

## Anciens Examens des Ateliers

### La LEg devant les tribunaux genevois

- Il suffit d'établir la vraisemblance d'une discrimination pour renverser le fardeau de la preuve (art. 6 LEg, slide p. 7 du cours) et la comparaison avec un seul collègue suffit (TF 4A\_449/2008).

- Si la demanderesse arrive à prouver que M. Kline s'est écrié « toutes des salopes », celle-ci pourra obtenir son réengagement durant la procédure, car l'employeur n'arrivera pas à prouver le caractère justifié de sa décision (art. 10 al. 3 et 4 LEg). Elle pourra par ailleurs décider en cours de procédure de modifier ses conclusions et demander une indemnité plutôt que l'annulation de son congé.

- La demanderesse pourra gagner sur la question de l'inégalité salariale sans disposer de preuves strictes, pour autant qu'elle arrive à rendre vraisemblable que son salaire est inférieure d'au moins 15% de l'un de ses collègues, ayant un cahier des charges et une position comparable à la sienne. En effet, la simple vraisemblance suffit (art. 6 LEg) : la discrimination est rendue vraisemblable si la différence de 15% à 25% pour le même travail (ATF 144 II 65, c. 4.2.3) et la comparaison avec un seul collègue suffit.

- Les remarques sexistes et les commentaires grossiers ou embarrassants entrent dans la définition du harcèlement sexuel (art. 4 LEg) (ATF 126 III 395, c. 7).

Action concernant différence de classe salariale entre policiers et infirmières (Etat de Genève) :

- Avant d'entamer une action en matière d'égalité entre femmes et hommes, l'Association suisse des infirmiers et infirmières (ASI) a l'obligation de s'adresser à l'état de Genève pour qu'il prenne position quant à l'égalité de rémunération entre les infirmiers et les policiers de Genève (art. 7 al. 1 LEg *in fine*).

- Le syndicat n'a pas la qualité pour agir en paiement du salaire ; seule l'action en constatation de l'inégalité est possible (art. 7 al. 1 LEg).

- S'agissant d'une discrimination indirecte entre infirmiers (profession majoritairement féminine) et policiers (profession majoritairement masculine), tous les infirmiers hommes peuvent se prévaloir de l'inégalité entre femmes et hommes et réclamer le salaire dû selon l'art. 5 al. 1 let. d LEg. Les arriérés ne peuvent être demandés que pour 5 années en arrière (128 al. 3 CO) mais l'autorité compétente est la Cour de justice (Chambre administrative) (132 al. 3 LOJ/GE ; contrat de droit public en l'espèce) et pas le TPH.

- La demande en paiement du recourant sera transmise pour conciliation au Tribunal administratif de première instance, sauf s'il déclare expressément y renoncer (65B LPA).

### **Licenciement dans le cadre d'un cas de harcèlement sexuel**

- La procédure simplifiée s'applique aux litiges relevant de la LEg quelle que soit la valeur litigieuse (243 al. 2 let. a CPC).

- De simples messages peuvent être constitutifs de harcèlement sexuel (art. 4 LEg).

- La LEg consacre un renversement du fardeau de la preuve en ce sens que l'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable (art. 6 LEg).

- En procédure LEg, l'autorité de conciliation peut soumettre aux parties une proposition de jugement (art. 210 al. 1 let a CPC) quelle que soit la valeur litigieuse.

- La procédure de conciliation doit avoir lieu en procédure LEg, à moins que le demandeur décide d'y renoncer unilatéralement (199 al. 2 let. c CPC).

Harcèlement sexuel contre une employée de l'Office cantonal des transports :

- L'employée ne peut pas recourir à la Chambre administrative de la Cour de Justice contre l'Office cantonal des transports (OCT) et demander que l'OCT lui paie une indemnité pour harcèlement sexuel conformément à l'art. 5 al. 3 LEg. En effet, l'Office des transports n'a pas de personnalité juridique. C'est un office faisant partie du Département de l'infrastructure (DI) et il convient d'abord provoquer la décision du Conseil d'Etat puis assigner l'Etat-employeur.

- L'indemnité est calculée sur la base du salaire moyen suisse (art. 5 al. 3 LEg *in fine*) et non pas sur la base du salaire de la recourante.

- La prétention à l'indemnité en cas de harcèlement sexuel prévue à l'art. 5 al.3 LEg se dirige toujours vers l'employeur et ne dépend ni d'une faute de sa part, ni de l'existence d'un dommage matériel ou d'un tort moral éprouvé par la victime (ATF 8C\_74/2019 à titre d'exemple).

- La recourante peut adresser au Groupe de confiance une demande d'ouverture d'investigation mais la procédure durera quelques mois avant que l'autorité compétente ne prenne une décision et des mesures provisionnelles selon l'art. 21 LPA seraient à introduire (articles 20 à 30 RPPers).

### Spécificités des audiences en droit de la famille

- Lors de l'audience de comparution personnelle (procédure de MPUC), on peut s'opposer avec succès au dépôt d'une écriture responsive de la part de l'avocat de l'épouse. Art. 253 CPC : lorsque la requête (en procédure sommaire) ne paraît pas manifestement irrecevable ou infondée, le Tribunal donne à la partie l'occasion de se déterminer oralement ou par écrit (vu l'audience ici, ce sera probablement par écrit).

- Lors de l'audience de comparution personnelle, on peut s'opposer avec succès au partage de la prévoyance professionnelle. Cela est vrai car, au stade des MPUC, il n'est pas question du partage de la LPP (le partage se fait dans le cadre de la procédure de divorce).

- Lors de l'audience de comparution personnelle, on peut s'opposer avec succès à une instruction relative au partage des comptes bancaires de la famille. Cela est vrai car en MPUC, on ne liquide pas le régime matrimonial puisque les époux restent mariés : on peut cependant demander à un des époux des renseignements (art. 170 CC) et des mesures de sûreté (art. 178 CC).

- Lors de l'audience de comparution personnelle, on ne peut pas s'opposer à l'élaboration d'un rapport du Service d'évaluation et d'accompagnement à la séparation parentale (SEASP), bien que les deux époux ne soient pas d'accord au sujet de la garde des enfants. En effet, si les parents s'opposent au sujet de la garde ou du droit de visite sur les enfants, le juge sollicitera du SEASP un rapport à ce sujet.

#### **Concernant les mesures superprovisionnelles avant MPUC :**

- Il y a toujours une avance de frais de CHF 150.- à CHF 10'000.-, art. 26 du règlement fixant le tarif des frais en matière civile (RTFMC/GE).

- Le juge des mesures superprovisionnelles ne statuera que sur les sujets urgents et documentés, ne pouvant pas attendre l'audition des parties (art. 265 al. 2 CPC).

- Pour que des mesures superprovisionnelles soient octroyées, il faut une urgence particulière et documentée par pièces (265, 261 CPC).

- Il n'y a ni recours, ni appel contre une décision sur mesures superprovisionnelles.

- Le Code civil contient de nombreuses particularités pour l'attribution de la garde des enfants (133, 298 CC, p. ex).

- Dans un ménage fortuné, il est possible de prendre en considération des dépenses de luxe pour fixer la contribution d'entretien.

- Suivant la fonction et la composition de la fortune des époux, on peut attendre du débiteur d'aliments et du créancier qu'il en entame la substance.

- La procédure sommaire s'applique aux mesures protectrices de l'union conjugale (MPUC) : art. 248 let. d CPC.

- Les obligations d'entretien trouvent leur limite dans la capacité contributive du débiteur, en ce sens que le minimum vital de celui-ci doit être préservé (ATF 144 III 502, consid. 6.4; 140 III 337, consid. 4.3; 137 III 59, consid. 4.2.1).

- L'entretien d'un enfant est assuré par les soins, l'éducation et des prestations pécuniaires, ces trois éléments étant considérés comme équivalents par le juge (Art. 276 CC, TF, arrêts

5A\_450/2020 du 4 janvier 2021, consid. 5.3; 5A\_311/2019 du 11 novembre 2020, consid. 5.5, destiné à la publication).

- Le Juge civil peut nommer un curateur qui assiste les parents de ses conseils et de son appui dans la prise en charge des enfants (art. 308 al. 1 CC).

- La maxime inquisitoire ne dispense aucunement les parties de collaborer activement à l'administration de la preuve et d'étayer leurs propres thèses ((ATF 140 III 485, consid. 3.3; TF, arrêt 5A\_855/2017 du 11 avril 2018, consid. 4.3.2).

#### **Éléments d'extranéité (MPUC) :**

- Le Tribunal saisi en premier lieu conserve la saisine et tranche le litige qui a la même cause, le même objet et les mêmes parties (art. 27 al. 1 CLug et 9 al. 1 LDIP).

- Lorsque les époux ne sont pas domiciliés dans le même Etat, les effets du mariage sont régis par le droit de l'Etat du domicile avec lequel la cause présente le lien le plus étroit.

- La procédure sommaire s'applique aux mesures protectrices de l'union conjugale (271 CPC).

#### **Rédaction d'actes judiciaires en matière administrative**

##### **Conclusions prises par un avocat diligent :**

- La conclusion ne peut pas être constatatoire si une conclusion en annulation peut être prise et l'on ne devrait en outre pas se référer à la motivation du grief dans la conclusion.

- Il faut inclure une conclusion qui condamne la partie (l'Etat de Genève par exemple) à payer les frais de la procédure.

- Il faut inclure une conclusion visant à accorder une indemnité de procédure au recourant à charge de la l'Etat de Genève.

- Il faut inclure une conclusion visant le déboutement de tout opposant de toutes autres ou contraires conclusions.

- Admettre le recours n'est pas très utile mais pas inexact (l'affirmation serait donc vraie) ; idem pour la désignation moins précise la décision et sans l'indication que l'audition est celle du témoin.

##### **Jugement du TAPI et conclusions**

- Il faut inclure la conclusion en annulation du jugement du TAPI.

- Il faut inclure la conclusion réformatoire en annulation du jugement du jugement du TAPI.

- Il faut inclure la conclusion réformatrice en annulation de l'autorisation de construire initiales.

- Il faut s'assurer que la conclusion en renvoi mentionne la bonne autorité.

- La conclusion « dans le sens des considérants » est absurde.

- **Exemple de conclusions prises par un avocat diligent :**

1<sup>er</sup> exemple :

*Préalablement, effectuer un transport sur place au 15, quai des Vernets et entendre la directrice de l'Office cantonal de l'agriculture et de la nature.*

*– Principalement, annuler le jugement du Tribunal administratif de première instance JTAPI/6587/2022 du 15 juin 2022.*

*– Cela fait, annuler l'autorisation de construire DD 205'392 accordée à M. CONSTRUCTEUR par l'Office des autorisations de construire.*

*– Laisser les frais à charge de l'Etat de Genève. – Condamner l'Etat de Genève à verser une indemnité de procédure à Madame FLEUR.*

*– Débouter l'Etat de Genève et tout tiers de toutes autres ou contraires conclusions.*

2<sup>ème</sup> exemple :

*- Sur mesures superprovisionnelles, interdire au Service de la consommation et des affaires vétérinaires de procéder à l'euthanasie du chien Charlie pendant la durée de la procédure.*

*– Sur restitution de l'effet suspensif, interdire au Service de la consommation et des affaires vétérinaires de procéder à l'euthanasie du chien Charlie pendant la durée de la procédure.*

*– Au fond, annuler la décision du Service de la consommation et des affaires vétérinaires du 15 septembre 2022.*

*– Restituer à Mme Annie MARTIN les chiens Lucky, Maya, Nala, Charlie, Oscar, Luna et Nina.*

*– Laisser les frais à charge de l'Etat de Genève.*

*– Condamner l'Etat de Genève à verser une indemnité de procédure à Annie MARTIN.*

*– Débouter l'Etat de Genève et tout tiers de toutes autres ou contraires conclusions.*

**Selon l'art. 65 al. 1 LPA, « l'acte de recours contient, sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant » :**

- Dans sa réplique, le recourant peut demander l'audition des parties : l'art. 65 al. 1 LPA ne vaut que pour les conclusions au fond.

- Le recourant n'a pas besoin de prendre une conclusion sur la recevabilité de son recours : en effet, si l'autorité examine d'office la recevabilité du recours, le recourant n'a pas besoin de prendre de conclusion à ce sujet

- Le recourant qui dépose son écriture le 5<sup>ème</sup> jour du délai peut modifier ou compléter ses conclusions le 6<sup>ème</sup> jour du délai : en effet, on peut modifier les conclusions dans le délai de recours

- En procédure administrative, il n'y a pas de validation de mesures provisionnelles par une action ultérieure.

**Effet suspensif automatique (66 LPA)**

- L'effet suspensif ne vaut pas pour toutes les conclusions au sens de l'art. 4 al. 1 LPA : en effet, la décision négative au sens de l'art. 4 al. 1 let. c LPA ne peut pas avoir d'effet suspensif.

- En droit genevois, des règles sur l'effet suspensif peuvent se trouver dans d'autres loi que la LPA : par exemple, en matière de marchés publics, le recours n'a pas d'effet suspensif automatique, selon l'art. 17 al. 1 AIMP

- L'effet suspensif étant une règle générale, il n'est – dans un cas ordinaire – pas nécessaire de prendre une telle conclusion.

- Le but de l'effet suspensif est justement de préserver la situation donnée. La conclusion sur effet suspensif est donc justement distincte de celle sur le fond.

**Audition de témoins en procédure administrative :**

- L'art. 28 al. 1 let. a et b LPA désigne les autorités administratives qui peuvent entendre des témoins et non pas les personnes les qui peuvent être appelées à témoigner.

- Les seules limites à la possibilité d'entendre une personne comme témoin résultent soit du fait qu'elle est dans un lien étroit avec l'une des parties (art. 31 LPA), soit du fait qu'elle est astreinte à un secret (art. 32 LPA). L'appartenance à une autre entité publique que l'autorité partie à la procédure n'est pas un critère prévu par la loi pour exclure le témoignage.

- Si la Chambre administrative de la Cour de justice convoque la personne proposée par le recourant pour l'entendre comme témoin, il est tout à fait possible que cette juridiction s'entienne à d'autres questions que celles que le recourant aura préparées et ne le laisse pas poser les siennes. En effet, les autorités établissent les faits d'office (art. 19 LPA) et le juge peut procéder à une appréciation anticipée des preuves (ATF 138 III 374 consid. 4.3.2 ; 131 I 153 consid. 3) en considérant au terme de son interrogatoire qu'il dispose de tous les renseignements utiles pour trancher le litige.

- Le droit à une audience publique en procédure administrative genevoise, en dérogation à la procédure écrite (art. 18 LPA), résulte soit d'une disposition légale expresse (art. 41 LPA), soit de l'art. 6 CEDH lorsque le contentieux de droit public s'apparente au droit civil ou au droit pénal (ATF 147 I 57 c. 5.2). En revanche, la question de savoir si le litige met en jeu des libertés fondamentales ne constitue pas un critère en regard du droit à une audience publique.

#### **Transport sur place :**

- Le fait que la procédure administrative soit en principe écrite (art. 18 LPA) signifie que, sous réserve d'une base légale expresse (art. 41 LPA) et des situations couvertes par l'art. 6 CEDH, le justiciable (ou l'administré) n'a pas un droit à être entendu personnellement (ATF 140 I 68 consid. 9.6 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_1003/2017 du 21 juin 2018 consid. 3 et les arrêts cités). Nonobstant des conclusions expresses d'une partie en vue d'un transport sur place, le TAPI reste ainsi libre d'effectuer cette mesure d'instruction si elle lui paraît plus indiquée pour comprendre ou apprécier le dossier qu'une instruction purement écrite. Par ailleurs, des conclusions prises en vue d'un transport sur place (ou d'un autre type d'audience) ne suffisent pas en elles-mêmes, il faut également que cette demande soit dûment motivée (arrêts du Tribunal fédéral 1C\_160/2017 du 3 octobre 2017 c. 4 ; 1C\_122/2016 du 7 septembre 2016 ; 2C\_265/2016 du 23 mai 2016 c. 5.2).

- Lors du transport sur place, les constatations faites par le tribunal pourraient l'amener à interroger sur le moment le recourant ou ses parties adverses sur des aspects connexes du dossier. En effet, à teneur de la LPA et en pratique, rien ne s'oppose à un "glissement" entre différents types d'audiences lors d'une seule et même audience (arrêt du TF 1C\_716/2013 consid. 5.4)], mais il est également possible de demander à pouvoir compléter les réponses données à l'occasion du transport sur place par des écritures ultérieures.

- Il faut informer le recourant du fait que lors du transport sur place, le tribunal est libre de procéder aux constatations qui lui semblent pertinentes et que cela signifie potentiellement qu'il examinera des espaces que le auxquels le recourant n'avait pas pensé, entraînant à sa suite toutes les personnes qui participent à l'audience. En effet, le tribunal constate les faits d'office (art. 19 LPA) et comme le transport sur place est juridiquement une audience comme une autre (art. 20 al. 2 let. d LPA), cela signifie qu'elle réunit et conserve l'ensemble des participants au gré des déplacements du tribunal.

- Comme toute autre audience, le transport sur place permet aux parties de participer à l'administration des preuves (art. 42 al. 1 LPA) et de poser des questions ou, dans le cas du transport sur place, de demander au tribunal qu'il constate tel ou tel fait, le refus du tribunal devant être porté au procès-verbal (art. 42 al. 3 LPA).

#### **Négociation et médiation**

##### **Rôle de l'avocat dans le cadre d'une médiation :**

- Le médiateur n'est pas obligatoirement présent pendant la médiation. Il faut s'assurer au préalable de l'accord de l'autre partie et du médiateur en fonction des circonstances, sur la présence possible de l'avocat si l'autre partie n'est pas assistée elle-même.

- La médiation n'exclut pas de fait, l'avocat qui, pour autant que l'équité du processus soit respecté, peut être une aide utile dans la voie non contentieuse.

- Il n'y a pas, à proprement parler, un « droit d'être assisté et représenté par un avocat », dès lors que celui-ci peut se heurter à l'équité du processus et son caractère volontaire si l'autre partie s'y oppose ou n'est pas elle-même assistée par un tiers.

- L'avocat doit discuter avec son client au sujet de son éventuelle participation à la médiation ; le cas échéant l'avocat vérifiera avec l'autre partie et le médiateur leur accord à la présence de l'avocat ; en cas d'accord, le rôle de l'avocat consistera essentiellement à assister son client dans l'expression de ses besoins après avoir examiné ceci au préalable et imaginé ceux de l'autre partie

- Le fait d'être représenté par un avocat à chaque séance de médiation n'est pas indispensable. Parfois, cela peut même faire obstacle au bon déroulement du processus de médiation. C'est au médiateur de décider si les avocats sont présents aux séances et de leur fixer le cadre. Le devoir de l'avocat(e) est d'examiner et conseiller son client concernant les éventuelles propositions d'accord et la formalisation de celui-ci.

- L'avocat ne peut pas spontanément prendre contact avec le médiateur pour exposer les exigences de son client et s'assurer que le futur accord y répondra à 100%. Pour parvenir à un accord en médiation, il faut tenir compte des intérêts et besoins de toutes les parties au conflit. Une telle démarche de l'avocat serait contraire à l'esprit de la médiation. Il doit en outre se conformer au cadre qui sera fixé par le médiateur, et non pas se mettre spontanément en contact avec celui-ci pour orienter le processus aux seuls avantages de son client.

- Dans le cadre d'une médiation au sujet d'un divorce, l'avocat doit conseiller son client concernant d'éventuelles propositions d'accord, et, en règle générale, il rédige la requête commune en divorce – en tout cas il doit l'examiner.

- Dans le cadre d'une médiation au sujet d'un divorce, l'avocat reste à disposition de son client pour examiner avec lui toutes les propositions d'accord. L'avocat conseille au mieux de ses intérêts. Si un accord intervient en médiation, l'avocat se coordonne avec l'avocat(e) de la partie adverse pour rédiger la requête commune en divorce.

##### **Processus de médiation selon Thomas Fiutak :**

- Thomas Fiutak définit la médiation en quatre étapes en partant du bas à gauche : la première : la phase du QUOI (c'est quoi la médiation, c'est quoi le problème) ; ensuite la phase du EN QUOI (en quoi c'est un problème, recherche des besoins) ; puis la phase du COMMENT (comment résoudre ensemble les problèmes, étape du remue-ménage/options) ; enfin la phase du COMMENT FINALEMENT (recherche et conclusion de l'accord)

- Thomas Fiutak prévoit dans sa roue une étape intermédiaire entre la phase du EN QUOI et celle du COMMENT, soit celle dite de la « catharsis » dont le but est de créer l'intercompréhension et la multi-perspectivité entre les participants à la médiation pour mieux aborder la phase des options

- Thomas Fiutak, s'étant inspiré de la négociation raisonnée a modélisé, a voulu montrer par cette roue qu'on a tendance à partir du problème pour aller directement à la solution en sautant ainsi les étapes intermédiaires nécessaires permettant de mieux arriver à celle-là.

#### **Le conflit dynamique et escalade selon Friedrich Glazl :**

- Friederich Glazl a défini l'escalade du conflit qui comprend neuf niveaux avec des degrés d'intensité différents dans son but est de démontrer la détérioration des relations au fil et à mesure que ces niveaux sont franchis.

#### **Procédure civile matrimoniale en instance cantonale et fédérale**

##### **Décision de la Cour d'appel octroyant l'effet suspensif pour la durée de la procédure d'appel :**

- Dans le cadre d'un jugement de MPUC, le Tribunal peut notamment attribuer la garde des enfants à l'un des parents, réservé à l'un des parents un droit de visite sur les enfants et attribué à l'un des parents la jouissance du domicile conjugal.

- Si le recours au Tribunal fédéral ne porte pas sur le prononcé des mesures protectrices de l'union conjugale, mais sur le refus de l'effet suspensif, il ne s'agit pas d'une décision finale au sens de 90 LTF dans la mesure où celle-ci ne met pas fin à la procédure.

- Il ne s'agit pas non plus d'une décision incidente (art. 93 LTF) partiellement propre à entraîner un préjudice irréparable (let. a) la garde est en effet arrêtée pour la durée de la procédure, de sorte même si le recourant obtient gain de cause, aucune réparation ne serait possible, mais pas pour ce qui concerne le volet de l'attribution de la jouissance du domicile du conjugal. En effet, l'attribution de la garde de fait et la fixation du droit aux relations personnelles des enfants ont une incidence sur l'attribution du logement conjugal de sorte qu'il faut admettre que dans une telle configuration, l'attribution du logement est susceptible de causer un préjudice irréparable, les questions étant liées.

- Il s'agit d'une décision incidente (art. 93 LTF) propre à entraîner un préjudice irréparable puisque la garde est en effet arrêtée pour la durée de la procédure, même si le recourant obtient finalement gain de cause au fond, aucune réparation ne sera possible pour la période écoulée. L'attribution de la garde dépendant du logement convenable du parent, il faut admettre que l'attribution du logement conjugal cause un tel préjudice. En effet, il n'y a certes pas de recevabilité du recours de l'art. 93 LTF par attraction (contrairement à ce qui vaut pour la nature patrimoniale ou non), mais il faut savoir que la question de l'attribution du logement est dépendante de celle de la garde.

- L'art. 91 al. 1 let. a LTF (décision finale partielle) s'applique à des conclusions indépendantes, non à une question incidente, tel que l'effet suspensif.

#### **Jugement sur MPUC (garde, contribution d'entretien)**

- Si l'enfant de 16 ans demande à être entendu par l'instance d'appel, faute de l'avoir été en première instance, celle-ci doit déférer à sa requête.

- S'il ne le demande pas en appel, le recourant ne pourra pas réclamer la garde de son fils (qu'il ne réclamait pas jusque-là) devant le Tribunal fédéral.

**Nature de l'ordonnance rendue (dans le contexte d'une procédure en fixation des relations entre l'enfant et ses parents) par le Président de l'Autorité de recours en matière de protection l'enfant et de l'adulte du Tribunal cantonal transmettant une expertise pédopsychiatrique au mandataire tout en lui interdisant d'en remettre une copie à son client, lequel peut tout au plus recevoir un compte rendu des éléments pertinents pour sa défense :**

- Il s'agit d'une décision incidente au sens de l'art. 93 LTF, dès lors qu'elle ne constitue qu'une étape vers une décision finale (5A\_308/2021 du 3 mai 2021).

#### **Jugement du TAPI statuant sur MPUC :**

- Le véhicule familial est compris dans le « mobilier qui le garnit » (art. 176 al. 1 ch. 2 CC).

- Le jugement sur MPUC n'a pas pour vocation à trancher les questions de propriété sur les objets meublant le domicile familial (art. 176 CC).

#### **Interdiction de postuler signifiée à un mandataire :**

- Seule une partie peut faire l'objet d'une décision partielle (qui met fin au litige pour une partie des consorts) au sens de l'art. 91 let. b LTF.

- La décision d'interdiction de postuler signifiée à un mandataire dans la procédure est prise en cours de procédure et règle un problème sur le déroulement de la procédure, de sorte qu'elle doit être qualifiée d'incidente au sens de l'art. 93 al. 1 LTF.

#### **Rédaction d'actes juridiques en droit des sociétés**

- Une décision de l'assemblée générale de ne pas verser de dividende ne constitue pas en soi une violation des droits de l'actionnaire. En effet, un actionnaire n'a droit au dividende que l'assemblée générale en a décidé ainsi : art. 698 al. 4 ch. 4 CO. En outre, le délai pour attaquer la décision est dépassé : art. 706a al. 1 CO.

- Le contrôle spécial vise à élucider des faits déterminés, contrairement au contrôle de la gestion ; art. 697a et 731a al. 3 CO. En outre, le contrôleur spécial est nommé par le juge : art. 697a al. 2 CO.

- Concernant les conditions pour demander la convocation d'une assemblée générale. Conformément à l'art. 699 al. 3 CO, M. Pénible devrait disposer de 100 actions (un ou plusieurs actionnaires détenant au moins 10% du capital-actions peuvent requérir la convocation de l'AG). A ne pas confondre avec l'article 700 al. 3 Co (aucune décision ne peut être prise sur des objets qui n'ont pas été dûment portés à l'ordre du jour à l'exception des propositions déposées par un actionnaire dans le but de convoquer une assemblée générale extraordinaire, d'instituer un contrôle spécial ou d'élire un organe de révision). C.f. ATF 138 III 246 c. 4.3.

- Un actionnaire qui détient plus de 10% du capital-actions peut requérir la convocation d'une assemblée générale. Des actionnaires qui représentent des actions totalisant une valeur nominale de 1 million de francs peuvent requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour (art. 699 al. 3 CO).

- L'art. 713 al. 1 CP donne seulement une voix prépondérante au président, ce qui permet de départager les situations 50/50.

- L'art. 731b CP permet tout au plus de s'adresser au juge.

#### **Augmentation du capital-actions d'une SA :**

- Le conseil d'administration n'est PAS compétent (716a al. 1 CO a contrario) pour décider d'augmenter le capital-actions de la société. En effet, l'assemblée générale (698 ss CO) est compétente pour augmenter le capital-actions (650 al. 1 CO ; 704 al. 1 ch. 4 CO).

- La décision d'augmenter le capital-actions doit faire l'objet d'un acte authentique instrumenté par un notaire. En effet, l'art. 647 CO prévoit cette exigence pour les décisions de l'assemblée générale et du conseil d'administration qui visent le changement des statuts.

- Un réviseur agréé doit vérifier le rapport d'augmentation préparé le conseil d'administration et attester qu'il est complet et exact (652e CO et 652f CO).

- Le conseil d'administration doit rendre compte dans un rapport d'augmentation de la nature et l'état des apports en nature, ainsi que du bien-fondé de leur évaluation (652e ch. 1 CO).

Inscription d'un directeur adjoint au registre du commerce alors qu'aucun directeur y est inscrit

- L'office du registre du commerce du canton de Genève n'aurait pas dû refuser d'inscrire cette personne comme directeur-adjoint car une telle inscription n'est pas manifestement et indiscutablement contraire à une disposition impérative de la loi édictée dans l'intérêt public ou en vue de la protection de tiers (ATF 121 III 368).

- Les inscriptions au registre du commerce doivent être conformes à la vérité et ne rien contenir qui soit de nature à induire en erreur ou contraire à un intérêt public (art. 929 al. 1 CO).

- Les autorités du registre du commerce vérifient que les conditions légales requises pour une inscription sont remplies, notamment que la réquisition et les pièces justificatives ne dérogent pas à des dispositions impératives et que leur contenu est conforme aux exigences légales (art. 937 CO).

- Les décisions des offices du registre du commerce peuvent faire l'objet d'un recours dans les 30 jours qui suivent leur notification (942 al. 1 CO). Chaque canton désigne un tribunal supérieur comme unique instance de recours (942 al. 2 CO). A Genève, la Chambre de surveillance de la Cour civile de justice, qui statue donc comme instance cantonale unique, est compétente (art. 126 al. 1 let. d LOJ/GE).

#### **Documents utiles lorsqu'un avocat conseille en matière de droit de la société anonyme :**

- Une convention d'actionnaires est sans effet sur la validité des décisions sociales.

- L'extrait du registre du commerce de la société peut être obtenu gratuitement sur le site [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch) quel que soit le canton dans lequel la société a son siège (art. 928b II CO et 14 ORC).

- Les sociétés ne doivent pas déposer leurs comptes au RC.

- Les statuts de la société ne permettent pas de déterminer qui sont les administrateurs et les actionnaires de la société (art. 626 ss CO).

#### **Vote du conseil d'administration :**

- Le président du conseil d'administration a voix prépondérante, sauf disposition contraire des statuts (712 CO).

- Le conseil d'administration ne peut pas nommer lui-même des membres : l'assemblée générale a le droit intransmissible de nommer les membres du conseil d'administration et de l'organe de révision (698 al. 2 ch. 2 CO).

- Il est important que le conseil d'administration prenne les décisions qui s'imposent en cas de difficulté financière, par exemple aviser le tribunal en cas de surendettement, faute de quoi les membres du conseil d'administration risquent d'engager leur responsabilité personnelle (art. 717 al. 1 CO et art. 725 al. 2 CO).

#### **Annnonce de son départ par le directeur d'une société au conseil d'administration :**

- Le remplacement du directeur peut avoir un impact sur la représentation de la société : en effet, le conseil d'administration (qui représente la société à l'égard des tiers au sens de l'art.

718 al. 1 CO) peut déléguer le pouvoir de représentation à un ou plusieurs de ses membres (délégués) ou à des tiers (directeurs).

- Le conseil d'administration (et non pas l'assemblée générale) est compétent pour nommer et révoquer les personnes chargées de la gestion et de la représentation (art. 716a al. 1 ch. 4 CO)

- Les statuts peuvent obtenir directement sur le site du RC GE : cependant, ces derniers ne contiennent pas d'indications sur les organes de la société.

- Une violation de la convention d'actionnaires (qui n'est pas obligatoire) ne permet pas d'agir en annulation de la décision du conseil d'administration de nommer le directeur, laquelle ne peut pas faire l'objet d'une action en annulation.

#### **Organe de révision :**

- L'assemblée générale est seule compétente pour nommer l'organe de révision (698 al. 2 CO).

- Tout actionnaire peut proposer lors de l'assemblée qu'un organe de révision soit nommé (700 al. 3 CO).

- Si l'assemblée générale refuse de nommer un organe de révision, tout actionnaire peut requérir du tribunal qu'il nomme un organe de révision (731b al. 1 ch. 1 CO).

- Le registre du commerce peut requérir du tribunal qu'il nomme un organe de révision. Il doit toutefois au préalable sommer la société et lui impartir un délai pour nommer un organe de révision (939 et 731b al. 1 ch. 1 CO).

#### **Procédure pénale au plan cantonal**

Opposition à l'ordonnance pénale (défaut à l'audience de conciliation ; restitution)

- La direction de la procédure reste au MP (art. 355 CPP) qui reste maître de la suite de la procédure.

- L'ordonnance de classement est une décision du Ministère public soumise à recours au sens de l'art. 393 al. 1 let. a CPP (322 al. 2 CPP).

- L'art. 205 al. 2 CPP prévoit qu'il faut informer l'autorité « sans délai ». L'art. 94 CPP s'applique à la restitution de délais. En outre, l'ordonnance pénale pourrait entrer en force si la personne concernée ne fait rien. Il est prudent de faire recours contre

l'ordonnance de classement pour le cas où le Ministère public n'admet pas l'absence excusée dans les 10 jours.

- L'art. 205 al. 2 CPP prévoit qu'il faut s'adresser à l'autorité qui a délivré le mandat de comparution à l'audience de conciliation ; i.e. le Ministère public. Avant l'expiration du délai de recours, l'ordonnance de classement n'est pas soumise à révision, dès lors qu'elle n'est pas en force.

Appel :

- Sous réserve d'un appel joint, l'interdiction de la reformatio in peius implique que le jugement sur appel ne peut pas être davantage préjudiciable pour le condamné que la décision de première instance.

- La juridiction d'appel a (sauf en matière contraventionnelle) un plein pouvoir de cognition (vrais et faux nova) ; pas de forclusion à la production des moyens de preuve, même s'ils auraient pu l'être devant les premiers juges (art. 398 al. 3 let. b CPP).

- Le choix du type de peine implique, en application du principe de proportionnalité, un examen de l'adéquation des deux types de peines envisagées, notamment de leur caractère dissuasif, voire de l'exécutabilité d'une peine pécuniaire. Cela requiert donc un examen d'éléments de fait et la Cour d'appel ne saurait procéder par la voie écrite sans l'accord des parties au sens de l'article 406 al. 2 CPP

- Il est possible que la juridiction d'appel refuse d'entendre tel ou tel témoin au motif que les éléments sur lesquels doivent porter leur déposition résultent suffisamment du dossier. La juridiction d'appel peut par appréciation anticipée des preuves retenir que celles proposées ne sont pas nécessaires.

#### **Rédaction d'actes judiciaires en matière civile**

##### **MPUC**

- Les conclusions relatives à un objet acquis ensemble par les époux (ex. un tableau de maître) par les époux relèvent de la liquidation du régime matrimonial (art. 120 et 181 ss CC). De telles conclusions n'entrent pas dans le catalogue légal des conclusions prévues par le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale (art. 172 et 176 CC) et ne peuvent pas être prises à ce stade. Le juge est limité par les mesures prévues par la loi et ne peut pas en ordonner d'autres. Ces conclusions peuvent être prises dans le cadre d'un divorce (F. CHAIX, Commentaire romand, Code civil I, paragraphe 11, 172 CC, p. 1222).

- En vertu de l'art. 84 CO, la partie qui fait valoir en Suisse une prétention due en monnaie étrangère a l'obligation de prendre des conclusions en paiement dans cette monnaie. Si elle requiert à tort une condamnation en francs suisses, sa demande doit être rejetée, ne serait-ce que parce que le débiteur ne peut être condamné à une autre prestation que celle qu'il doit (Arrêt de Chambre civile de la Cour de justice, ACJCC 1612/2012, du 09.11.2012).

- Le créancier ne peut se baser sur l'article 84 al. 2 CO pour réclamer la contrevaletur de sa prétention dans une autre monnaie que celle effectivement due ; cette disposition permet uniquement aux débiteurs de se libérer alternativement en payant dans la monnaie du contrat ou dans la monnaie du pays.

- L'indication de la valeur litigieuse estimée en francs suisses requise par les articles 221 al. 1 let. C et 244 al. 1 let. d CPP ne poursuit que des buts de droit de procédure et n'influence pas la monnaie des conclusions de la demande en paiement.

Accord entre les parties au terme d'un procès portant sur des plaidoiries finales orales puis revirement toujours avec l'accord de l'autre partie en faveur de plaidoiries finale écrites

- Art. 232 al. 2 CPC : les plaidoiries finales ont en principe lieu par oral. Les parties peuvent toutefois renoncer d'un commun accord aux plaidoiries orales et requérir le dépôt de plaidoiries écrites.

- Le Tribunal est contraint d'annuler l'audience orale prévue mais peut choisir de maintenir le délai fixé pour l'audience pour le dépôt des plaidoiries finales écrites.

#### **Conclusions à prendre en matière de frais et de dépens :**

- Cette conclusion est déterminante ; les frais judiciaires sont fixés et répartis d'office ; en revanche, pas les dépens ; si vous obtenez gain de cause, vous obtiendrez un défraiement pour les frais judiciaires, mais pas l'allocation des dépens (c.f. 105 CPC).

- Faute d'une conclusion correspondante, l'octroi de dépens viole de surcroît l'art. 105 CPC (ATF 139 III 334, consid. 4.3). En effet, Les dépens ne sont pas alloués d'office, mais seulement sur requête. Au contraire de l'al. 1 relatif aux frais judiciaires, l'al. 2 de l'art. 105 ne prescrit pas que les dépens soient fixés d'office.

#### **L'appel et le recours selon le CPC**

##### **Appel**

- Saisie d'un appel, la Cour de justice ne demande toujours pas une avance de frais. En effet, il y a des domaines où la procédure est gratuite, en matière de baux et loyers, en droit du travail pour une VL inférieure à 50'000.- ; voir aussi 114 CPC pour la gratuité et les art. 117 ss CPC pour l'assistance judiciaire gratuite

- Saisie d'un appel, la Cour de justice peut ordonner l'audition de témoins (316 al. 3 CPC ; même si c'est rare en pratique).

- Saisie de l'appel, la Cour de justice ne fixe pas toujours un délai pour répondre à la partie intimée. En effet, selon 312 al. 1 in fine CPC, l'instance d'appel ne notifie pas l'appel si ce dernier est manifestement irrecevable ou infondé.

- L'admissibilité des faits nouveaux devant la juridiction d'appel est régie par l'art. 317 CPC. Il peut y avoir des vrais novas ou des faux novas excusables.

- Un jugement du Tribunal des baux et loyers, statuant par voie de procédure sommaire, condamnant un locataire à évacuer un appartement et autorisant à requérir l'évacuation par la force publique, doit faire l'objet d'un appel, en procédure sommaire, qui devra être déposé dans un délai de 10 jours (art. 308 al. 1 let. b CPC ; 314 al. 1 CPC).

- Saisie d'un appel ou d'un recours, la Cour civile de la Cour de justice ne statue pas toujours à 3 juges : par exemple, la Chambre des baux et loyers statue à 3 juges et 2 assesseurs selon l'art. 121 al. 1 LOJ.

- Saisie d'un appel ou d'un recours, la Cour civile de la Cour de justice peut toujours examiner librement la violation du droit : en effet, cela résulte de l'art. 310 let. a CPC et de l'art. 320 let. a CPC.

- Saisie d'un appel ou d'un recours, la Cour civile de la Cour de justice vérifie le respect du délai avant, éventuellement, de transmettre l'écriture à la partie. En effet, si le délai n'est pas respecté, l'appel est manifestement irrecevable selon l'art. 312 al. 1 CPC, respectivement le recours est manifestement irrecevable selon l'art. 322 al. 1 CPC.

- Saisie d'un appel ou d'un recours, la Cour civile de la Cour de justice motive toujours sa décision : en effet, contrairement à la première instance, la décision de la deuxième instance doit être motivée selon l'art. 318 al. 2 CPC et l'art. 327 al. 5 CPC.

#### **Recours contre une ordonnance de preuve :**

- Pour qu'un recours déposé dans un délai de 10 jours contre une ordonnance de preuve soit recevable, il faut un préjudice difficilement réparable (319 let. b ch. 2 CPC).

- L'ordonnance de preuve ne fait pas partie des décisions attaquables par un appel selon l'art. 308 CPC.

- L'ordonnance de preuve peut faire l'objet d'un recours dans un délai de 10 jours, même lorsque la procédure ordinaire est applicable. En effet, même en procédure ordinaire, le délai de contestation peut être de 10 jours : selon l'art. 321 al. 2 CPC, tel est le cas pour les ordonnances d'instruction dont les ordonnances de preuves font partie.

#### **Moyens de preuve :**

- Les témoins ne peuvent s'exprimer que sur les faits dont ils ont eu une perception directe conformément à l'art. 169 CPC.

- Le témoin-expert (art. 175 CPC) doit réunir les qualités de témoin selon l'art. 169 CPC et d'expert selon l'art. 183 CPC.

- Il est préférable de demander au Tribunal d'ordonner une expertise judiciaire que d'entreprendre une expertise privé (qui a beaucoup moins de force probante). Le juge ne peut s'écarter d'une expertise judiciaire que pour des motifs pertinents. Les experts judiciaires sont toutefois soumis aux motifs de récusation que les magistrats (art. 183 al. 2 CPC), de sorte qu'un expert ne peut avoir aucun lien avec l'une des parties.

Citation à comparaître à une audience :

- Une citation à comparaître à une audience constitue une ordonnance d'instruction sujette à recours dans un délai de 10 jours, si elle cause un préjudice difficilement réparable (319 let. b ch. 2 CPC et 321 al. 2 CPC).

**Décision superprovisionnelle :**

- L'appel ou recours n'est pas ouvert contre les ordonnances superprovisionnelles.

- Les superprovisionnelles sont rendues avant audition des parties ; c'est la raison pour laquelle un délai est imparti aux cités pour se déterminer ; la décision provisionnelle ultérieure permet de réparer cette violation.

### **L'appel et le recours selon le CPP**

**Contestation du montant de l'indemnisation du défenseur d'office :**

- Le Ministère public peut contester le montant de l'indemnité. Il doit le faire par la voie de l'appel (ATF 139 IV 199). Seul le défenseur lui-même doit agir par la voie du recours au sens strict (art. 135 al. 3 let. a CPP).

- Si un recours est déposé par le défenseur et qu'un appel est également introduit (quel qu'en soit l'auteur), il y a attraction de compétence en faveur de la Chambre pénale d'appel et de révision (ATF 139 IV 199). Il n'empêche que le défenseur doit impérativement déposer, dans les 10 jours, un recours entièrement motivé conformément à l'art. 396 CPP.

- Dans l'hypothèse où l'indemnité fixée dans un jugement de tribunal de première instance est contesté tant en appel par le ministère public que sur recours par le défenseur d'office le tribunal fédéral retient que le caractère subsidiaire du recours par rapport à l'appel a pour conséquence que, si la juridiction d'appel réforme le montant de l'indemnité, elle doit alors se saisir des griefs soulevés par le défenseur d'office (attraction de compétence en faveur de la Cour d'appel) (ATF 199 IV 199, consid. 5.6.)

**Acquittement de tentative de meurtre mais condamnation pour excès de vitesse sans lien avec la tentative de meurtre :**

- La partie plaignante ne revêt pas la qualité de partie pour recourir s'agissant de l'infraction à la LCR (art. 118 cum 115 CPP ; qualité pour recourir, art. 382 al. 1 CPP) ; d'autre part la partie plaignante ne peut pas contester la peine infligée (art. 382 al. 2 CPP).

- Le Ministère peut faire appel de la peine prononcée en première instance (art. 381 CPP).  
- Si votre client est seul à déposer une annonce d'appel et qu'aucune autre partie ne déclare d'appel joint, la Chambre pénale d'appel et de révision ne peut pas le condamner pour tentative de meurtre. En effet, cela découle de l'interdiction de la reformatio in pejus (art. 391 al. 2 CPP).

- L'appel ne peut pas mettre aux prises des parties qui ne sont pas concernées par l'appel principal. Par exemple, dans le cas susmentionné, la partie plaignante ne peut pas faire appel joint (401 CPP) et demander la condamnation du prévenu pour tentative de meurtre alors que l'appel principal du prévenu ne vise que l'infraction routière sans lien avec la partie plaignante.

**Jugement de première instance reconnaissant coupable le prévenu et fixant l'indemnité du défenseur d'office :**

- Lorsque les considérants et les dispositifs sont notifiés simultanément, le prévenu peut faire du jugement en adressant une déclaration d'appel dans les 20 jours à compter de la notification à la juridiction d'appel (399 al. 3 CPP).

- Le défenseur d'office doit recourir (et non pas appeler) dans le délai de 10 jours (art. 135 al. 3 let. a CPP et art. 396 al. 1 CPP).

- Avec l'accord des parties, la direction de la procédure peut ordonner la procédure écrite lorsque (première condition cumulative) la présence du prévenu aux débats d'appel n'est pas indispensable et (deuxième condition cumulative) lorsque l'appel est dirigé contre des jugements rendus par un juge unique (le Tribunal correctionnel et le Tribunal criminel, contrairement au Tribunal de police, sont des juridictions collégiales).

- La partie plaignante, qui n'a pas obtenu le plein de ses conclusions civiles, peut former appel joint sur appel du prévenu (art. 401 CPP).

**Étendue de l'appel joint (401 CPP) :**

- Dans l'ATF 144 IV 92, le TF limite l'appel joint quant aux parties à la procédure d'appel et non pas quant à l'infraction concernée : cette limitation ne vaut que lorsque l'appel principal est formé par une partie plaignante.

- Si une partie plaignante fait un appel principal, une autre partie (prévenu, MP ou autre partie plaignante) ne peut pas faire appel joint pour contester une autre infraction que celle qui concerne la partie plaignante qui a fait l'appel principal.

- Si le prévenu fait un appel principal qui ne porte que sur certaines infractions, une autre partie (coprévenu, MP ou partie plaignante) peut faire un appel joint pour contester une

infraction qui ne fait pas l'objet de l'appel principal pour autant que l'infraction concerne le prévenu qui a fait appel.

- Si le Ministère public fait un appel principal qui ne porte que sur certaines infractions, une autre partie (prévenu ou partie plaignante) peut faire appel joint pour contester une infraction qui ne fait pas l'objet de l'appel principal.

- En principe, l'appel joint doit se limiter aux personnes qui concernent l'appelant. Pour la partie plaignante, il y a une exception : celle-ci peut étendre l'appel joint aux conclusions civiles.

#### **Acquittement partiel du prévenu en première instance et appel du Ministère public**

- Le délai pour déclarer un appel joint est un délai légal dont le non-respect entraîne l'irrecevabilité de l'appel joint (400 al. 3 let. b CPP).

- A défaut de respecter le délai de 20 jours pour faire appel joint (400 al. 3 CPP), l'acquittement ne peut pas être plaidé aux débats (404 al. 1 CPP).

- Les délais légaux (dont fait partie celui pour déclarer appel joint au sens de 400 al. 3 CPP) sont improlongeables (89 al. 1 CPP).

- L'irrecevabilité de l'appel peut être constatée ultérieurement dans la procédure et, partant, soulevée par les parties (arrêt 6B\_1147/2017 du 9 février 2018).

#### **Spécificités de l'audience administrative**

##### **Motifs justifiant de refuser un transport sur place (37 let. c LPA/GE)**

- Le transport sur place n'est pas uniquement réservée aux juridictions administratives. Les autorités administrative sont également habilitées. C.f. 42 al. 1 LPA.

- L'art. 18 LPA, applicable en procédure contentieuse et non contentieuse, prévoit que la procédure est en principe écrite, mais également qu'au besoin, il peut être procédé oralement. L'autorité administrative est habilitée à convoquer une audience.

- L'application du droit d'office par les autorités chargées d'appliquer la loi n'a qu'un lien indirect avec l'instruction du dossier en vertu de leur droit d'être entendus (article 41 LPA) Les parties ont le droit de proposer toute mesure d'instruction qui leur paraît utile notamment en vue de la convocation d'une audience.

- Les art. 20 al. 2 let. d LPA et 37 let. c LPA, qui prévoient le transport sur place, font partie des dispositions générales de la loi et, à ce titre, ils sont applicables aussi bien devant les autorités administratives en procédure non contentieuse que devant les juridictions administratives en procédure contentieuse.

#### **Audience d'interrogation des parties par le TAPI**

- Une audience d'interrogatoire des parties peut être convoquée même si le tribunal n'a aucune question à poser au recourant, car il se peut que le tribunal souhaite obtenir certaines précisions uniquement de la part de l'autorité intimée. L'objet de l'audience est spécifiquement liée aux circonstances de faits de chaque procédure. Il se peut ainsi qu'une juridiction administrative se voie contrainte d'organiser une audience d'interrogatoire des parties pour vérifier un point particulier qui peut ne concerner que l'une des parties l'une des 2 parties. La LPA ne fixe aucune autre règle que le devoir d'établir les faits d'office (art. 19 LPA).

- Pour obtenir gain de cause, l'avocat peut sensibiliser le tribunal au fait que son client n'a pas de mauvaise intention et que son impulsivité lui a déjà joué plus d'un tour dans la vie Cela dit, l'avocat doit préciser à son client que le tribunal serait en droit de l'interrompre, considérant que ses explications auront place dans les écritures finales.

- La procédure administrative se déroule selon la maxime inquisitoire qui donne à l'autorité le pouvoir d'établir les faits d'office (art. 19 LPA) sans s'arrêter uniquement aux faits débattus entre les parties. Si ces dernières ont le droit de proposer des preuves ou des moyens d'instruction, l'autorité apprécie librement la pertinence des faits débattus et ne cherchera pas à établir des faits discutés par les parties s'ils ne sont pas utiles à la solution du litige.

- Un justiciable peut bien sûr garder le silence, mais cela sera en principe considéré comme une violation de son devoir de collaborer à l'établissement des faits article (art. 22 LPA). Surtout, son avocat ne pourra pas s'exprimer à sa place en audience d'interrogatoire des parties, ce type d'audience étant destiné à entendre le justiciable lui-même et pas son représentant (23 LPA).

#### **Recours contre une suspension suite à une enquête administrative**

- Lors de la phase d'audience administrative, il peut y avoir à la fois une audition d'interrogatoire de parties, où le recourant peut s'exprimer oralement ce qu'elle a à dire sur l'affaire et une audition de témoins.

- Des témoins entendus lors de la phase non contentieuse peuvent être très bien être à nouveau entendus par l'autorité lors de la phase non contentieuse.

#### **Audience pénale**

##### **Accès au dossier avant l'audience devant le Ministère public :**

- Le Ministère public n'est pas obligé de donner accès au dossier avant l'audience, mais il peut le faire.

- L'accès au dossier est régie par l'art. 101 CPP et ne dépend pas de la gravité de l'infraction.

- L'accès au dossier n'est pas lié à un cas de défense obligatoire.

- L'art. 101 CPP prévoit l'accès au dossier après la première audition devant le Ministère public ET après l'administration des preuves principales.

#### **Audience devant le Tribunal des mesures de contraintes (TMC) :**

- Le prévenu a le droit d'accéder aux pièces du dossier de la procédure auxquelles la demande de mise en détention se réfère et qui ont été envoyées par le procureur au Tribunal des mesures de contrainte (art. 225 al. 2 CPP : le TMC doit donner accès au dossier en sa possession).

- Le prévenu, qui ne parle la langue de la procédure, a le droit d'être assisté d'un interprète (art. 68 CPP, 29 al. 2 Cst., 6 para. 3 let. e CEDH).

- Si le président du TMC traite le prévenu de « menteur éhonté », le prévenu peut demander la récusation du président du TMC et a des chances de l'obtenir. Cf. 1B\_430/2015: récusation du magistrat qui qualifie le prévenu de "menteur patenté". Les propos sont ici similaires, sinon identiques, voire plus forts et démontrent une partialité au sens de 56 let. f. CPP.

- L'avocat ne peut pas lui-même officier comme interprète assermenté (68 al. 1 CPP).

#### **Arrestation et détention provisoire :**

- Le procureur doit demander la mise en détention au plus tard 48 heures après l'arrestation (224 al. 2 CPP).

- Au stade de l'investigation policière, l'accès au dossier est restreint (101 CPC accord l'accès au dossier après la première audition du prévenu par le ministère public et l'administration des preuves principales) : l'avocat peut assister le prévenu lors de son dossier et consulter le dossier remis au TMC (225 al. 2 CPP).

- Avant l'audience devant le TMC, l'avocat peut demander à consulter les pièces produites par le procureur à l'appui de sa demande de mise en détention (art. 225 al. 2 CPP).

- Immédiatement après le réception de la demande du ministère public, le Tribunal des mesures de contrainte convoque le ministère public, le prévenu et son défenseur à une audience à huis clos ; il peut astreindre le public à y participer (225 al. 1 CPP). Le TMC ne convoque ni les témoins ni les parties plaignantes (225 al. 1 CPP *a contrario*).

#### **Procédure simplifiée**

- Jusqu'à la mise en accusation (qui survient après l'instruction / lorsque que celle-ci a permis d'établir des soupçons suffisants au sens de 324 CPP), le prévenu, qui a reconnu les

faits déterminants pour l'appréciation juridique ainsi que, au moins dans leur principe, les prétentions civiles, peut demander l'exécution d'une procédure simplifiée au ministère public (358 al. 1 CPP).

- La procédure simplifiée est exclue lorsque le ministère public requiert une peine privative de liberté supérieure à cinq ans.

- Lorsqu'il n'y a aucun risque de collusion (221 al. 1 let. a CPP), il faut envisager les mesures de substitution (237 CPP). La gravité des charges ne justifie pas en elle-même la détention.

- Lorsqu'il estime que l'instruction est complète, le ministère public rend une ordonnance pénale ou informe par écrit les parties dont le domicile est connu de la clôture prochaine de l'instruction et leur indique s'il entend rendre une ordonnance de mise en accusation ou une ordonnance de classement. En même temps, il fixe aux parties un délai pour présenter leurs réquisitions de preuves (318 CPP).

#### **Rédaction d'actes judiciaires en matière pénale**

##### **Démarches pour contester l'accès au dossier accordé par le MP par la partie plaignante**

- Il convient de déposer un recours auprès de la Chambre pénale de recours avec demande d'effet suspensif (art. 393 al. 1 let. a CPP). Il ne faut pas attendre l'échéance du délai de recours car la consultation du dossier peut intervenir rapidement et la requête d'effet suspensif peut devenir sans objet.

- La décision relative à la consultation du dossier est susceptible d'un recours sauf lorsqu'elle a été prise par le tribunal des mesures de contrainte (art. 393 al. 1 let. c CPP) ; lorsqu'elle est prise par la direction de la procédure du tribunal de première instance avant les débats (article 65 al. 2 et article 393 al. 1 let. b CPP) un recours immédiat est possible dans la mesure où une décision relative à l'accès au dossier est de nature à créer un préjudice irréparable.

##### **Détention avant jugement**

- Une demande de mise en liberté auprès du Ministère public peut être déposée afin que ce dernier réexamine les conditions de détention du prévenu.

- Des conclusions en indemnisation ne sont formulées qu'en cas de classement de la procédure au Ministère public, ou lors de l'audience de jugement lorsque l'acquittement est plaidé.

- Le détenu peut attaquer devant l'autorité de recours les décisions ordonnant une mise en détention provisoire ou une mise en détention pour des motifs de sûreté ou encore la prolongation ou le terme de cette détention (art. 222 CPP).

### **Refus du procureur de faire installer un paravent entre la victime et le prévenu lors de la confrontation par simple courrier sans indication des voies de recours**

- Quand bien même la décision du Procureur a été notifiée irrégulièrement, elle vaut tout de même décision sujette à recours. Par ailleurs, si l'audition au cours de laquelle le paravent doit être installé est très proche, donc on perd du temps inutilement, au point de mettre en danger l'obtention de la protection souhaitée, si on demande une décision sujette à recours.

- En soi le recours avec mesures provisionnelles est juste. Toutefois, on ne peut pas demander sur mesures provisionnelles l'acte positif auquel on conclut sur le fond.

- L'effet suspensif contre une décision de refus d'une demande d'un acte positif – soit, en l'espèce, installer un paravent – n'est pas opérant.

- Il convient de faire recours auprès de la Chambre pénale de recours en demandant, à titre de mesures provisionnelles, l'annulation de l'audience d'instruction du 30 juin et des mandats de comparution.

Demande d'indemnisation par la partie plaignante pour les dommages subi du fait d'un fonctionnaire :

- L'art. 429 CPP concerne des conclusions en indemnisation déposées par le prévenu qui plaide son acquittement total ou partiel.

- La partie plaignante doit faire valoir ses conclusions civiles (art. 41 ss CO) à l'encontre de l'Etat de Genève, par une action civile distincte.

- Il convient de déposer à l'audience de jugement des conclusions en versement d'une juste indemnité pour les frais de défense fondées sur l'art. 433 CPP. C'est la seule prétention directe que la plaignante peut faire valoir contre un fonctionnaire.

### **Détention provisoire : demande de mise en liberté et caution**

- L'irrecevabilité d'une demande de liberté est réglée par l'art. 228 al. 5 CPP.

- Il suffit dans un premier temps d'offrir la caution, ce qui conduira, cas échéant, le Tribunal des mesures de contrainte à ordonner la mise en liberté moyennant versement de la caution ; la mise en liberté sera alors effective dès le montant versé.

- Quand bien même on propose la mise en liberté moyennant une caution, il faut quand même faire la démonstration au préalable que le risque de fuite est tellement bas qu'il ne justifie pas le maintien en détention, même sans caution. En effet, il n'y a pas de contradiction à demander principalement la mise en liberté sans caution, subsidiairement proposer une caution.

### **Rédaction d'actes en droit des poursuites**

- Une requête d'ajournement de faillite est soumise à la procédure sommaire (art. 251 CPC).

- La société représentée par ses organes et/ou représentation peut conclure des conventions de postposition à hauteur du surendettement, avec pour effet d'éviter l'avis au juge (art. 725 al. 2 CO).

- L'avis au juge (725 al. 2 CO) constitue une obligation légale pour toute société surendettée.

- La société peut requérir l'ouverture d'une procédure concordataire (sursis concordataire) en même temps que l'avis au juge est déposé. Le sursis, s'il est octroyé, aura pour effet d'ajourner la faillite de la société. En effet, si le débiteur ou un créancier ont introduit une demande de sursis concordataire ou de sursis extraordinaire, le tribunal peut ajourner le jugement de faillite (173a LP).

- La société ne peut pas requérir un ajournement de la faillite en même temps que l'avis au juge est déposé.

- L'avis au juge est une décision du conseil d'administration, prise à la majorité des membres du conseil (art. 713 al. 1 CO et 716a al. 1 ch. 7 CO).

- La société peut requérir l'ouverture d'une procédure concordataire (sursis concordataire) en même temps que l'avis au juge est déposé. Le sursis, s'il est octroyé, aura pour effet d'ajourner la faillite de la société.

### **Caisnes de vin stockées chez un ami qui se retrouvent inventoriées dans le cadre d'une saisie visant ledit ami :**

- Le propriétaire des caisses de vin ne peut pas tout simplement récupérer les caisses en jugeant qu'il ne fait pas lui-même l'objet d'une saisie et que tout ceci ne le concerne pas.

- Le propriétaire des caisses de vin ne peut pas récupérer les bouteilles : il faut contacter l'Office des poursuites sans délai en vue de leur restitution. En effet, en application de l'art. 106 al. 2 LP, le tiers qui se prétend véritable propriétaire doit annoncer sa prétention auprès de l'Office des poursuites : il peut le faire tant que le produit de la réalisation n'est pas distribué.

- Lorsqu'il est allégué qu'un tiers a sur le bien saisi un droit de propriété, de gage ou un autre droit qui s'oppose à la saisie ou qui doit être pris en considération dans la suite de la procédure d'exécution, l'Office des poursuites mentionne la prétention du tiers dans le procès-verbal de saisie ou en informe les parties si la communication du procès-verbal a déjà eu lieu. Le tiers ne peut prendre possession des bouteilles car il enfreindrait l'art. 91 LP.

## **Rédaction d'actes en droit des contrats**

### **X s'aperçoit qu'il a été victime d'un dol de la part de son cocontractant :**

#### **Pour se départir du contrat :**

- Il ne doit pas agir en enrichissement illégitime, dès lors que l'enrichissement ne permet pas de se départir du contrat.
- Il ne doit pas saisir un juge d'une action en invalidation, l'invalidation n'étant pas une décision judiciaire.
- Il doit écrire une lettre à son cocontractant puisque l'invalidation se fait par acte juridique.
- Il ne doit pas mettre son cocontractant en demeure, dès lors que le dol n'est pas un cas d'inexécution.

### **X est victime d'un dol de son cocontractant et invalide le contrat.**

#### **Après invalidation :**

- X peut agir en dommages et intérêts pour acte illicite, dès lors que le dol est en effet un acte illicite.
- X ne peut pas agir en dommages et intérêts pour violation du contrat, dès lors que le contrat invalidé n'est plus une cause de responsabilité
- X ne peut pas agir en revendication des sommes d'argent qu'il a payées sur la base du contrat, dès lors que l'argent ne se revendique pas.
- X ne peut pas ratifier le contrat en tout temps s'il le souhaite, dès lors que l'invalidation est un acte juridique irrévocable.

#### **Dol (28, 31 CO) :**

- Le *dies a quo* du délai pour la déclaration d'invalidation est découverte de l'erreur (31 CO).
- Il faut que le dol ait eu lieu avant la conclusion du contrat : en effet, le dol doit avoir été causal. Il n'est pas nécessaire que le dol ait causé une erreur essentielle au sens de 24 CO.
- Il n'y a pas besoin d'agir en justice dans le délai d'un an : il suffit de faire une déclaration d'invalidation.

#### **Mise en demeure (102 CO) :**

- Le débiteur est en demeure s'il ne respecte pas la date d'expiration prévue par le contrat (terme stipulé selon 75 CO). En effet, en vertu de l'art. 102 al. 1 CO, le débiteur d'une obligation exigible est mis en demeure par l'interpellation du créancier.

- Le débiteur peut être également mis en demeure après l'expiration d'un délai supplémentaire. En effet, l'art. 102 al. 2 CO prévoit que, lorsque le jour de l'exécution a été déterminé d'un commun accord OU fixé par l'une des parties en vertu d'un droit à elle réservé et au moyen d'un avertissement régulier le débiteur est mis en demeure par la seule expiration de ce jour.

- La fixation d'un délai supplémentaire au débiteur en demeure n'est pas nécessaire lorsque le contrat contient une date contractuelle (102 al. 1 CO et 75 CO).

- La fixation d'un délai supplémentaire au débiteur en demeure n'est pas nécessaire lorsque la l'exécution est impossible ou inutile (108 CO).

- Le délai supplémentaire de l'art. 107 CO est une condition de la demeure simplifiée, pas de la demeure simple.

- Lorsque le contrat prévoit une date de livraison, le débiteur est en demeure dès la date de livraison prévue (art. 102 al. 1 CO). L'interpellation n'est pas requise en cas de terme contractuel (aucun rappel n'est requis).

- Le commandement de payer commence la poursuite, mais n'est pas une condition de la demeure.

#### **Options du vendeur qui n'est pas payé alors que la chose a été livrée :**

- Le vendeur, qui, après livraison de la chose, n'est pas payé, peut résoudre le contrat de vente si le contrat le prévoit (art. 214 al. 3 CO).

- Il ne peut pas poursuivre le débiteur au for judiciaire prévu par le contrat (en effet, le for judiciaire n'est pas le for de poursuite).

- En revanche, le vendeur ne peut pas revendiquer la chose livrée : en effet, après livraison, la propriété est passée à l'acheteur (714 CC).

- En principe, l'acheteur devient propriétaire sous l'effet de 714 CC : il y a un effet, le contrat, et un acte de disposition, la livraison, donc en principe la propriété a été transférée.

- On peut imaginer un pacte de réserve de propriété : on peut convenir que le paiement du prix est une condition du transfert de propriété ; il faut inscrire le pacte dans le pacte des réserves de propriété tenu par l'office des poursuites au domicile de l'acheteur (715 CC) ; c'est peu utilisé en pratique, car formaliste et lourd du point de vue procédural ; par ailleurs, il arrive souvent que les pactes de réserve de propriété ne soient pas efficaces en droit suisse pour défaut d'inscription dans le pacte des réserves de propriété.

-L'art- 214 CO déroge au régime général de la demeure en ce qu'il autorise le vendeur à se départir du contrat sans autre formalité, contrairement à ce qui est prévu à l'art. 107 al. 1 CO (le vendeur n'est pas obligé de fixer un délai de grâce pour s'exécuter).

- Aux termes de l'art. 214 CO, si la chose doit n'être livrée après ou contre paiement du prix et que l'acheteur est en demeure, le vendeur peut se départir du contrat sans autre formalité (al. 1). Il est néanmoins tenu, s'il veut faire usage de ce droit, d'aviser immédiatement l'acheteur (al. 2).

- Bien que la loi ne vise que la résolution du contrat, il est admis que le vendeur peut aussi choisir de maintenir le contrat tout en renonçant à la prestation de l'acheteur (CO 107 II) ; la créance en paiement est alors «transformée» en une créance en dommages-intérêts (intérêt positif). Si le vendeur choisit cette option, il n'a pas à en aviser «immédiatement» (CO 214 II) l'acheteur; il dispose d'un certain temps afin de déterminer s'il réclame la réparation de son intérêt positif ou de son intérêt négatif (CO 107 II).

- Si on envisage la résolution dans le cadre d'une vente, il faut garder à l'esprit l'art. 214 al. 3 CO : lorsque la livraison a lieu avant le paiement, la résolution du contrat par le vendeur n'est possible que si elle a été prévue dans le contrat

#### **Contrat d'agence (418a ss CO) :**

- L'agent est rémunéré en fonction du résultat obtenu :

- L'agent a droit à la provision convenue ou usuelle pour toutes les affaires qu'il a négociées ou conclues pendant la durée du contrat. Sauf convention écrite prévoyant le contraire il y a aussi droit pour les af-faires conclues sans son con-cours par le ma-ndant pendant la durée du contrat, mais avec des clients qu'il a procurés pour des af-faires de ce genre (art. 418g al. 1 CO).

- L'agent auquel a été attribuée l'exclusivité dans un rayon ou auprès d'une clientèle déterminée a droit à la provision convenue ou, à défaut de convention, à la provision usuelle pour toutes les affaires conclues pendant la durée du contrat avec des per-sonnes de ce rayon ou de cette clientèle (art. 418g al. 2 CO).

- Lorsque le mandant, en violant ses obligations légales ou contrac-tuelles, a empê-ché par sa faute l'agent de gagner la provision conve-nue ou à laquelle celui-ci pou-vait s'attendre raisonnablement, il est tenu de lui payer une indemnité équit-able. Toute convention contraire est nulle (art. 418m al. 1 CO).

- L'agent qui ne peut travailler que pour un seul mandant et qui est empêché de tra-vailer, sans sa faute, pour cause de maladie, de service militaire obligatoire en vertu de la législation fédérale ou pour telle cause analogue, a droit pour un temps relati-vement court, si le contrat dure depuis un an au moins, à une rémunération équit-able en rapport avec la perte de gain qu'il a subie. L'agent ne peut pas renon-cer d'avance à ce droit (art. 418m al. 2 CO).

- L'agent peut bénéficier d'un droit d'exclusivité sur un territoire donné : c'est très courant. On peut aussi prévoir une exclusivité en faveur du mandant (ce qui est moins fréquent en pratique) : l'agent doit travailler exclusivement pour le mandant = 418c al. 2 CO = possible uniquement si cela a été convenu par écrit.

- La résiliation au sens de 418r CO reprend le principe selon lequel tout contrat de durée peut être résilié pour juste motif.

- La résiliation n'a pas d'effet rétroactif = la créance en paiement liée à la commission découlant de la conclusion du marché reste exigible et l'agent peut même réclamer des dommages-intérêts pour violation du contrat.

- En règle générale, pour tout contrat de durée, la résiliation est plus adaptée que la résolution au sens de 107 CO.

- 404 CO : presque tous les contrats de service relèvent du mandat, mais pas tous = 404 CO (révocation en tout temps) n'est pas applicable au contrat d'agence. Tout contrat de durée peut être résilié pour juste motif : lorsque que c'est le cas, c'est souvent le meilleur moyen.

#### **- En cas de créance de l'agent contre le mandant fondée sur le contrat d'agence :**

- 107 CO donne le droit à l'exécution, soit le paiement.

- 107 CO donne le droit à la résolution + dommages-intérêts négatifs : ce qui n'aurait aucun sens puisque la créance en paiement se fonde justement sur le contrat = il ne faut pas résoudre le contrat.

- 107 CO donne le droit à des dommages-intérêts positifs (ce qui revient à l'exécution).

- Il faut donc introduire une demande en paiement contre le mandant : il faut passer par les règles sur l'exécution forcée.

#### **Audience civile**

##### **Moyen de preuve nouveau (nouvellement découvert ; faux nova) au stade de débats principaux (229 CPC) :**

- Il faut faire valoir qu'il s'agit d'un nova improprement dit (229 al. 1 let. b CPC).

- Il faut indiquer d'entrée de cause lors de l'audience que l'on dispose des faits nouveaux appuyés par une pièce nouvelle à invoquer. Il faut demander que ces faits soient dictés au procès-verbal et déposer la pièce. Il faut plaider les faits nouveaux improprement dits, à savoir que malgré toute la diligence requise notre client ne pouvait s'en prévaloir avant.

- Il faut invoquer les faits nouveaux sans retard et ne pas attendre une étape ultérieure de la procédure.

- Il n'est plus possible au stade des débats principaux de produire sans autre une pièce nouvelle, à moins qu'il s'agisse d'un nova.

- Au stade des débats principaux, il faut invoquer des faits nouveaux sans retard (229 al. 1 CPP).

- Si les faits sont découverts à quelques jours des débats d'instruction, il faut adresser au Tribunal une lettre, demandant en amont de l'audience que vos allégués soient complétés dans les sens des faits nouveaux, offrant en preuve le pièce que vous venez de recevoir et il faut demander à ce que ces faits soient dictés au procès-verbal et vous déposez la pièce.

#### **Expertise privée :**

- Dans la pratique, les parties soumettent souvent au tribunal des avis d'experts. Il ne s'agit pas d'expertises judiciaires au sens de l'art. 168 al. 1 let. d CPC, mais d'expertises privées. Dans l'ATF 141 III 433 (confirmé de nombreuses fois), le Tribunal fédéral a précisé qu'une expertise privée ne constitue pas une preuve, mais qu'elle a la qualité de simple allégation d'une partie.

- Un tribunal ne peut pas procéder à une appréciation anticipée des moyens de preuve lorsque ces « preuves » sont des expertises privées. En effet, celles-ci constituent de simples allégations de partie, et non des moyens de preuve.

#### **Rédaction d'actes judiciaires au Tribunal fédéral**

##### **Mauvais établissement des faits par la Chambre administrative de la Cour de justice au motif que celle-ci a refusé d'entendre un témoin dont l'audition a été demandée dans la procédure cantonale :**

- Puisque la Chambre administrative de la Cour de justice a potentiellement violé la garantie du droit d'être entendu découlant de la LPA/GE, il faut développer un grief d'application arbitraire de la loi de procédure cantonale puisque ce n'est pas le rôle du Tribunal fédéral que de contrôler la correcte application du droit cantonal.

- Il faut prendre des conclusions réformatoires : 107 al. 2 LTF.

- Dans le cadre d'un RMDP en matière de marchés publics, il faut motiver la valeur litigieuse car le RMDP n'est pas admis lorsque la valeur du marché à adjuger se situe en dessous d'un certain seuil (art. 83 let. f ch. 2 LTF).

- Il faut prévoir dans le même mémoire la rédaction d'un recours constitutionnel subsidiaire (art. 119 al. 1 LTF).