007-1

La nécessaire pratique de la « *cross-examination* » en France, de l'arbitrage au procès pénal

Christophe AYELA & Louis DEGOS



Christophe AYELA



Louis DEGOS

À la recherche du contradictoire perdu

Les avocats français sont maintenant en droit de pratiquer lors du procès pénal une « *cross-examination* » des prévenus, parties civiles, témoins, officiers de police judiciaire, agents d'autorités de contrôle, juge d'instruction, experts (article 442-1 CPP)... Curieusement, ce redoutable pouvoir, est encore trop peu utilisé sans doute par ignorance, incapacité, peur d'indisposer le Tribunal... L'enjeu est pourtant de taille. Seule la pratique de la *cross-examination* peut en effet permettre aux juges de se former dans de bonnes conditions l'« *intime conviction* » que la loi impose. Dans cette perspective, l'étude des pratiques en matière d'arbitrage international montre que les avocats français sont tout à fait capables de maîtriser l'art de la *cross-examination*.

La contradiction : une garantie fondamentale de bonne justice

Est-il normal que le système judiciaire français tel qu'il existe depuis des siècles n'ait pas évolué sur la répartition des pouvoirs dans le procès pénal? Est-il normal qu'en pratique les juges se comportent comme des parties, que les procureurs aient plus de droit que les avocats de la défense, que les avocats soient aussi désarmés? Cette pratique doit-elle perdurer? Un rapide constat des récentes dérives judiciaires dont les médias se sont fait abondamment écho permet de répondre non sans hésitation...

La *cross-examination* doit ouvrir la voie, vers un système judiciaire moderne, équilibré où chacun peut trouver sa vraie place. Un avocat actif qui défend, qui cherche, qui interroge, qui porte le doute et la contradiction, un procureur qui questionne, qui démontre, un affrontement, pourquoi pas, entre les deux camps; un juge qui prend de la hauteur, qui arbitre et qui tranche, qui prend

conscience de son réel pouvoir et qui l'utilise avec modération, sans préjugement, sans vouloir être omniprésent; voilà ce que permet l'art de la *cross-examination*.

Cette nouvelle donne, est tout à fait possible, immédiatement, sans réforme, sans modification d'aucun article du Code de procédure pénale. Tout est là. Il suffit d'enfin jouer le jeu...

Pas facile de changer les vieilles habitudes!

Il a fallu s'y prendre à deux fois pour greffer un peu d'accusatoire sur le vieux cep inquisitorial de la justice française... En 1993, une première tentative a été rejetée par le législateur (réforme du 4 janvier 1993, bien vite abrogée par la loi du 24 août 1993). Et c'est seulement après sept ans de réflexion supplémentaire que la loi du 15 juin 2000 enracine la grande nouveauté dans le vieux terreau.

La *cross-examination* doit ouvrir la voie, vers un système judiciaire moderne, équilibré où chacun peut trouver sa vraie place.

Ce sont ces textes qui, à terme, doivent modifier l'architecture du procès pénal, en substituant à une simple possibilité offerte par le président (sur laquelle il pouvait revenir à tout moment, en pure opportunité) une attribution - on peut même parler d'un véritable pouvoir - conféré par la loi aux avocats et au ministère public.

Une loi qui peut tout changer

L'analyse des textes peut permettre d'extrapoler une redistribution complète des rôles à l'audience, au détriment de celui du président. Certains juges ont pu voir dans l'arrivée du nouveau texte de l'article 442-1 une invitation à se placer en retrait, à laisser le champ de l'interrogatoire aux avocats et au ministère public. Une telle attitude des magistrats, si elle se généralisait, modifierait profondément la physionomie du procès. Son retrait, voire son abstention, hormis ses interventions liées à la police de l'audience, rendraient en effet la procédure d'audience un peu plus accusatoire. Le président deviendrait alors le nécessaire arbitre d'un débat qui oppose défense et accusation, et ne serait plus véritablement acteur de l'audience, mais plutôt son metteur en scène. L'équilibre entre les acquis du dossier écrit et les enseignements du débat oral à l'audience s'en verrait totalement bouleversé. Ce retour en force de l'oralité remettrait l'avocat en avant et lui donnerait une maîtrise de l'audience qu'il a totalement perdue. Certes, le président d'audience ne saurait évoluer en parallèle des débats, il doit y être impliqué au même titre - légal - que la défense et l'accusation. Mais son devoir de réserve et d'impartialité milite cependant pour qu'il prenne davantage de recul et de hauteur en s'appuyant sur l'accusation et la défense qui mènent les débats en s'affrontant. Tel qu'il est rédigé aujourd'hui, le Code de procédure pénale permet d'arriver à ce résultat pour peu que les magistrats acceptent de moderniser leur rôle et que les avocats soient capables de mener l'audience sous la direction du président. Cela signifie essentiellement que les avocats doivent avoir une parfaite connaissance de leurs dossiers et avoir minutieusement préparé leur *cross-examination*.

Porte ouverte à une troisième voie particulièrement efficace

Et si les possibilités offertes par les nouveaux textes encourageaient surtout chacun des acteurs du procès pénal à user totalement de ses prérogatives quand cela lui semble opportun, dans les limites de la loyauté des débats? C'est vers cette solution médiane que les premières mises en pratique semblent se diriger. Il apparaît à tous ceux qui ont eu l'occasion d'en être témoin que les *cross-examination* des avocats et/ou du ministère public, quand elles sont

menées à bon escient, ont tendance à rendre le débat particulièrement interactif et riche. À chaque fois que cela est pratiqué, on constate un double phénomène:

Tout d'abord, un affrontement nouveau entre l'avocat de la défense et le procureur, qui a inmanquablement pour effet de faire émerger de nouveaux éléments ignorés jusqu'alors, soit à charge soit à décharge, mais la révélation porte le plus souvent sur les éléments à décharge sachant qu'en droit français, la procédure pénale très déséquilibrée a fait la part belle aux éléments à charge au cours des instructions judiciaires et surtout des enquêtes préliminaires menées à charge sous la seule autorité des procureurs. On constate donc à chaque fois un rééquilibrage des rôles qui peut faire grincer les dents de certains procureurs peu habitués à voir les avocats marquer autant de points aux audiences en dehors du temps de plaidoirie.

Il apparaît à tous ceux qui ont eu l'occasion d'en être témoin que les *cross-examination* des avocats et/ou du ministère public, quand elles sont menées à bon escient, ont tendance à rendre le débat particulièrement interactif et riche.

Ensuite, le recul du président d'audience; inmanquablement, il semble particulièrement apprécier cette nouvelle position tout à la fois reposante, stratégique et prestigieuse. Reposante parce qu'elle lui évite de mener systématiquement tous les interrogatoires dans tous les dossiers qu'il a à juger. Stratégique parce qu'elle lui permet, avec le recul qu'il peut prendre, d'arbitrer habilement l'affrontement entre le procureur de la République et l'avocat dans un souci de recherche de la vérité. Il peut notamment, et cela est souvent observé en ce cas, intervenir ponctuellement pour poser des questions à

la suite de l'avocat et en quelque sorte rebondir sur les questions posées par ce dernier. Prestigieuse parce que dans ce cas de figure, le président retrouve son autorité et ses pouvoirs. Il se place au-dessus des parties et au-dessus de la mêlée. En s'abstenant d'interroger lui-même les parties, ce qui nécessite de tester leur crédibilité et donc donner l'impression que l'on n'est pas convaincu par telle ou telle thèse, le juge n'affiche aucune prise de position et garde ainsi toute sa crédibilité.

L'exemple des avocats français en matière d'arbitrage international

La pratique de la *cross-examination* n'est d'ailleurs ni étrangère à la France, ni inconnue des avocats français. En effet, depuis plus de 25 ans, l'article 1494 du NCPC laisse au libre choix des parties, et à défaut des arbitres, la détermination de la procédure à suivre dans l'instance arbitrale. Ainsi, la loi française permet qu'un arbitrage international puisse se dérouler selon une procédure de *Common Law*, tout en étant situé sur le sol français.

La liberté des parties de déterminer les règles de la procédure a ainsi été reprise dans la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, laquelle a été adoptée par de nombreux pays ou a inspiré leurs législations. De même les règlements des centres d'arbitrage laissent aux parties et aux arbitres une grande latitude dans le choix des règles applicables à la procédure. Aux termes du règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale par exemple, cette détermination peut même se faire "en se référant ou non à une loi nationale de procédure applicable à l'arbitrage". Il s'en est suivi un double mouvement, d'une part de circulation des règles et des concepts procéduraux existant dans le monde, et d'autre part de dénationalisation des règles de procédures applicables à l'arbitrage.

De ce fait, la pratique a développé et appliqué des règles et des concepts procéduraux trans-nationaux concernant notamment l'administration de la preuve testimoniale. Par exemple, l'IBA a adopté en 1999 des "Rules on the taking of evidence", auxquelles les parties et les arbitres qui peuvent se référer, qui organisent une procédure de *cross-examination* particulière en s'inspirant tout à la fois des procédures de droit civil et de *Common Law*.

Le développement et la consécration de l'usage de la preuve testimoniale et de la *cross-examination* a donc trouvé dans l'arbitrage international un terrain très favorable. Il faut dire que dans les procédures d'arbitrage international, comme dans le procès pénal français, le juge, en l'occurrence arbitral, mène une instruction complète du litige. En effet, lors du débat écrit, le tribunal arbitral reçoit et étudie au fur et à mesure, non seulement les actes de procédure, mais aussi les pièces communiquées par les parties: preuves documentaires, rapports d'expertise, attestations de témoins, voire déclarations des représentants des parties.

Au stade du débat oral il est dès lors apparu logique et évident de pouvoir discuter contradictoirement, devant et avec le tribunal, de l'ensemble des preuves déjà connues du tribunal. De même que la preuve documentaire est présentée par une partie pour justifier ses prétentions alors qu'elle est critiquée et réfutée par l'autre partie, la preuve testimoniale, qui n'a pas de raison de suivre un régime particulier et différent, fait donc l'objet d'une présentation par une partie et d'une évaluation critique par l'autre partie. C'est là le fonctionnement de base de la *cross-examination*.

En pratique, l'audition de témoins dans l'arbitrage international se déroule en s'inspirant du cadre procédural de la *Common Law*. Tout d'abord, le témoignage est présenté par l'avocat de la partie qui l'a produit par le biais de questions posées au témoin. C'est ce qui s'appelle en *Common Law*, la *direct examination*. Ensuite vient le tour de l'avocat de l'autre partie qui s'efforce, toujours en questionnant le témoin, d'en tester la crédibilité, de vérifier la véracité de ses dires, et d'atténuer, voire d'anéantir, la force probatoire des éléments rapportés par le témoin. C'est la *cross-examination*. Enfin, et avant que le tribunal arbitral ne questionne lui-même le témoin, l'avocat de la partie qui a « produit le témoin » peut reprendre un très rapide interrogatoire afin d'éclaircir les points nouveaux ou les hésitations qui seraient apparus lors de la *cross-examination*. C'est la *re-direct examination*.

Les avocats français spécialistes de l'arbitrage international, sont donc parfaitement habitués à la *cross-examination* qu'ils pratiquent très fréquemment. A telle enseigne d'ailleurs

que les avocats français, et plus généralement les avocats de tradition civiliste, ont en la pratiquant, "civilisé" la *cross-examination*. Et, cette *cross-examination* "civilisée" s'est aujourd'hui disséminée au point d'être généralement pratiquée dans les procédures d'arbitrages internationaux.

L'adaptation synchrétique de la *cross-examination*

Cette synthèse entre les procédures de droit civil et de *Common Law* est en effet frappante dans le cas de la *cross-examination*. Ainsi, la pratique civiliste a accru le rôle des attestations ou déclarations préalablement écrites par les témoins, ce qui a limité la prééminence de l'oralité de telle sorte que la *direct examination* qui consistait à répéter à l'audience ce qui était déjà communiqué par écrit, a perdu de son intérêt. La tradition civiliste a aussi introduit une plus grande rigueur dans la gestion du temps de parole, en permettant au tribunal arbitral d'impartir aux avocats le même temps de parole pour leurs *cross-examinations* afin de respecter l'égalité de traitement des parties. Autres exemples démontrant que l'arbitrage a su trouver une juste mesure entre l'absence totale de *cross-examination* et l'usage automatique et « obligatoire » de la *cross-examination*: le tribunal a été investi de pouvoirs d'inspiration civiliste lui permettant de décider de la recevabilité et de la pertinence d'un témoignage écrit alors même que le témoin n'aurait pas comparu à l'audience et n'aurait donc pas répondu à une *cross-examination*, ou bien encore, de refuser tout simplement l'audition d'un témoin que le tribunal estime inutile.

En se "civilisant" la pratique de la *cross-examination* et plus particulièrement les techniques d'interrogation de témoins se sont aussi éloignées de la tradition de *Common Law*. L'*advocacy* et son cortège de règles très strictes et bien spécifiques qui sont en grande partie inconnues de l'avocat de tradition civiliste ne sont pas appliquées. Mis à part un contrôle minimal du tribunal arbitral pour éviter des questions tendancieuses (*leading questions*) lors d'une éventuelle *direct examination*, ou des questions manifestement dépourvues d'intérêt, une audition de témoin avec une *cross-examination* dans l'arbitrage international n'est pas rythmée par des "Objection Votre Honneur!".

En définitive, non seulement la *cross-examination* n'est pas inconnue des avocats

français mais elle a été adoptée et adaptée par la tradition civiliste pour devenir un mode de preuve essentiel dont les avantages sont depuis longtemps connus et reconnus dans l'arbitrage international.

Conclusion

Reste à convaincre tous les avocats d'utiliser la possibilité de mener une véritable *cross-examination*, et de surmonter leur « timidité » face aux champs ouverts par les textes. Du courage, donc! Les avocats français doivent apprendre l'art et la technique de la *cross-examination* et l'adapter au procès pénal français. Ils pourront pour cela suivre l'exemple de leurs confrères spécialistes de l'arbitrage international.

Christophe AYELA

Avocat

Stasi & Associés
Paris, France

Louis DEGOS

Avocat

Eversheds Frère Cholmeley
Paris, France

Christophe AYELA, avocat

Diplômé des facultés d'Aix-en-Provence et d'Orléans, avocat à la Cour d'appel de Paris depuis 1995, spécialisé en droit pénal et en contentieux des affaires, associé du cabinet Stasi et Associés. Il pratique le droit pénal des affaires et la *cross-examination*, qu'il enseigne à l'École de Formation du Barreau de Paris (EFB). Il est le co-auteur de l'ouvrage « Vérités Croisées, *Cross-examination* une petite révolution procédurale » (Litec 2005) qui propose une méthode et des exemples de pratique de la *cross-examination*.

Louis DEGOS, avocat

Associé du cabinet Eversheds - Frère Cholmeley, il est l'un des responsables du département Contentieux et Arbitrage à Paris. Il pratique, en tant que conseil et en tant qu'arbitre, l'arbitrage interne et international qu'il enseigne à l'Université Paris XII - Val de Marne, à l'Université Versailles - St Quentin et à HEC. Il est l'auteur de nombreux articles sur cette matière et a notamment co-édité l'ouvrage « Towards a Uniform International Arbitration Law » (Juris Publishing, 2005). Il a reçu en 2005 le « prix de l'arbitre » décerné par le CMAP près la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris. Il est, depuis 2003, le Secrétaire Général du Comité Français de l'Arbitrage.