



HAL
open science

Le juge civil : quel juge d'instruction ?

Etienne Vergès

► **To cite this version:**

Etienne Vergès. Le juge civil : quel juge d'instruction?. IRJS éditions. Le juge civil, un juge d'instruction ?, 126, pp.113, 2023, 978-2-85002-059-9. hal-04804404

HAL Id: hal-04804404

<https://hal.science/hal-04804404v1>

Submitted on 26 Nov 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial 4.0 International License

Le juge civil : quel juge d'instruction ?

Etienne Vergès

Professeur à l'Université Grenoble Alpes

Pour citer cet article : « Le juge civil, quel juge d'instruction ? », in, *Le juge civil, un juge d'instruction ?*, C. Chainais, X. Lagarde, B. Pireyre (dir.), IRJS éditions 2023, p. 113.

La question de savoir si le juge civil est un juge d'instruction peut surprendre de prime abord, si l'on se place dans une perspective de comparaison avec le juge pénal, mais également avec le modèle procédural issu de la *common law*. Deux idées surgissent alors. D'une part, la figure du juge d'instruction illustrerait l'évolution de la procédure civile, et marquerait un renouvellement du rôle du juge civil. Cette figure de juge d'instruction symboliserait le rapprochement du procès civil et du procès pénal. D'autre part, la montée en puissance du juge dans l'arbitrage des conflits de preuve donnerait à voir un juge civil inspiré par le modèle anglo-américain.

Ces deux idées raisonnent particulièrement lorsque l'on observe l'évolution des mesures d'instruction *in futurum* en matière civile, et particulièrement dans les litiges liés aux pratiques concurrentielles illicites. Les mesures probatoires ordonnées par le juge civil prennent alors la forme de « perquisitions civiles » et sont même parfois qualifiées de « *discovery* à la française »¹. Le juge civil peut désigner un huissier, parfois assisté d'un expert en informatique, et ordonner à ces auxiliaires de se rendre dans une entreprise pour prendre connaissance de documents se trouvant dans le système d'information (les

serveurs, les disques durs) et parfois sur les téléphones portables des salariés². Ces informations sont consultées, retranscrites et les supports informatiques peuvent être clonés, avant d'être mis sous séquestre. Cette procédure ressemble étrangement à celles que l'on trouve décrites dans le code de procédure pénale.

Ces idées raisonnent encore, lorsque l'on observe le développement des conflits qui s'élèvent entre, d'un côté, le droit à la preuve et de l'autre, le droit au respect de la vie privée ou du secret des affaires. Ces droits, que la Cour de cassation qualifie d'intérêts antinomiques³ prennent la forme d'« objections à la preuve », comme dans les systèmes de *common law*⁴.

Toutefois, en prenant un peu de recul, on comprend que cette évolution profonde des règles de preuve dans le procès civil est plus complexe qu'il n'y paraît. De façon assez paradoxale, le juge civil occupe depuis fort longtemps dans les textes, la place d'un juge d'instruction, mais cette image est troublée par la pratique de la procédure (I). Cette place troublée connaît aujourd'hui une mutation qui conduit à observer un véritable rapprochement entre les rôles joués par le juge pénal et le juge civil ; évolution qui pourrait préfigurer l'avenir d'un modèle unique.

¹ E. Jeuland, « Conflit de lois - Une *discovery* à la française sans garde-fou », *JCP G*, 2017, act. 105.

² Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-14.779.

³ Par. Ex. Cass. com. 15 mai 2019, n° 18-10491.

⁴ C. Marseille (dir.), *Les objections à la preuve en droit civil*, Lexisnexis, Canada, 2^e éd. 2022.

Toutefois, ce modèle n'est pas celui du juge d'instruction du code de procédure pénale, c'est-à-dire celui d'un juge inquisiteur, homme puissant et enquêteur opiniâtre. La nouvelle figure du juge est plutôt celle d'un juge arbitre de l'instruction (II).

// Le juge civil, un juge d'instruction depuis toujours ?

Dans l'inconscient du juriste formé à la culture du code de procédure civile de 1975, la figure du juge civil prenant l'apparence d'un juge d'instruction remonte à cette période réformatrice durant laquelle la pensée de quelques processualistes avait placé le juge au cœur de la procédure de la mise en état des affaires civiles. En réalité, le renouveau apporté par le nouveau code de procédure civile n'est qu'apparent. En effet, dès le code de procédure civile de 1806, le juge civil détenait déjà d'importants pouvoirs d'instruction. Il pouvait ordonner des visites des lieux (juge de paix) et des descentes sur les lieux (tribunal). Il pouvait encore ordonner la communication des pièces, une vérification d'écriture, une enquête. Plus encore, il détenait le pouvoir de rechercher d'office la preuve des faits qui lui paraissaient « concluans »⁵.

Ces pouvoirs paraissent très proches de ceux détenus par le juge civil contemporain. C'est pourtant oublier la pratique de la procédure civile qui, héritée d'une tradition accusatoire, ignorait, voire déniait au juge, ce rôle d'instructeur. Charles Joseph César-Bru - qui fut un éminent processualiste du début du XXe siècle⁶ - décrit ainsi la procédure civile avant l'entrée en vigueur du décret-loi du 30 octobre 1935 :

« Le tribunal devait ne rien connaître de l'affaire jusqu'au jour où elle venait à

l'audience, soit sur un incident, soit sur le fond. Elle y venait quand il plaisait aux avoués de la faire venir ; car à la sortie du rôle et à l'appel des causes, les remises étaient fréquemment demandées, trop souvent accordées. A l'audience, la religion du tribunal était éclairée par les conclusions rapidement lues devant lui et par les plaidoiries des avocats ; aucune étude, aucune connaissance préalable de l'affaire ne lui permettait au cours des débats d'apprécier s'ils étaient bien aiguillés, si les faits et le point de droit étaient bien analysés, exposés et discutés ; il n'intervenait avec sa sagacité habituelle, mais avec plus de difficulté, qu'après la clôture des débats au moment de la discussion en Chambre du conseil »⁷.

L'auteur décrivait ainsi une pratique de la procédure civile très éloignée du code. Les faits et les preuves du litige étaient laissés à la disposition des parties. Le juge ne prenait connaissance du dossier qu'au moment des délibérations. Il ne participait pas à la recherche des preuves.

La suite de l'histoire procédurale est bien connue. Tout au long du XXe siècle, des tentatives vont s'enchaîner pour renverser cette tendance et introduire une dose d'inquisitoire dans le procès civil. Le décret-loi du 30 octobre 1935, qui crée le juge chargé de suivre la procédure, confie à ce magistrat le pouvoir d'ordonner de façon générale toutes mesures d'information. Ce juge est également compétent pour prendre les mesures relatives à la communication des pièces. Toutefois, un auteur précise que ce pouvoir ne s'exerce pas d'office, mais uniquement à la demande des parties⁸. Effectivement, l'article 82 CPC dispose à cette époque qu'« en tout état de cause, les avocats des parties entendus ou appelés, le juge chargé de suivre la procédure pourra,

⁵ CPC 1806, art. 254 « Le tribunal pourra aussi ordonner d'office la preuve des faits qui lui paraîtront concluans, si la loi ne le défend pas ».

⁶ Il fut Professeur à la Faculté d'Aix-Marseille, puis de Toulouse, dont il fut Doyen. Il fut l'auteur de plusieurs ouvrages de procédure civile, dont un *Traité des référés et des ordonnances sur requêtes* (Libr. Marchal et Billard, Paris, 1938), un *Traité de la procédure des voies*

d'exécution, (Paris, A. Rousseau, édité de 1899 à 1927) ; un *Précis de procédure civile contenant les matières exigées pour l'examen de licence* (édité de 1901 à 1923).

⁷ Ch. César-Bru, *La procédure du décret-loi du 30 oct. 1935*, Sirey, 1937, n°23.

⁸ M. Barbot, *Le juge chargé de suivre la procédure (décret-loi du 30 octobre 1935)*, Thèse pour le doctorat, Dir. H. Solus, Université de Paris, éd. Domat-Montchrestien, 1936.

sur la demande de l'une des parties, et sans préjudicier au principal, ordonner toutes mesures d'information ».

L'apport du décret-loi de 1935 est majeur, comme on le verra plus loin, car il institue de véritables audiences sur la preuve. En effet, le juge chargé de suivre la procédure statue sur les demandes de preuve après avoir appelé et entendu les avocats des parties. Le texte introduit ainsi des audiences d'instruction, qui précèdent les audiences de plaidoiries. La structure de l'instance est fondamentalement changée, et par voie de conséquence, le rôle du juge dans la constitution du dossier de preuves. Ce texte ouvrira la voie à l'expérimentation du « juge des mises en état » en 1965⁹. Puis, c'est finalement le décret du 9 septembre 1971 qui ouvre la recodification de la procédure civile en parachevant cette évolution vers un juge, toujours plus puissant, toujours plus à l'initiative de l'instruction de l'affaire¹⁰. Dans son célèbre article 10, le nouveau code de procédure civile dispose désormais que « *le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instructions légalement admissibles* » et l'article 11 ajoute que « *les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction, sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus* ». Le juge civil peut encore relever d'office les faits dans le débat (CPC art. 7). Enfin, il peut mener l'enquête en procédant à l'audition des témoins (CPC art. 204 et suiv.) et des parties (CPC art. 184 et suiv.). L'évolution des textes s'achève ainsi sur la figure d'un juge civil, maître de l'instruction, disposant de pouvoirs aussi généraux que le juge pénal¹¹.

Cette mutation semble avoir mis fin au modèle d'un juge spectateur d'une instruction conduite par les parties. Au fil des réformes de

la procédure civile, les textes ont acté une volonté de réduire le caractère accusatoire de la procédure et de faire du juge civil en acteur central dans la révélation des faits. Toutefois, les habitudes ont la vie dure, et le juge d'instruction imaginé par les rédacteurs du nouveau code de procédure civile ne correspond pas à la réalité vécue aujourd'hui dans les juridictions. A la suite de Charles Joseph César-Bru, on observe qu'un fossé persiste, entre, d'un côté, la volonté politique de confier au juge civil une mission aussi proche que celle du juge pénal et d'un autre côté, la pratique procédurale, dans laquelle les parties conservent un rôle prépondérant. En effet, aujourd'hui encore, ce sont les parties qui, supportant le fardeau de la preuve, prennent l'initiative de produire les pièces qui sont susceptibles de garantir le succès de leurs prétentions. Ces dernières ne s'adressent au juge que lorsqu'une difficulté surgit ; c'est-à-dire lorsqu'elles ne sont pas en mesure d'obtenir un élément de preuve par leurs propres moyens.

On peut illustrer ce propos en prenant l'exemple des témoignages. Le régime juridique du témoignage, dans l'ordonnance de 1667, puis dans le code de procédure civile de 1806, plaçait le juge au cœur de cette mesure d'instruction. En effet, le témoin devait être entendu par le juge. Par conséquent, les parties étaient tenues de soumettre au juge une demande pour que le témoignage soit « reçu à la preuve »¹². Le nouveau Code de procédure civile a libéré la forme du témoignage en admettant la recevabilité des attestations. Par la suite, les demandes d'enquêtes se sont avérées inutiles¹³ et les témoignages ont massivement été produits par les parties sous la forme d'attestations écrites. Cette évolution majeure

⁹ Décret n°65-872 du 13 octobre 1965, modifiant certaines dispositions du code de procédure civile et relatif à la mise en état des causes.

¹⁰ Décret n° 71-740 du 9 septembre 1971 instituant de nouvelles règles de procédure destinées à constituer partie d'un nouveau code de procédure civile.

¹¹ En effet, l'article 81 CPP autorise le juge d'instruction à procéder à « tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité ».

¹² E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, 2022, n°167, p. 178.

¹³ Leurs traces disparaissent dans la jurisprudence de la Cour de cassation après le nouveau Code de procédure civile.

a eu pour effet de réduire le rôle du juge dans la recherche des preuves.

Est-ce à dire pour autant que le juge civil n'exerce pas ou peu ses missions d'instruction ? La réponse à cette question mérite d'être nuancée, car les pouvoirs d'instruction du juge civil se sont développés là où probablement on ne les attendait pas. En effet, aujourd'hui, on constate que le juge civil « juge d'instruction » n'est pas celui qui avait été imaginé par les codificateurs tout au long du XXe siècle, c'est-à-dire un juge en quête de vérité, instruisant d'office jusqu'à ce qu'il obtienne des réponses aux questions de fait soulevées par le litige. Est apparue une figure plus inattendue de juge « arbitre de l'instruction » et plus généralement, arbitre des mesures probatoires. Ce juge ne conduit pas l'instruction, mais il tranche les litiges qui peuvent survenir à l'occasion de l'instruction de l'affaire conduite par les parties. Ce rôle d'arbitre se décline de deux façons différentes.

En application de l'article 145 CPC, le juge est un arbitre des demandes de preuves. Il est saisi par une partie qui se trouve dans l'incapacité d'obtenir par ses propres moyens la preuve qui serait susceptible de soutenir sa prétention. Le juge civil opère alors un double examen d'utilité et de licéité de cette demande.

Plus récemment, le juge civil s'est vu confier par la Cour de cassation un pouvoir plus vaste qui consiste à arbitrer les conflits nés d'une offre de preuve. Ce pouvoir s'exerce lorsqu'une preuve produite spontanément par une partie est susceptible de nuire aux droits de son adversaire, voire aux droits d'un tiers. S'élève alors un conflit entre, d'une part, le droit à la preuve de l'une des parties et, d'autre part, les intérêts antinomiques de son adversaire.

Cette évolution du rôle du juge civil provoque également un déplacement des questions soulevées par les plaideurs en droit de la preuve. Devant la Cour de cassation, la jurisprudence, autrefois dominée le contentieux relatif à la charge de la preuve, est désormais occupée par le contentieux de la licéité des preuves, qui sous-entend celui du droit à la preuve. En d'autres termes, la Cour de cassation statue sur des objections à la preuve soulevée par les parties, un peu comme dans le système de *common law*.

Toutefois, les équilibres de cette nouvelle matière juridique demeurent aujourd'hui incertains, comme le montre la question délicate du pouvoir du juge, face à une demande de preuve. En effet, la Cour de cassation affirme traditionnellement que les juges du fond ont un pouvoir souverain, voire discrétionnaire d'apprécier l'utilité de la mesure probatoire qui lui est demandée¹⁴, qu'il s'agisse d'une mesure d'instruction ou de production forcée d'une pièce. Cette position, réitérée avec constance, n'est pourtant pas compatible avec la consécration du droit à la preuve des parties. Ainsi, la Cour de cassation affirme régulièrement que « le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit **nécessaire** à l'exercice de ce droit »¹⁵. Elle en déduit que les juridictions du fond doivent rechercher si la demande formulée par une partie n'est pas « **indispensable** » à l'exercice de son droit à la preuve¹⁶.

En exigeant des juridictions du fond qu'elles motivent leurs décisions au regard du caractère « nécessaire » ou « indispensable » des éléments de preuve, la Cour de cassation écarte nécessairement le pouvoir discrétionnaire des juges. Plus encore, certains arrêts montrent que la Cour de cassation exerce un contrôle sur l'appréciation qui a été réalisée par les juridictions du fond¹⁷.

¹⁴ Pour une illustration récente de cette jurisprudence, Cass. civ. 2, 14 avril 2022, n° 20-22.578

¹⁵ Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203

¹⁶ Cass. com. 15 mai 2019, n° 18-10.491.

¹⁷ Par ex. Cass. soc. 30 sept. 2020, n° 19-12.058. La chambre sociale affirme ainsi qu'« en l'état de ces constatations, la cour d'appel a fait ressortir que cette production d'éléments portant atteinte à la vie privée de la

Ce contrôle exclut à son tour l'hypothèse d'un pouvoir souverain des juges du fond.

Il est difficile de dire tout à la fois que les parties disposent d'un droit à la preuve - qui se caractérise doublement comme le droit de produire une preuve que l'on détient et celui de demander une preuve que l'on ne détient pas - tout en continuant à octroyer au juge un pouvoir souverain ou discrétionnaire sur les demandes de production forcée ou d'instruction. Il est, en effet, contradictoire, d'imposer au juge du fond de s'expliquer sur le rapport de proportionnalité qui existe entre le droit à la preuve et l'intérêt antinomique à ce droit, tout en acceptant que le juge tranche cette question sans motivation, voire sans contrôle.

On pourrait justifier cette contradiction, en expliquant que le pouvoir discrétionnaire concerne l'appréciation par le juge de l'utilité de la preuve, alors que l'examen du caractère nécessaire ou indispensable concerne, quant à lui, la licéité de la preuve. Le juge disposerait ainsi d'un pouvoir discrétionnaire lorsqu'il se contente d'apprécier l'utilité de la preuve, c'est-à-dire son aptitude à aider à trancher le litige, mais ce pouvoir s'effacerait derrière le contrôle de la Cour de cassation, lorsque le juge devrait arbitrer la question de la licéité de la preuve, c'est-à-dire trancher un conflit entre le droit à la preuve et les intérêts antinomiques. Mais cette distinction ne convainc pas. En effet, la Cour de cassation ne peut, d'un côté, exercer un contrôle sur le caractère nécessaire ou indispensable d'une preuve, et d'un autre côté, juger que l'appréciation l'utilité de la preuve relève du pouvoir souverain ou discrétionnaire des juges du fond. Cette contradiction ne peut perdurer sans troubler la lisibilité de sa jurisprudence. Il y a, dans l'état actuel de la jurisprudence, une ambiguïté que la Cour de cassation devra lever. Le droit à la preuve découlant du droit au procès équitable, la solution ne peut se trouver, *a minima*, que dans la disparition du pouvoir discrétionnaire.

En définitive, le rôle du juge civil, en tant qu'arbitre de l'instruction, s'impose aujourd'hui à un double titre : à l'égard des demandes de preuve des parties, le juge doit examiner la demande, non seulement au regard du critère d'utilité de la preuve, mais également au regard du critère de licéité, c'est-à-dire de l'atteinte que la preuve est susceptible de porter aux principes du droit de la preuve (loyauté, vie privée, secrets juridiquement protégés). A l'égard des offres de preuve¹⁸, le juge n'opère aucun contrôle relatif à l'utilité de la preuve. Celle-ci se trouve dans le débat et c'est au stade de l'appréciation des preuves que son utilité doit être évaluée. En revanche, il est tenu de contrôler la licéité de cette preuve et il peut, dans l'exercice de ce contrôle, l'écarter des débats. En ce sens, le juge civil apparaît moins comme un juge d'instruction au sens pénal du terme, et davantage comme un juge arbitre de l'instruction. A première vue, le rapprochement entre les deux procédures ne s'opère pas, mais un examen plus minutieux permet de constater que l'évolution du rôle du juge en matière pénale conduit à identifier le juge arbitre de l'instruction comme une figure commune et désormais centrale de ces deux procédures.

II/ Le juge arbitre de l'instruction : une nouvelle figure

La comparaison entre le rôle joué par le juge civil dans la recherche des preuves de celui joué par le juge d'instruction est trompeuse, car elle ne tient pas compte des évolutions opérées au cours des deux derniers siècles en matière pénale. Si le juge d'instruction constitue une forme d'incarnation symbolique du juge inquisiteur, dans la réalité, la place de ce juge est aujourd'hui en net recul et la part du contentieux qui lui est dévolue est devenue quantitativement marginale. Des travaux récents ont permis de quantifier l'évolution du

salariée était indispensable à l'exercice du droit à la preuve ».

¹⁸ Une preuve produite spontanément par une partie.

volume de dossiers transmis au juge d'instruction dans l'activité globale des parquets¹⁹. Il ressort de cette analyse qu'en 1831, c'est-à-dire quelques années après l'apparition du juge d'instruction, la saisine de ce magistrat représentait 44% du volume total des affaires dont les parquets étaient saisis²⁰. En 2001, cette proportion avait chuté à 4% des affaires donnant lieu à une réponse pénale, puis à 3% en 2021²¹. Plus encore, si on établit une comparaison exacte entre les affaires enregistrées par les parquets²² et celles dévolues au juge d'instruction en 2021, la proportion est en réalité de 1.2%²³.

Le recul de la place du juge d'instruction dans la procédure pénale est dû au phénomène de déplacement progressif des investigations de l'instruction vers l'enquête. Pour comprendre cette évolution, il faut préciser que, dans le code d'instruction criminelle de 1808, le juge d'instruction était le magistrat enquêteur et le procureur ne disposait de pouvoir d'investigations que dans les hypothèses du flagrant délit²⁴. Cette répartition des rôles s'est rapidement avérée inefficace, et l'enquête officieuse a fait son apparition²⁵, s'immisçant entre l'enquête de flagrance et l'instruction. Cette forme particulière d'enquête, de nature non coercitive, fut consacrée bien plus tard par le Code de procédure pénale de 1958. Une nouvelle évolution s'est produite à partir du début des années 2000, tendant à transférer les pouvoirs d'investigation du juge d'instruction vers le procureur de la République et vers les

enquêteurs, sous le contrôle d'un nouveau juge : le juge des libertés et de la détention. Cette nouvelle juridiction occupe aujourd'hui le rôle du juge arbitre de l'instruction.

Le juge des libertés et de la détention a été créé par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000. A l'origine, sa compétence était réduite au contentieux de la détention provisoire durant l'instruction. Très rapidement, il s'est avéré que ce juge pouvait représenter un atout majeur dans la phase d'enquête, en exerçant un contrôle sur des mesures d'investigation intrusives ou contraignantes. Aujourd'hui, ce juge peut autoriser une perquisition sans l'assentiment de la personne chez laquelle la mesure a lieu²⁶, pouvoir qui était, jusqu'en 2004²⁷, réservé, soit au juge d'instruction, soit à l'enquête de flagrance. Il peut encore autoriser l'interception de correspondances émises par voie de communication électronique²⁸ ou les mesures probatoires appelées « techniques spéciales d'enquêtes (sonorisation, captation et fixation d'images. etc.)²⁹.

Progressivement, une grande partie de mesures d'instruction ont été transférées vers la phase d'enquête, sous le contrôle du juge des libertés et de la détention. L'argument invoqué pour justifier un tel transfert consiste généralement à constater que l'efficacité des investigations en enquête est limitée par l'impossibilité de procéder rapidement (parfois en urgence) à de telles mesures et par la lourdeur qu'entraînerait l'ouverture d'une

¹⁹ Données recomposées par Th. Scherer, *Le principe du contradictoire en phase d'enquête de police judiciaire*, Thèse Université de Caen Normandie, annexe 4, p. 591.

²⁰ Sur les 110 924 affaires traitées par les parquets, 48 833 dossiers étaient transmis au juge d'instruction.

²¹ Sur les 1 180 804 affaires donnant lieu à une réponse pénale, 39 568 étaient confiées à un juge d'instruction

²² Pour comprendre la différence entre les affaires enregistrées par les parquets en 2021 (2 866 285) et les affaires donnant lieu à une réponse pénale (1 254 568), il faut prendre en considération non seulement les affaires pour lesquelles aucun auteur n'est identifié (1 409 929) mais également les affaires non poursuivables (584 023) en raison d'une infraction mal caractérisée, d'un défaut d'élucidation, d'une absence d'infraction, d'une extinction de l'action publique, d'une irresponsabilité, d'une irrégularité procédurale ou d'une immunité. *Les chiffres*

Clés de la justice 2021, Ministère de la justice, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/chiffres_cles_2021_web.pdf

²³ En 2021, les parquets ont enregistré 2 866 285 affaires dont 35 689 ont été confiées au juge d'instruction.

²⁴ CIC art. 32 et suiv (à l'époque, il s'agissait, non pas du procureur de la République, mais du procureur Impérial).

²⁵ M. Blondet, « La légalité de l'enquête officieuse », *Semaine juridique*, 1955, I, n° 1233 ; « L'utilisation par les juridictions répressives des procès-verbaux de l'enquête officieuse », *Semaine juridique*, 1955, I, n° 1267.

²⁶ CPP art. 76.

²⁷ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, art. 14 II.

²⁸ CPP art. 706-95.

²⁹ CPP art. 706-95-11 et suiv.

instruction³⁰. Autrement dit, la nécessité de saisir un juge d'instruction pour accéder à certaines techniques probatoires alourdit la charge des enquêteurs. Le déplacement des pouvoirs du juge d'instruction vers le JLD suit ainsi un schéma répétitif. Un nouveau mode de preuve innomé apparaît (écoutes téléphoniques, sonorisation, géolocalisation, recueil des données de connexion). Les enquêteurs s'approprient rapidement cette technique probatoire, mais le caractère intrusif de la mesure impose qu'elle soit prévue par une loi³¹. Le législateur octroie alors au juge d'instruction le pouvoir d'ordonner cette mesure probatoire. Une fois que cette technique a révélé son efficacité, la chancellerie propose d'étendre son usage à l'enquête, afin d'éviter la saisine inutile, coûteuse et chronophage d'un juge d'instruction. Le législateur soumet alors la mise en œuvre de ce mode de preuve à l'autorisation du juge des libertés et de la détention.

Cette évolution a transformé le juge des libertés et de la détention en un acteur central de la constitution du dossier de preuves. Toutefois, ce juge n'est pas à proprement parler un juge d'instruction. Il ne dispose pas du pouvoir de rechercher les preuves, mais simplement d'autoriser des enquêteurs à faire ces recherches.

En apparence, la place prise par le juge des libertés et de la détention dans la procédure pénale semble se distinguer de celle jouée par le juge civil saisi sur le fondement de l'article 145 CPC. En effet le juge des libertés et de la détention est saisi par le procureur de la République, donc un acteur essentiel de l'enquête. De surcroît, ce juge est saisi alors que la procédure est déjà amorcée (l'enquête a débuté).

Toutefois, derrière ces apparences, se trouve une grande similarité entre juge des libertés et de la détention et juge civil de l'article 145 CPC. En effet, ces deux juges sont saisis avant l'exercice de l'action au fond par une future partie au procès. Dans les deux cas, la procédure n'est pas contradictoire à l'origine, mais elle peut le devenir une fois la mesure exécutée. Enfin, lorsqu'une contestation s'élève sur la régularité de la mesure, le litige porte alors sur la nécessité de la preuve et sur l'intensité de l'atteinte à un droit fondamental.

En définitive, le développement de l'usage de l'article 145 CPC et le déploiement du domaine d'intervention du juge des libertés et de la détention contribuent ensemble au rapprochement des procédures civiles et pénales.

Cette évolution est également le signe, d'une forme d'acculturation aux pratiques que l'on trouve dans les procédures anglo-américaines. Sur le plan civil, les mesures d'instruction *in futurum* permettent d'accéder à un très grand volume d'informations détenu par un futur adversaire. De plus, les preuves s'obtiennent avant le procès, comme c'est le cas dans la procédure américaine dite de *pretrial discovery*³². Sur le plan pénal, la place primordiale prise par l'enquête permet au procureur de la République de conserver une très grande maîtrise sur l'exercice de l'action publique et le choix de la réponse pénale. N'étant plus lié par une obligation de saisir le juge d'instruction dès qu'une difficulté probatoire se présente, le ministère public peut conduire la plupart des investigations jusqu'à l'ultime étape : le choix d'une réponse pénale adaptée. Comme les procureurs américains, les parquetiers français développent une stratégie de

³⁰ Cf. par ex. l'étude d'impact relative à la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, p. 20 : « l'impossibilité actuelle de recourir, pour un temps limité, aux techniques d'enquête que sont les sonorisations, la fixation d'images et la captation de données informatiques, soulève des difficultés lorsque leur mise en œuvre présente un caractère d'urgence, parfois difficilement compatible

avec l'ouverture d'une information judiciaire et, plus généralement, ne permet pas d'ouvrir l'information judiciaire dans des conditions pleinement satisfaisantes »

³¹ En vertu de l'article 8§2 de la Convention européenne des droits de l'homme, toute ingérence dans le droit au respect de la vie privée doit être prévue par la loi.

³² Cf. « Pretrial discovery », Cornell Law School, https://www.law.cornell.edu/wex/pretrial_discovery ; *Federal Rules of Civil Procedure*, rule 26

contractualisation avec la personne mise en cause, dans le but d'atteindre un taux de réponse pénale le plus élevé possible. En jouant sur le contenu du dossier pénal et sur la reconnaissance des faits, les parquets sont parvenus en 2022 à apporter une réponse pénale contractualisée³³ dans 53% des affaires poursuivables. Cette évolution a permis, la même année, d'atteindre un taux de réponse pénale de 89.1%³⁴, c'est-à-dire très proche de celui qui est atteint aux Etats-Unis.

En définitive, le rôle du juge civil en matière probatoire n'est pas celui qui a été conçu dans l'esprit des codificateurs, depuis 1806 jusqu'aux réformes de la procédure civile moderne de 1975. En particulier, le juge civil ne correspond pas à la figure de l'enquêteur opiniâtre incarnée par le juge d'instruction, qui est à l'initiative de la manifestation de la vérité et exerce ses pouvoirs d'office. En revanche, on observe l'émergence d'une nouvelle fonction du juge civil, lequel devient un arbitre de l'instruction. Cette évolution se manifeste à la fois dans le

développement du contentieux des mesures d'instruction *in futurum*, mais également dans l'apparition, depuis le début des années 2000, d'un nouveau contentieux lié à la conciliation du droit à la preuve avec le principe de licéité de la preuve. Ces transformations placent le juge dans une position que l'on peut rapprocher de celle occupée par le juge des libertés et de la détention en matière pénale. Ces deux procédures convergent vers un modèle dans lequel les parties sont à l'initiative de la recherche des preuves et le juge est sollicité pour les assister dans cette recherche, en ordonnant ou en autorisant le recours à des techniques probatoires qui peuvent porter atteinte aux droits des tiers. Ces transformations marquent également un rapprochement avec la procédure de *common law*, incarnée par la *discovery*, mais également par les objections à la preuve. C'est donc une nette évolution qui s'opère dans la recherche et la production des preuves en justice ; évolution qui illustre les mécanismes de rapprochements qui se produisent entre les systèmes juridiques.

³³ Un classement sous condition, une composition pénale ou une CRPC.

³⁴ *Les chiffres Clés de la justice 2022*, Ministère de la justice,
http://www.justice.gouv.fr/art_pix/CC2022_20230317.pdf